



# TEORÍA DEL DERECHO

Curso 2021-2022

Teoría del Derecho by apuntesdederechoespanol.blogspot.com is licensed under Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

## Contenidos de la Materia

Contenidos de la Materia .....	1
Introducción a la asignatura .....	4
Lección I. La mentalidad romanista.....	4
Capítulo 1º Los juristas del Derecho común .....	4
1. El concepto de derecho .....	4
2. La variedad de causas. El derecho natural.....	6
Lección II. Santo tomas de Aquino.....	9
Capítulo 1º El concepto de lo jurídico .....	10
Capítulo 2º Los diferentes planos de la realidad jurídica.....	12
Lección III. El nacimiento de las ideas modernas sobre el derecho .....	15
Capítulo 1º La evolución del pensamiento escolástico. ....	15
1. El nacimiento del imperativismo y de la noción de derecho como facultad. ....	16
2. La Segunda Escolástica Española .....	20
3. El Humanismo jurídico. Fernando Vázquez de Menchaca.....	22
4. La nueva ciencia de la naturaleza.....	25
Lección IV. La escuela de derecho natural moderno.....	26
Capítulo 1º Hugo Grocio (1583-1645).....	26
Capítulo 2º Thomas Hobbes (1588-1679) .....	28
Capítulo 3º John Locke (1632-1704) .....	32
Capítulo 4º Samuel Pufendorf (1632-1694) y sus seguidores.....	34
Capítulo 5º El iusnaturalismo centroeuropeo después de Pufendorf.....	36
Capítulo 6º La culminación del iusnaturalismo moderno: los kantianos .....	37
Lección V. Nacimiento y desarrollo del positivismo jurídico.....	38
Capítulo 1º La dificultad de definir el Positivismo jurídico.....	38
Capítulo 2º El Historicismo .....	39
Capítulo 3º El Positivismo jurídico legalista en el siglo XIX. ....	41
1. El primer positivismo jurídico en las Islas Británicas. ....	41
2. El primer positivismo jurídico en Centroeuropa.....	43
3. La Codificación y el Positivismo legalista. ....	46

Capítulo 4º	Los sociologismos y los realismos.....	47
1.	Los sociologismos .....	48
Capítulo 5º	Los normativismos del siglo XX: Hans Kelsen, H.L.A. Hart y Norberto Bobbio.....	51
Lección VI.	La crisis del positivismo jurídico en la segunda mitad del siglo xx. ....	52
Capítulo 1º	La complicada situación de la filosofía práctica actual. ....	52
Capítulo 2º	El debate actual sobre el Positivismo: la multiplicidad de variantes .....	53
1.	La crítica de Ronald Dworkin al Positivismo jurídico. ....	53
2.	La variedad de Positivismos actuales. ....	55
Lección VII.	El neocontractualismo .....	57
Capítulo 1º	John Rawls.....	58
1.	Un intento de comprensión general del debate: las posiciones de los ciudadanos <b>a</b> y <b>b</b> . ....	58
2.	La tradición intelectual y el “momento postanalítico”. ....	59
3.	El fracaso de las teorías: perfeccionismo, utilitarismo e intuicionismo. ....	59
4.	El desarrollo de la teoría de Rawls en sus conceptos fundamentales. ....	60
5.	La revisión de las posiciones fundamentales de <i>a theory: political liberalism</i> (1993). ....	69
Capítulo 2º	Robert Nozick. ....	71
1.	Justificación del estado.....	71
Lección VIII.	El consenso racional: Jürgen Habermas .....	74
Capítulo 1º	8.1. Bases filosóficas .....	74
Capítulo 2º	Las claves de la racionalidad práctica. ....	77
1.	La moral. ....	77
2.	El discurso jurídico. ....	77
Capítulo 3º	Una apreciación crítica final.....	78
Lección IX.	Los derechos humanos .....	80
Capítulo 1º	Fundamentos .....	80
1.	El concepto de derecho humano y su justificación .....	82
Capítulo 2º	Elementos constitutivos.....	86
Lección X.	La hermenéutica jurídica .....	89
Capítulo 1º	Normas y contextos.....	89
Capítulo 2º	Bienes y prácticas sociales. ....	95
Notas de Clase.....		97
Capítulo 1º	Lección 1 .....	97
Capítulo 2º	Lección 2 .....	99

Capítulo 3º	Lección 3 .....	101
Capítulo 4º	Lección 4 .....	103
1.	AP puerto falta demora .....	105
Capítulo 5º	Lección 5 .....	106
Capítulo 6º	Tema 6 .....	116
Capítulo 7º	Tema 7 .....	116
Recopilaciones finales: .....		118
Capítulo 1º	Temas 1, 2 y 3 .....	118
Capítulo 2º	Temas 4, 5 y 6 .....	120
1.	Tema 4 .....	120
2.	Tema 5 .....	121
3.	Tema 6 .....	122
4.	Tema 7 .....	122

## Introducción a la asignatura

La asignatura se desarrolla a través de los apuntes cedidos por el Profesor, siendo apoyados por una serie de diapositivas cedidas por el mismo, que servirán como material complementario a los mismos (este documento es resumen estos).

El examen serán preguntas cortas, se compondrá de 20 de estas y para aprobar se deberá hacer como mínimo 15 de forma correcta.

Además a lo largo del cuatrimestre, es posible, que se realicen controles, con cuestiones, (por ejemplo 10 preguntas de las que se tenga correctas 6) estos podrán otorgar nota que se le sumará a la nota final.

En el examen de junio, no se permite durante el examen indumentaria, relajada, por tanto, cualquier vestimenta que el Doctor Enrique Víctor De Mora Quirós considere inapropiada, generará que no se pueda realizar el examen por parte del alumno.

## Lección I. La mentalidad romanista

### Capítulo 1º Los juristas del Derecho común

Durante siglos los únicos derechos enseñados en la Universidad fueron el derecho canónico y el Derecho romano justiniano, completado por las Glosas y Comentarios de los juristas. La importancia de ambos en la formación de las ideas jurídicas europeas es difícilmente exagerable.

La labor de los civilistas o legistas (los expertos en el ius civile, compuesto por leyes romanas) no sólo fue decisiva por su influencia en el desarrollo del derecho privado europeo, también por la formación de conceptos teóricos sobre el derecho y la justicia.

Si tenemos en cuenta la relevancia social y política de los juristas expertos en el Derecho común resulta obligado conocer el trasfondo teórico de su trabajo.

### 1. El concepto de derecho

Estos juristas pretendían seguir con fidelidad los textos de la Compilación justiniana.

Aunque a la hora de resolver problemas jurídicos específicos sus interpretaciones fueran considerablemente flexibles eso llevó a que a veces eso llevara a la creación de un derecho nuevo.

Estos juristas partían de las preceptos expuestos en los textos romanos, incluyendo los conceptos del Corpus iuris que hoy llamaríamos iusfilosóficos, estos poco aficionados a lo especulativo y no elaboraron de manera explícita una teoría del derecho. Por tanto para obtener la opinión de estos, debemos obtenerla a partir de la interpretación de la multitud de Glosas y Comentarios que desarrollaron a lo largo de siglos. Añadiendo a esto la dificultad de que también hemos de tener en cuenta que no ofrecieron una noción unitaria, sino varias acepciones (en el siglo XIV un jurista enumera veinticinco acepciones de la palabra ius).

Ahora vamos a ver los distintos planos sobre los que se movía el concepto de Ius según estos juristas:

- En primer lugar, afirman la existencia de una “equidad ruda” o justicia
- El Glosador Accursio explicó en el siglo XIII que el derecho es un arte (ars).

Tras ver los tipos en este breve esquema ahora los explicamos:

En primer lugar, afirman la existencia de una “equidad ruda” o justicia:

Son un conjunto de exigencias de tipo muy diferente que reclaman una regulación jurídica, esta forma el conjunto de causas procedentes de las situaciones vitales que conforman una sociedad y justifican las normas y principios jurídicos, además no todas las causas que integran esa equidad dependen de las circunstancias variables de la comunidad; algunas tienen carácter universal e inmutable<sup>1</sup>.

Para ellos la sociedad plasma esas exigencias en preceptos formales y ese es otro plano de lo jurídico. Está encarnado sobre todo por la ley (lex). Hay que hacer importante mención de que estos juristas distinguen entre ley y derecho, una diferencia que no es fácil precisar.

Esta diferencia se debe debido a que la lex era el precepto general emanado del emperador, que ordenaba, permitía o prohibía ciertas conductas. Los juristas medievales también tenían presente las menciones que aparecen en el Corpus iuris, sin embargo, ese Corpus que manejaban era obra legislativa imperial y pensaban en el emperador como el creador legislativo; dado que esta pretensión no se correspondía con la situación política de Europa, porque el emperador estaba muy lejos de ostentar el poder supremo sobre la cristiandad.

Aunque los Glosadores y Comentadores mantuvieran vigente la ficción del Derecho romano como una manifestación del poder imperial sobre la Cristiandad, sin embargo acabaron admitiendo el carácter normativo de otros preceptos ajenos al poder imperial<sup>2</sup>.

La referencia al poder político creador del derecho no debe engañarnos. El legislador no crea el derecho ex novo, sino que en cierto modo “interpreta” las exigencias de la justicia y de la equidad ruda mediante su plasmación en leyes concretas. El texto romano se limitaba a reconocer que, al ser el emperador el poder supremo, no tenía por encima a nadie para obligarla a cumplir las leyes. Pero sí tenía la obligación moral de obedecerlas. Un tipo de obligatoriedad que tenía entonces un vigor mayor del que podríamos pensar hoy.

El Glosador Acursio explicó en el siglo XIII que el derecho es un arte (ars):

Esta afirmación quería decir entonces (siguiendo una tradición antigua) que era una disciplina organizada mediante reglas racionales.

Por eso, el derecho se compone de una serie de leyes que responden a justificaciones racionales, y por eso los juristas llamaban a veces a los textos romanos iura.

Pero no quedaba ahí el carácter “artístico”, porque hay otro plano en el derecho, el de la interpretatio iuris realizada por los juristas; en efecto, la regulación redactada en normas generales por los legisladores tenía como misión resolver problemas concretos, y los juristas estaban encargados de conectar esa regulación con el caso. Esta

---

<sup>1</sup> Este es el problema del derecho natural, al que aludiremos más adelante (1.1.b).

<sup>2</sup> como las normas estatutarias de las ciudades italianas, aunque en ocasiones las trataran con hostilidad y no las denominaran leyes: esta palabra prestigiosa se reservaba para el poder imperial.

era la misión central del jurista y el objeto propio de la jurisprudencia: el conocimiento prudente del derecho (*iuris prudentia*), en el momento de resolver un problema real concreto con ayuda de leyes.

Ellos pensaban que **una norma**, redactada en términos generales, **es necesaria**, porque establece las directrices para una organización social razonablemente ordenada, pero esta es al mismo tiempo **insuficiente**, porque es imposible recoger en nociones generales todas las múltiples variaciones circunstanciales que puede presentar un caso; en consecuencia, es preciso que el jurista amolde los fines establecidos en la ley a las exigencias del caso.

Estos juristas pensaban que el *ius* o *iuris prudentia* era una actividad racional. El derecho no era cuestión de poder, sino de inteligencia práctica. El experto en derecho conocía las leyes, captaba las exigencias del problema y de manera prudente (en el sentido de los romanos) daba una solución que debía estar razonablemente fundada. *Las leyes sí eran manifestación de poder político*, pero un poder que también estaba moralmente obligado a plasmar en las normas las exigencias de la equidad y la justicia. Ellos concebían *el derecho como un saber o disciplina encargado de determinar la solución justa a un problema*. **La ley es sólo un segmento de la realidad más amplia denominada *ius*.**

Debemos recordar que para la mentalidad medieval el derecho no era asunto que perteneciera en exclusiva a los poderes políticos, para entenderlo, debemos intentar ver el problema desde la perspectiva de los juristas medievales. Para ellos, la clave está en la noción de racionalidad. El derecho es un orden justo y racional que regula ciertos aspectos de la convivencia humana, dado a que lo importante es que el criterio empleado para resolver la controversia sea justo y razonable, no su origen, por ello el *Corpus Iuris* es visto por los juristas como un conjunto de reglas profundamente racionales a las que se puede recurrir con independencia del estatus político de su creador, y de ahí su difusión por territorios en los que el emperador carecía de reconocimiento.

Además de las acepciones anteriores, a partir del siglo XIV estos autores utilizan a veces la palabra *ius* para nombrar una facultad conferida por el derecho, pero de manera esporádica: en general, ellos no utilizaron la palabra derecho para hablar de derecho de propiedad, o derecho a la libre expresión, porque no entendían que el *ius* fuera el poder para actuar, sino la calificación como justa de una conducta; esta era la mentalidad romana clásica que siguieron los juristas medievales en un principio, aunque con el discurrir de la escuela, empezaran a llamar *ius* a determinadas facultades como la potestad del padre sobre los hijos o al *dominium*, es decir la propiedad. De todas formas, ésta nunca fue la acepción básica del derecho.

## 2. La variedad de causas. El derecho natural

Al exponer los diferentes planos de la realidad jurídica según la mentalidad romanista he mencionado la relevancia de la noción de causa. El derecho se funda en la existencia de necesidades y bienes humanos que dan sentido a las varias regulaciones. El origen de esas causas depende de la naturaleza del bien al que se refieren. Algunas causas son propias sólo de una sociedad determinada; otras veces, la norma procede de una decisión más o menos arbitraria del legislador; no se trata de decisiones arbitrarias o absurdas, sino de elecciones ante posibilidades que en principio son igualmente razonables<sup>3</sup>, este tipo de reglas se denominan a partir del siglo XII “de derecho positivo”, para indicar que son normas “puestas” por el legislador político. La expresión no la introdujeron los romanistas, sino los canonistas y fue empleada poco por los civilistas.

---

<sup>3</sup> por ejemplo, al regular el número de testigos en un testamento; parece necesario que existan esos testigos, pero el número preciso se funda sólo en la decisión legislatora.

Pero otras veces las causas tienen un origen ajeno a la discrecionalidad, tanto que las exigencias de la justicia resultan independientes de la voluntad humana; **parecen brotar en la misma naturaleza de las relaciones y situaciones: de ahí la existencia del derecho natural.**

Antes de entrar en esta cuestión dentro del Derecho común es necesario un excursus breve para aclarar un poco esta expresión aparentemente confusa:

Hablar de derecho natural parece implicar la existencia de normas jurídicas propias de la naturaleza en sentido físico. No es eso lo que pretenden las doctrinas iusnaturalistas. La causa de ese equívoco puede estar en el origen griego de esta idea que aunaba *nomos* y *physis*, el decir la ley y algo que hoy podemos traducir de manera un tanto impropia por naturaleza. Martin Heidegger nos recuerda que la *physis* para el pensamiento griego no tenía nada que ver con la naturaleza física a la que nos ha acostumbrado la ciencia moderna, recordemos que para los griegos la *physis* era el conjunto de lo existente sustraído al control y producción de los seres humanos. Dicho de otro modo, la naturaleza en este sentido era la manifestación de los entes que forman la realidad y que no dependen de lo humano, por tanto, *el derecho natural estaría formado por criterios de conducta que no han surgido de decisiones conscientes y específicas de quienes gobiernan la sociedad*, sino que vienen dados por esa misma realidad en la que los hombres estamos insertos sin que podamos disponer de ella.

Esta idea gozó de enorme difusión en el pensamiento griego y quizá su expresión más precisa la halló en la escuela estoica. De ahí pasó a Roma y algunas de sus manifestaciones encontraron acomodo en el Derecho romano. Los compiladores justinianeos las recogieron y las plasmaron en su obra. También pasó al pensamiento cristiano ya en la Antigüedad tardía (ejemplo paradigmático es San Agustín). De ahí que los juristas del Derecho común, romanistas y cristianos, las adoptaran y comentaran. Es preciso poner de manifiesto que estos autores no se preocuparon mucho por este asunto.

Aunque a estos Juristas no les preocupaba realmente estas cuestiones tan teóricas, las vemos debido a que el derecho natural será a partir del siglo XVII la directriz básica del pensamiento jurídico-político y esa concepción moderna beberá (entre otras) de las aportaciones romanistas.

Hay que advertir también que en sus escritos no encontramos una consideración unívoca<sup>4</sup> del derecho natural. Las diferentes vertientes, procedentes de los textos romanos, **son las siguientes:**

1. En primer lugar, todos estos autores tenían clara la existencia de unos principios de conducta muy básicos y fundamentales<sup>5</sup>, el Glosador Acursio se refería a ellos cuando hablaba del derecho natural que siempre es

## unívoco

[unívoco] 

### ADJETIVO

1. Que tiene igual naturaleza o valor que otra cosa. Usado, usada o usadas también como sustantivo
2. *Filosofía*  
Dicho de un término: Que se predica de varios individuos con la misma significación. Usado, usada o usadas también como sustantivo

4

<sup>5</sup> tales como no hacer daño al inocente, cumplir la palabra dada, etc.



bueno y equitativo. La raíz de esta noción está en la doctrina estoica acerca de la ley natural, recogida por Cicerón en el mundo romano y traspasada al derecho. La idea también encontró acogida entre los cristianos: son los principios escritos en el corazón de todo hombre de los que habla San Pablo. La frase de Acursio alude además al carácter inmutable de estos preceptos naturales.

2. En segundo lugar encontramos la definición de Ulpiano en el Digesto (1,1,1). El derecho natural es “lo que la naturaleza enseñó a todos los animales. Pues este derecho no es propio sólo del género humano, sino que es común a todos los animales que nacen en el mar y en la tierra, y a las aves”. Comprende una serie de instintos considerados naturales como la tendencia a la procreación y al cuidado de los hijos. Por supuesto, estos autores admitían diferencias entre animales y hombres a la hora de vivir estos instintos: en el caso de los hombres estaban modulados por su uso racional.
3. En tercer lugar, aparece la idea de derecho natural como libertad originaria propia del estado de naturaleza. Las fuentes romanas hablan de una etapa inicial en la historia humana en la que todos los hombres eran igualmente libres; no existía ninguna prevalencia jurídica de un hombre sobre otro (lo que entonces se llamaba *iurisdictio*) y, por tanto, no había gobernantes ni leyes, tampoco propiedad privada, ni contratos. Esa igual libertad era, según los jurisprudentes romanos, “de derecho natural”. En el siglo VII San Isidoro de Sevilla escribía en sus *Etimologías* que la común posesión de todas las cosas (*communis omnium possessio*) y la igual libertad de todos los hombres (*omnium una libertas*) eran propias del derecho natural, por tanto, no es extraño que los juristas del Derecho común entiendan que la libertad pertenece al derecho natural. Acursio declara seguir a Irnerio al proclamar que la libertad consiste en la facultad natural de hacer lo que uno quiera a menos que la fuerza o el derecho lo impidan.
4. Sin embargo, esta libertad natural era típica sólo de los estados iniciales de la sociedad humana. Tanto los juristas romanos como los medievales explicaban que en una etapa posterior fueron introducidas la propiedad privada, el comercio, los contratos, etc.; la introducción de la propiedad también provocó la aparición de la guerra y la esclavitud. Todas estas instituciones las trajo un nuevo derecho llamado derecho de gentes, posterior al derecho natural entendido como libertad.

En principio, **este derecho de gentes no es natural, ya que es una creación humana**; **el derecho natural, en cambio viene dado al hombre y posee un carácter indisponible**. Sin embargo, el derecho de gentes deroga ciertos aspectos del derecho natural, en la medida en que sus creaciones limitan la libertad absoluta que originariamente poseían todos. Esto ocasionaba ciertas perplejidades, ya que desde hacía siglos la tradición *iusnaturalista* daba al derecho natural predominio sobre el de origen humano. *A pesar del poco interés que sentían por las cuestiones abstractas, los romanistas se vieron obligados a intentar dar respuesta a este problema:*

Una de ellas es la que ofrece Acursio. Considera de derecho natural tanto los principios inmutables de la moral, como el conjunto de instintos comunes a hombre y animales y la libertad propia del estado de naturaleza.

Lo que Acursio y los muchos otros autores que exponen esta doctrina pretenden indicar es que el desarrollo de la vida humana va mostrando necesidades nuevas; la razón humana, que forma parte de la naturaleza del hombre, ha de hacerles frente y el resultado de esa actividad es racional y, por tanto, en cierto modo natural. De esa forma, lo natural al hombre no es sólo lo que le viene dado por la naturaleza con carácter inalterable, sino también el propio ejercicio racional desarrollado al hilo de las diferentes circunstancias históricas.

El hombre es un ser en el que están presentes tanto el instinto como la razón; de ahí que todas esas tendencias deban ser acogidas en un orden jurídico. De esta forma era posible solucionar la contradicción entre derecho natural-libertad y derecho de gentes.

De hecho los romanos elaboraron la concepción de un *ius gentium* a partir de la idea de un derecho destinado a regular las relaciones entre romanos y no-romanos. Entendían que la razón natural del hombre elaboraba unas instituciones jurídicas útiles para todos con independencia del pueblo al que pertenecieran. Estas causas racionales derogan ciertos aspectos del derecho natural como libertad. Recordemos que estos juristas valoraban el derecho a partir de lo que podríamos llamar doctrina de la causa. La existencia de una regulación jurídica estaba justificada en la medida en que hay una causa o necesidad social que exija algún tipo de solución; si lo instituido responde a esa necesidad estará justificado.

En un plano más general, hay dos aspectos particularmente interesantes en esta doctrina iusnaturalista:

1. En primer lugar, la pluralidad de facetas que presenta el derecho natural según los juristas medievales.
2. En segundo lugar, el derecho natural no es el fundamento del orden jurídico.

Con respecto a la primera; ellos parecen pensar que la naturaleza humana tiene diversas vertientes: la racional y la instintiva. Tan naturales son los principios morales básicos que obligan de manera incontrovertible, como la libertad. En consecuencia, no hay una idea unitaria y fundante que abarque esas diferentes manifestaciones del derecho natural.

En la segunda nos referimos a que no funcionaba como una especie de baremo o medida ideal del derecho efectivamente existente en la sociedad. Es un sector del derecho. Al jurista romanista sólo le interesa descubrir la solución justa y ésta a veces es en parte de derecho natural y en parte es de derecho positivo, es decir, puesto o creado exclusivamente por el hombre<sup>6</sup>.

## Lección II. Santo tomas de Aquino

Santo Tomás de Aquino (c. 1225-1274) es uno de los representantes máximos de la Escolástica, esta denominación es conocida una corriente teológica surgida en la Edad Media preocupada por la armonización de los dogmas cristianos con las exigencias de la racionalidad filosófica, además la Escolástica medieval fue un modo de pensar extraordinariamente vigoroso y rico que influyó considerablemente en la génesis del pensamiento jurídico moderno. Hay que añadir que los escolásticos eran teólogos y, por tanto, sus preocupaciones primarias no eran las cuestiones jurídicas y políticas.

No obstante, al estudiar la teología moral debían referirse a las virtudes y al hacerlo no tenían más remedio que tratar de la justicia y, por tanto, del derecho; dándose en este ámbito, el dominico Tomás de Aquino que realizó

---

<sup>6</sup> Un ejemplo interesante es el del matrimonio. Bartolo de Saxoferrato explica que esta institución recoge exigencias permanentes de derecho natural, como la unión de hombre y mujer, junto a otras variables y circunstanciales introducidas exclusivamente por la regulación humana, como el papel de los testigos para la validez del matrimonio. No existe una especie de matrimonio ideal establecido en un derecho natural eterno que sirve de modelo al derecho positivo. Sólo existe el matrimonio regulado por el derecho existente; parte de su contenido es de derecho natural, parte de derecho positivo.

aportaciones especialmente interesantes. Aunque no era un jurista, Tomás muestra tener algún conocimiento del ius Civile y, lo que resulta especialmente importante para nosotros, su mentalidad ante los basamentos teóricos del derecho coincide en aspectos importantes con los romanistas, tanto que puede ser considerado el principal expositor teórico de la que hemos llamado mentalidad romanista.

## Capítulo 1º El concepto de lo jurídico

Ya hemos visto que los juristas romanistas diferenciaban el plano de las normas jurídicas generales y el de la solución concreta. Tomás de Aquino también adopta esa distinción, aunque haya diferencias parciales en sus planteamiento y vocabulario, debido entre otras cosas a la influencia aristotélica<sup>7</sup>.

Su obra es bastante extensa, por tanto en esta asignatura sólo nos interesaremos por sus reflexiones acerca de la justicia y el derecho a partir sobre todo de lo expuesto en uno de sus libros fundamentales, la **Suma teológica**.

Para Tomás el comportamiento virtuoso es la conducta humana excelente; y esa excelencia es medida de acuerdo con los diversos fines de la vida humana. Él adopta una consideración teleológica del ser humano y entiende que la naturaleza de lo humano consiste en tender siempre hacia la perfección de sus diferentes posibilidades.

Dicho más precisamente, la virtud es el hábito para comportarse de forma excelente en determinado ámbito de la vida siendo la excelencia moral es el comportamiento correcto en las diferentes situaciones vitales. Los fines humanos tienen una entidad que no obedece al capricho o arbitrio de cada individuo y constituyen las metas de una vida razonable, por tanto tienen una base racional que toda persona inteligente deberá aceptar. Tales bienes, como la búsqueda de la felicidad o el enriquecimiento espiritual, son el baremo para la formación de las virtudes, claro que esa objetividad de los bienes dista mucho de ser un asidero completamente seguro.

Que el comportamiento virtuoso dependa en cierto grado de las circunstancias del problema y de la persona en cuestión no implica, según Tomás, que lo bueno o lo malo sean cuestiones subjetivas dependientes del capricho. Al contrario, el ser humano cuenta con baremos objetivos para obtener respuesta a los requerimientos morales: preceptos de origen diverso que establecen las medidas del comportamiento razonable. El criterio más básico, es el de la finalidad.

Ademas, Tomás parte de la creación divina como fundamento de lo existente. Esa creación otorga a la realidad un orden y sentido que el hombre, creado inteligente por Dios, es capaz de entender hasta cierto punto, Tomás de Aquino sostiene que Dios proporciona las directrices últimas, pero al mismo tiempo crea al hombre como ser autónomo capaz de elaborar las normas a partir de las circunstancias y características del momento en el que vive. Por ende **el hombre cuenta con principios morales básicos** que capta como participación en el orden racional de lo creado, **pero construye libremente su cotidianidad**, en consecuencia, **el papel que desempeña el objeto de la virtud es precisamente el de catalizador para la aparición de los preceptos morales**, mediante la captación de los principios inherentes tanto a los fines más básicos como a las necesidades más ceñidas a lo cambiante cotidiano.

Los caracteres del objeto permiten diferenciar las virtudes y comprender la especialidad del derecho en la vida humana, luego, la especificidad de la justicia frente al resto de las virtudes: en ella su objeto no depende de las

---

<sup>7</sup> Por otra parte, la actitud de Tomás se debe también a su aristotelismo ético. Es curioso comprobar como las reflexiones de Aristóteles sobre la prudencia y lo justo muestran coincidencias notables con la iurisprudencia romana clásica, a pesar de que estos juristas desarrollaron sus ideas independientemente de la filosofía aristotélica.

personas que intervienen sino que tiene un carácter externo a la personalidad. En la justicia la clave para conocer el comportamiento correcto está en la peculiaridad de ciertas relaciones interpersonales, esto es al contrario que en la mayoría de las virtudes en donde la persona ha de mirarse a sí misma para saber si está actuando bien: el sujeto templado, ya lo hemos visto, es el que se comporta de manera acorde con sus características físicas, sin embargo **la justicia tiene un carácter “real” para Tomás de Aquino**. Real en este sentido no significa que sea algo verdaderamente existente y no imaginado, sino que reside en las cosas (cosa en Latín se dice res).

Una relación de justicia se constituye precisamente a causa de ciertos objetos o fines independientes de las propias características personales de los sujetos intervinientes; en virtud de esa finalidad uno de ellos le debe algo al otro; esa deuda es el objeto de la justicia, porque su cumplimiento equivale al comportamiento justo. Y al comportamiento justo Tomás lo llama ius. Hay que precisar que la deuda o comportamiento debido puede adoptar formas diversas: puede ser una cosa, un comportamiento, un dejar hacer, etc.

Esa referencia a la situación real, es decir, externa y no personal, es la que proporciona al derecho un carácter objetivo. Precisamente, Tomás llama al derecho medium rei. Con esa expresión latina quiere indicar que el medio para conocer el objeto de la virtud de la justicia está “en la cosa”, es decir en la estructura de la relación de justicia, no en las personalidades que forman de la relación.

Al precisar el objeto de la justicia, Tomás explica que algo puede ser justo de dos formas: por derivación desde la naturaleza de la cosa o por convención:

1. Lo primero ocurre cuando a partir de la estructura de una situación humana típica es posible derivar de forma muy clara cuál es el comportamiento debido; en tales caso lo justo deriva de la misma “naturaleza de las cosas”. Cuando un individuo entrega a otro un objeto para que se lo custodie durante un tiempo, es justo que al cumplir ese plazo se lo devuelva: esa exigencia es de derecho natural, ya que está en la naturaleza misma del contrato de depósito.
2. En la segunda, en cambio, es necesario atender a la idea de conveniencia. Ciertas soluciones son de derecho natural porque a la vista de una situación social dada resultan especialmente útiles. Tomás ofrece el ejemplo de la propiedad privada. Desde el punto de vista de la naturaleza considerada absolutamente un campo no tiene por qué pertenecer a un sujeto o a otro. Pero, atendiendo a la utilidad social, es más razonable dividir las propiedades, ya que las cosas están mejor cuidadas cuando son de alguien concreto que cuando pertenecen a todos<sup>8</sup>. En consecuencia, la naturaleza de las cosas en un sentido amplio exige el establecimiento de la propiedad privada; este derecho natural recibe el nombre especial de derecho de gentes.

Al lado del ius naturale está el derecho positivo, que nombra lo justo cuando éste sólo deriva de una convención humana. Se trata de asuntos en los cuales la naturaleza de las cosas no proporciona apenas datos y el establecimiento del comportamiento justo depende de lo que decidan la autoridad pública o las partes en un contrato, por ejemplo.

---

<sup>8</sup> (una argumentación tomada de Aristóteles)

## Capítulo 2º Los diferentes planos de la realidad jurídica

Las explicaciones tomistas sobre el ius o derecho han de tener en cuenta que, al igual que los romanistas, este teólogo diferencia dos planos: el de la solución concreta a una cuestión jurídica y el de la regla empleada para establecer esa solución.

Si el comportamiento justo es el derecho (ius), decir derecho es lo mismo que decir lo justo: primariamente, derecho es el adjetivo de una conducta concreta; este carácter es el motivo de la dificultad que supone traducir ius con nuestra palabra derecho: porque el ius es, en realidad, iustum, lo “justo” o lo “derecho”. El equivalente tomista del dikaion es el ius, que ha de tener ese mismo carácter objetivo<sup>9</sup>.

Para Tomás, como para la mayoría del pensamiento medieval, la vida práctica del hombre era racional y esa racionalidad venía dada por el empleo de reglas que permitían superar el mero arbitrio. Tomás destaca que todo el espectro de acciones humanas ha de tener en cuenta el papel directivo de las normas; entre ellas están las reglas precisas para conocer el comportamiento justo. Como escribe Tomás, la ley es cierta causa de lo justo (ius), porque es imposible conocer el segundo sin la primera.

**No hay una sola clase de leyes.** Su división conceptual no es original de Tomás, sino que se remonta a la filosofía griega – especialmente a los estoicos- y fue transmitida a la Escolástica sobre todo por San Agustín:

### 1. La ley eterna.

La ley eterna es Dios mismo como supremo gobernante del mundo.

No es exactamente un mandato divino, sino más bien un precepto racional que organiza los fundamentos de la realidad; es, dicho de otra forma, la misma sabiduría divina. El orden existente en el cosmos está proporcionado por la ley eterna. Todo lo creado (desde las piedras a los hombres<sup>10</sup>) participa de la ley eterna, ya que su forma de ser está establecida en ella<sup>11</sup>.

### 2. La ley natural.

Es una realidad normativa un tanto compleja. Según Tomás, la ley natural sigue las inclinaciones naturales del hombre.

Consiste en la participación (o en la captación) humana de la ley eterna. Tomás quiere decir con esto que el hombre, gracias a su inteligencia, es capaz de conocer la presencia de estas tendencias; en cambio el resto de los seres de la creación se limita a seguirlas de manera necesaria y mecánica. Esas inclinaciones naturales son de tres tipos o, dicho de otro modo, comprenden tres clases de preceptos:

→El hombre siente una inclinación hacia el bien que es común a todas las sustancias: cada criatura se inclina a la conservación de su propio ser; por eso todos los seres vivos buscan su propia supervivencia.

---

<sup>9</sup> En su Comentario a la Ética a Nicómaco Tomás utiliza una traducción en la que dikaion aparece como iustum y éste es el término que él emplea al exponer el pensamiento de Aristóteles además Tomás no sabía griego y usó traducciones.

<sup>10</sup> sin embargo, esta afirmación deberá ser matizada en el caso del ser humano, como veremos al analizar la ley natural.

<sup>11</sup> Conviene hacer una advertencia: según Tomás, no hay que confundir ley eterna con ley divina. La primera es una razón ínsita en cada ser, mientras que la segunda es un conjunto de preceptos morales expresamente revelados al hombre (como los Diez Mandamientos)

→El hombre se inclina hacia bienes más concretos, comunes con los animales, como la unión de hombre y mujer o la educación de los hijos; Tomás explica que este sector de la ley natural se corresponde con el derecho natural que según los romanos (Ulpiano) era común a hombres y animales.

→los hombres tienen inclinaciones hacia los bienes exclusivos de su naturaleza racional; estos preceptos son: conocer a Dios, vivir en sociedad y evitar la ignorancia. Observemos que, según Tomás, tan natural al hombre es la inclinación física o sensual, como la intelectual.

De estas inclinaciones se derivan preceptos que constituyen el conjunto de los llamados “primeros principios de la razón práctica”, que eran captados por una vertiente de la inteligencia humana denominada por los escolásticos intellectus. Para finalizar es preciso señalar que los escolásticos como Tomás afirmaban que los razonamientos debían partir de ciertas premisas que, a su vez, habían sido obtenidas desde premisas previas; al reclamar esa fundación deductiva de todas las premisas desembocamos en un problema lógico conocido como “regreso al infinito”: siempre será necesario acudir a una premisa superior de forma que el razonamiento no acabará nunca. Sin embargo, es necesario detenerse en algún momento y encontrar una premisa que a su vez no se sostenga en otra. Estas premisas son los principios que nos proporciona el intellectus: simplemente existen y sólo podemos reconocer su verdad, sin que sea preciso argumentarlo.

### 3. La ley humana

Tomás **afirma que la ley humana deriva de la ley natural**, pero es un error concebir la relación entre los diferentes tipos de leyes al modo de una cadena de deducciones.

Efectivamente, la ley humana descende de la ley natural, pero no como la concreción deducida desde un axioma superior. *Tomás sostiene que una ley humana opuesta a la ley natural porque contraviene alguno de sus principios, no es una auténtica ley.* Pero eso no quiere decir que todo el contenido de la regulación humana proceda de la natural a la manera deductiva. Según Tomás, los hombres tienen considerable autonomía en ese campo y, sin abandonar las exigencias naturales, han de arreglárselas solos para solucionar muchas de las dificultades que le salen al paso. Esto es precisamente lo que ocurre con la ley humana.

Hay dos formas en las que ésta se deriva de la ley natural:

→La primera, por conclusión; en ella sí hay una auténtica deducción desde la ley natural a la ley humana: si la ley natural prohíbe hacer daño a un inocente, el homicidio debe ser castigado. Tomás llama derecho de gentes<sup>12</sup> a este conjunto de leyes, porque son comunes a todos los pueblos.

→La segunda forma de derivación es mediante determinación; claro que ésta no es una auténtica deducción ya que el contenido de la ley humana no procede de la ley natural.

En efecto, en muchos casos la ley natural no dice nada sobre la forma de resolver los problemas concretos de una comunidad política.

Por ejemplo, la ley natural exige ser fiel a la palabra dada, pero la regulación de contratos concretos depende de las necesidades específicas de una sociedad; la forma que deba adoptar o el establecimiento de indemnizaciones en caso de incumplimiento, por ejemplo, son materias exclusivas de la ley humana.

---

<sup>12</sup> Puede parecer confuso que al tratar el plano de la legislación Tomás llame a un sector de leyes “derecho de gentes”. Ocurre que al ser la ley cierta causa del derecho, por derivación y el sentido amplio podemos llamar ius al precepto que sirve para determinarlo. Pero no es la acepción propia de la palabra ius.



Esos contenidos específicos no son admisibles si vulneran los preceptos de la ley natural, pero ésta sólo marca pautas, límites y marcos, sin proporcionar respuestas concretas la mayoría de las veces.

*Tomás la define como una ordenación de la razón, promulgada por el que tiene a su cuidado la comunidad y dirigida al bien común.* En esta definición están presentes dos elementos: la razón y el poder. No existe ley si es irracional, es decir, si no está dirigida al bien común. En general, la justicia o racionalidad de la ley está determinada por diferentes condiciones: armonía con la religión, conformidad con la ley natural y utilidad pública.

En todos los escalones de la ley lo fundamental para Tomás es la presencia de la razón. Las leyes son siempre “preceptos racionales”, no puros mandatos. Lo importante no es la orden y la compulsión de la voluntad propia de un poder superior, sino la existencia de fines buenos que debemos conseguir. Las leyes son tales porque tienen buenos fines.

Santo Tomás sostiene que la ley se ordena al bien común, y ordenar una cosa al bien común toca a la comunidad misma o a “quien hace las veces de esta”, es decir al gobernante que la representa. Y es que el particular no tiene la fuerza coactiva para inducir eficazmente a la virtud: no puede defender el cumplimiento de la ley.

Por tanto, la ley es tanto un dictamen de la razón práctica como una orden del poder. Los dos elementos son imprescindibles.

Pero Tomás insiste en la necesidad de la coacción: si todos los hombres obedecieran por disposición natural, no serían necesarias las leyes, pero, al no ser así, es necesario coaccionar a los que no quieren cumplir. Esto no lleva a Tomás a identificar la ley con el empleo de la fuerza pública, porque la ley, para ser tal, ha de ser justa; *la coacción es un añadido necesario para hacer efectivo un mandato justo, no un elemento esencial de la norma.*

**En el caso de la ley injusta** es complicado: en principio, Tomás *niega que sea ley*, pero inmediatamente matiza; lo que ocurre es que no tiene efectos de ley, es decir *no genera la obligación de obedecer en conciencia, a menos que la desobediencia sea peor que la observancia.*

Es decir, si la aplicación de la ley produce resultados inmorales, pero su incumplimiento genera una situación de anarquía, será mejor obedecer salvo que vulnere bienes de especial gravedad (por ejemplo si la ley humana se opone a la ley divina). No es posible establecer una fórmula general de solución.

Como todas las cuestiones humanas, es competencia de la prudencia, que debe atender a particularidades casuística.

De todo este planteamiento tomista sobre el derecho y la ley se derivan ideas importantes:

✚ El ius o derecho es siempre concreto, es decir sólo existe cuando estamos ante un caso concreto, con “nombre y apellidos”. En cambio, la ley tiene siempre carácter general.

Un caso presenta a veces peculiaridades que no están comprendidas por las reglas generales, destinadas en principio a regularlos. Sin embargo, esto no quiere decir que el juez deba decidir según su sano sentido de la justicia contando sólo con las exigencias e intereses en juego. Realmente esto sería lo ideal, afirma Tomás, pero añade al mismo tiempo que no resulta factible: para juzgar así el juez debería tener una capacidad que se encuentra raramente. Por eso es mejor dejar preestablecidas una serie de soluciones en las leyes (la ley se promulga después de una reflexión sosegada) y juzgar siempre según esas leyes. En consecuencia, no puede existir derecho sin regla.

✚ Al mismo tiempo Tomás reconoce la imposibilidad de que la ley recoja todas las particularidades del problema: por eso es necesaria la prudencia en el juzgador.

La prudencia actúa con lo contingente y atiende tanto a la regla general como al caso concreto. Por eso todo jurista –hoy también– necesita la virtud de la prudencia, que es una especie de sensibilidad para captar lo esencial de un problema. No basta con saber las leyes –aunque eso sea imprescindible– para saber cuál es la solución justa (el derecho o ius): la clave está en la capacidad para determinar el comportamiento que exige la justicia ante el caso concreto

✚ Toda esta explicación sobre el derecho nos lleva a afirmar que Tomás de Aquino propone una ética de bienes frente a una ética de normas.

Ésta es una dicotomía que recorre la historia de la filosofía práctica occidental. Siguiendo a Aristóteles, Tomás afirmaba la capacidad de la razón para captar lo adecuado al hombre y para construir en cierto modo el mundo moral; esa capacidad constructiva no era total, porque al hombre le venían dadas ciertas verdades morales, pero no encuentra ya hecha toda la verdad práctica, ya que la solución correcta en muchos casos debía de tener en cuenta datos contingentes.

✚ En cambio, una ética de normas parte de la existencia de mandatos de un superior, cuya racionalidad no debemos inquirir sino obedecer.

El hombre no se mueve buscando lo bueno, sino obedeciendo los mandatos de un superior. En la lección siguiente veremos los orígenes de esta mentalidad en el mundo medieval.

El pensamiento jurídico tomista y el de los juristas romanistas parten de la existencia de necesidades sociales, entendidas al modo de bienes humanos que deben ser alcanzados. Por eso, la clave del derecho no está en la existencia de leyes imperativas, sino en la averiguación de lo justo concreto.

## Lección III. El nacimiento de las ideas modernas sobre el derecho

### Capítulo 1º La evolución del pensamiento escolástico.

**El pensamiento filosófico medieval no fue unitario.** Y dentro de él la Escolástica tampoco formó un conjunto homogéneo.

Una buena prueba es que las especulaciones de Tomás de Aquino sobre la realidad jurídica<sup>13</sup> encontraron resistencias y al final cedieron ante propuestas alternativas. Esta controversia surgió ya a fines del siglo XII y principios del XIV en la obra de otro teólogo, **Juan Duns Scoto** (1266-1308) que alcanzó gran influencia en los siglos posteriores. A pesar de una revitalización del tomismo durante la primera mitad del siglo XVI, **a partir de la segunda mitad de esa centuria y a lo largo de la siguiente, la Escolástica adoptó una manera de entender la normatividad diferente a la de Tomás de Aquino** y sentó algunas de las bases de las teorías jurídicas y políticas modernas. Esas bases fueron la **elaboración de los conceptos de norma jurídica como imperativo y de derecho como facultad**. Ambas ideas eran ajenas a la mentalidad romanista propia de Tomás y de los juristas del Derecho común.

<sup>13</sup> (y sobre otros aspectos en los que ahora no podemos entrar)



## 1. El nacimiento del imperativismo y de la noción de derecho como facultad.

Como hemos visto, Tomás tiene una consideración finalista de lo normativo; la existencia de las leyes y el derecho dependen de bienes y fines humanos que reclaman nuestra atención.

Es cierto que las leyes humanas no son tales si no proceden de la voluntad del gobernante, pero la determinación del derecho<sup>14</sup> ha de ser tarea de la razón práctica dirigida por la prudencia. La corriente que inicia Duns Scoto plantea este asunto de manera diferente. La causa de esta divergencia está en una valoración diferente de las capacidades de la inteligencia humana. **Para Tomás, a pesar del Pecado Original, la naturaleza humana conserva bastante capacidad para captar la existencia de principios morales objetivos**; no es preciso que le sean revelados por Dios, aunque esta revelación sea necesaria a modo de recordatorio. Esto no quiere decir que esos principios no hayan sido creados por Dios. Tomás afirma que la realidad depende en última instancia de la ordenación divina, pero nos dice también que Dios ha llevado a cabo una creación inteligible y dotada de sentido; en ella ha situado al hombre como ser racional capaz de captar con su inteligencia tanto ese sentido como la existencia de una inteligencia suprema; **ese conocimiento incluye los primeros principios prácticos, cognoscibles**, según Tomás, **mediante el empleo de la inteligencia sin necesidad de revelación inmediata en la palabra de Dios. En cambio, Duns tiene una concepción más pesimista de la naturaleza del hombre**, a causa en buena medida de su pertenencia a la Orden de los Franciscanos. Estos frailes consideran que la facultad más importante del hombre es el amor a Dios: en él encuentran su único camino de salvación. Esta postura franciscana se **inserta en una tensión presente a lo largo de toda la Escolástica: la existente entre el intelectualismo y el voluntarismo**. Merece la pena aludir a estas concepciones, porque **influyeron también en la reflexión sobre el derecho**. Simplificando bastante cabe decir que los **intelectualistas confían en la capacidad de la razón humana para entender algo de la ordenación divina del mundo**; ciertamente, el hombre es incapaz de entrar en la mente divina, totalmente fuera de su alcance, pero sí capta cierta iluminación que le permite atisbar algo de la verdad. Y así, es posible comprender que hay cosas que están mal –como hacer daño a un inocente– y cosas que están bien –como cumplir con la palabra dada. Son comportamientos en sí mismos buenos y racionales y cualquier persona de inteligencia sana lo capta. Como Dios es el sumo bien, es lógico que esos preceptos formen parte del orden natural. Santo Tomás forma parte de esta tendencia teológica.

En cambio, los voluntaristas menosprecian el papel de la razón en el conocimiento de las directrices de la vida humana. Éstas han sido establecidas por Dios y la inteligencia del ser humano es demasiado pobre para atisbar siquiera mínimamente alguna causa de la actuación divina. Lo único que importa es que el orden moral ha sido querido por Dios y que debemos obedecerle movidos por nuestro amor. Además, estos teólogos *temen que un exceso de racionalismo pueda quebrantar la fe cristiana*. Los **intelectualistas afirman la existencia de conductas buenas en sí mismas, con independencia de quien las ordene; al ser Dios la bondad máxima, su voluntad quiere esas conductas**. Sin embargo, los voluntaristas perciben aquí una cierta limitación de la voluntad divina que, necesariamente, ha de ser omnipotente. Concluyen que no hay conductas buenas o malas en sí, sólo son buenas o malas porque Dios las ordena o las prohíbe; su voluntad inescrutable es la única fuente de moralidad. En consecuencia, lo único importante para el hombre es la obediencia a la voluntad divina. Las implicaciones de este voluntarismo teológico para nuestro asunto no son escasas. Tomás de Aquino había destacado el papel

---

<sup>14</sup> (tanto en el plano general como en el concreto)

fundamental de los principios de la ley natural, pero también el ámbito moral autónomo que la razón humana era capaz de diseñar. Ese ámbito desaparece en los franciscanos voluntaristas: *el hombre queda solo ante Dios como única referencia moral*. Esta mentalidad les llevó también a sentir muy poco aprecio por el derecho. No quiero decir con esto que los franciscanos defendieran los comportamientos ilegales; respetaban las leyes, pero recelaban de la moralidad intrínseca que pudiera tener el derecho. La explicación de su actitud no es muy difícil.

El saber **jurídico romanista y la mentalidad aristotélico-tomista tenían un carácter fuertemente objetivista** en el que la persona en sí misma a veces tenía poco que decir: eran las relaciones las que determinaban el derecho. Y, en honor a la verdad, hay que reconocer que la vida humana no puede estar sometida sólo a esas relaciones objetivadas. Pensemos en la familia: aunque esté regulada por el derecho no ha de basarse sólo en lo jurídico. Por otra parte, **es preciso reconocer que sin ese derecho objetivado no puede existir la sociedad**; es una cuestión compleja que los franciscanos zanjaron a su modo. *Ellos tenían en mente otras preocupaciones y pensaban que el amor cristiano y el derecho no casaban bien* (como reza un viejo dicho alemán: **gute Juristen, böse Christen: buenos juristas, malos cristianos**). Por eso, la reflexión de los teólogos franciscanos tendrá un carácter muy diferente a la de Tomás, que es más “mundano”. Para los franciscanos la cotidianidad social no es fuente de preceptos morales: lo **bueno sólo procede del apartamiento del mundo y el amor a Dios**. A partir de este conjunto de ideas, **Juan Duns Escoto afianza la vía para el planteamiento imperativista**. Como ya he indicado, su Teología supone una alternativa crítica a los planteamientos aristotélico-tomistas. Ciertamente, *Escoto no defiende el comportamiento irracional*. Tanto él como Tomás de Aquino *entienden que razón y voluntad son dos facultades fundamentales* en el hombre. **Para Tomás** la razón capta lo que debe hacerse y la voluntad mueve a la actuación en ese sentido. Escoto entiende que la razón conoce los criterios morales pero en última instancia actuamos porque la voluntad se mueve. **Es la voluntad la que lleva al hombre a conocer el bien** y, por tanto, **es lo más importante**. De manera coherente con estos presupuestos, **Escoto** adopta una postura voluntarista. Sólo **admite la existencia de dos preceptos inevitablemente buenos**: como **Dios es la misma bondad**, necesariamente *tiene que amarse a sí mismo y constituirse como objeto supremo de amor*; por tanto, **es un precepto evidente el de amar a Dios**. Éste es *el único derecho natural en sentido estricto*. *El resto de preceptos* considerados habitualmente parte de la ley natural *son buenos únicamente porque Dios así lo quiso*. La diferencia con el planteamiento de Tomás es clara: según el dominico hay bienes que son específicamente humanos y obligan a su cumplimiento, porque el hombre tiende naturalmente al bien. Para Escoto esa obligatoriedad sólo puede proceder de la voluntad divina, porque **lo mundano no puede proporcionar criterios morales**. El hombre consiste en una voluntad que sólo encuentra asidero en los mandatos divinos. El acto moral es el que busca algo bueno, y ese algo es bueno porque Dios lo ha querido: así la voluntad buena es la que quiere lo que Dios quiere. **Si para Tomás los bienes son causas finales que el hombre debe conseguir, aunque no estén mandados directamente por Dios, Escoto rechaza la existencia de ese tipo de bien**. Lo bueno para el hombre no le viene dado por un mundo de interrelaciones en el que pueda insertarse, tal y como intuían los romanistas. *La humanidad es para Escoto algo incomunicable, es la “última soledad del ser” que acoge la voluntad divina*. De esta postura deriva la semilla de un individualismo incipiente que tendrá enorme importancia en los siglos siguientes. Conviene, no obstante, evitar malentendidos: **Escoto no tenía en mente defender el individualismo**.

Con independencia de las consideraciones estrictamente teológicas, esta postura tuvo consecuencias para la noción de derecho, porque llevó a la identificación de lo normativo con los mandatos o imperativos del superior. Recordemos que Tomás de Aquino concebía al derecho como la “cosa justa”, determinada a partir tanto de reglas generales de tipo diverso como de las circunstancias del caso. Por otra parte, la ley humana debía su juridicidad

no sólo a su procedencia política, sino también a su contenido; en la elaboración de ese contenido, el legislador debía tener en cuenta las necesidades y circunstancias de la sociedad a la que iba destinada la regla. En consecuencia, la voluntad de su autor no era la única instancia que confería juridicidad a la ley. Esta forma de enfocar el asunto se desvanece en la mentalidad franciscana. En efecto, ellos desprecian el valor de las particularidades “mundanas” a la hora de elaborar reglas de conducta de forma que la única fuente admisible es la voluntad divina. Y en los ámbitos no regulados por la voluntad de Dios el único punto de referencia podrá ser la voluntad del legislador político.

Debe quedar claro que la intención de Duns Escoto no fue diseñar una visión imperativista del Derecho. Sus *intereses eran teológicos, centrados en exponer la primacía del amor a Dios sobre todo lo demás*. Pero las consecuencias de las teorías de los franciscanos para el desarrollo posterior del pensamiento jurídico europeo fueron el nacimiento del imperativismo.

Paralelamente a esta vía hacia la imagen del derecho como conjunto de normas, **comenzó a desplegarse entre estos teólogos la noción de derecho como facultad**. Para comprender el proceso de su formación, debemos volver al rechazo de lo jurídico y lo mundano propio de los franciscanos, que lleva a la exigencia de pobreza propugnada por la orden. Ésta ocasionó una verdadera conmoción doctrinal en el siglo XIV. La llamada “disputa de la pobreza evangélica”, protagonizada por el Papado de un parte y por un sector de los franciscanos de otra, nos interesa porque tuvo<sup>15</sup> influencia considerable en los cambios del concepto de derecho. No es posible entrar ahora en los pormenores de esta polémica, pero es necesario apuntar algunos datos. Ya he mencionado que los franciscanos querían vivir imitando la que ellos consideraban vida pobre de Cristo y sus discípulos. Los franciscanos mantenían que Jesús no tuvo propiedades, ni siquiera de su comida y sus ropas; en consecuencia, un cristiano que aspirase a la perfección tampoco debía tenerlas. El Papa adujo que esa postura era absurda: los franciscanos vivían en conventos, vestían hábitos y comían. ¿Cómo podían afirmar que no eran propietarios de su propia comida? Si no lo eran es que la estaban usando de manera injusta y actuaban, en consecuencia, de manera inmoral y por tanto muy poco cristiana. Lo que nos interesa ahora de esta polémica es destacar algunos de los argumentos manejados por los franciscanos en la disputa, que tendrán enorme trascendencia en el desarrollo de la mentalidad jurídica europea.

Otro teólogo franciscano, **Guillermo de Ockham** (1288-1348), desempeñó un papel destacado en esta historia. Hoy es una figura muy popular en el ámbito académico, ya que **es visto por muchos historiadores como uno de los autores que agrietaron el edificio intelectual del Medievo y abrieron paso a la Modernidad**. De hecho no fue muy conocido a lo largo de los siglos XIV y XV: los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, enormemente influyentes, no lo citan. Y tampoco los primeros filósofos de la Modernidad jurídica. Pero es una figura muy conocida hoy y es preciso ocuparse de él. **Ockham defendió un voluntarismo más radical que el de Escoto**. Éste admitía aún el precepto de amar a Dios como algo necesario. **Ockham, en cambio, considera que todos los preceptos de la ley natural, incluyendo el amor a Dios, son producto de la voluntad divina**; ésta podría haber ordenado a los hombres que le odiasen y, en tal caso, ése habría sido el comportamiento debido y moralmente correcto. Además de escribir sobre el origen de los preceptos morales, Guillermo de Ockham participó de manera muy activa en la polémica de su orden contra el Papado a causa de la pobreza evangélica. Ésta nos interesa ahora porque, al hilo de esa polémica, **utiliza ampliamente la noción de derecho como facultad**. Esta acepción **ve al**

---

<sup>15</sup> –aunque ésa no fuera su intención originaria–

derecho (ius) como un poder para hacer, omitir, reclamar, etc. según lo dispuesto en una regla que regula esas facultades. En esta acepción la palabra derecho tiene un sentido subjetivo, porque hace referencia a la capacidad que está en manos del sujeto<sup>16</sup> para actuar en un sentido determinado. Esta forma de conceptualizar lo jurídico no aparece en los juristas romanos (aunque este asunto es polémico entre los historiadores), ni en los romanistas medievales hasta bien avanzada la escuela, ni en Tomás de Aquino. Ockham tampoco fue su inventor. Ya desde el siglo XII la encontramos en el Derecho canónico. Los canonistas utilizaron la palabra ius para referirse, por ejemplo, al derecho a elegir los candidatos para una sede episcopal. **En esos casos, ius nombra una facultad o poder de actuar conferido a alguien**. Los juristas del Derecho común fueron más remisos a emplear la palabra ius en ese sentido, pero, como ya he indicado, acabaron haciéndolo a partir del siglo XIV sobre todo. **La potestad del pater familias era un ius, igual que el dominium o propiedad privada**. Cuando surge la disputa sobre la pobreza, tanto los franciscanos como los partidarios del Papa emplean la noción de ius (derecho) como facultad, ya que era bien conocida por los canonistas, y fue su empleo en esta controversia lo que contribuyó a darle mayor relevancia teórica.

Ockham hizo un uso especialmente llamativo de esta acepción. Pretende demostrar que ni Cristo ni los Apóstoles poseyeron nada, y que el uso que tenían los franciscanos era un no jurídico sino de hecho. Para conseguir ese objetivo **se centra en el estudio de la propiedad privada, a la que los romanos y medievales llamaban dominium**. Ockham declara que el dominium tiene diferentes formas. Simplificando su explicación (quizá demasiado prolija) podemos decir que hay **un dominium propio de la época originaria del hombre y conferido por Dios antes del Pecado Original**. Tras él aparece el **dominium civile propio de las sociedades ya organizadas**: la diferencia entre ambos es que el segundo puede reivindicarse ante los tribunales y el primero no. El dominio originario ni siquiera es de derecho natural (como afirmaban los integrantes del ius commune) sino que es un estado prejurídico. Ese dominio originario prejurídico supone un poder personal, incommunicable, libre, propio de todas las personas y anterior a todo orden jurídico humano. **Ese poder es el que tienen los franciscanos para usar de sus bienes; es un poder lícito al estar concedido por Dios, pero no es jurídico, porque no puede ser reclamado ni defendido ante los tribunales**. **La verdad es que no queda claro en qué puede consistir esa facultad llamada derecho que no es jurídica, pero sí es lícita**. Tampoco nos interesa la virtualidad de esta teoría para la disputa sobre la pobreza evangélica, sino su relevancia en el curso del pensamiento jurídico occidental. Porque se ha producido un cambio radical de orientación. Para Tomás de Aquino el derecho era la cosa justa que surgía en las diferentes relaciones que formaban el tejido social: Tomás ve la vida jurídica del hombre insertada siempre en una sociedad concreta. En cambio, los franciscanos como Ockham dejan de lado esa inserción social y postulan una imagen del hombre que, desprendido de las instituciones y reglas propias de la sociedad, queda como un individuo solo ante Dios; en esa situación el hombre posee una potestad originaria donada por Dios para actuar en el mundo y de esa potestad derivará el derecho. Curiosamente las exigencias de libertad frente al Papado reclamada por los franciscanos y su desprecio por el derecho sentaron las bases de un entendimiento de lo jurídico decisivo para los siglos modernos, y, sobre todo para el desarrollo futuro de la propiedad privada. Frecuentemente la historia discurre mediante paradojas. Con independencia de los motivos concretos, a lo largo de los siglos XIV y XV se difundió entre los teólogos la idea del derecho como un conjunto de órdenes procedentes de un superior y de facultades de actuar según lo dispuesto en esas órdenes. Uno de los teólogos más importantes de la época, **Juan de Gerson** (1363-1429), **entiende que el derecho es una "facultad o potestad próxima perteneciente a alguien según un dictamen de la**

<sup>16</sup> –el titular del poder o derecho–

*primera justicia (divina)”. Es decir, es un poder conferido por la ley que tiene la persona para actuar conferido, y que en última instancia procede de la potestad divina.* Encontramos así la confluencia de todas las ideas franciscanas anteriores: la presencia de la ley como un mandato y el derecho como la facultad de actuar según lo que dispone el mandato. La verdad es que esa interrelación es lógica. Toda ley es una prescripción y como tal ordena una serie de comportamientos o permite otros; entre lo ordenado, lo prohibido y lo permitido aparecen los poderes o facultades de los sujetos sometidos a la ley: lo que ésta nos permite o nos manda hacer son facultades jurídicas. Inevitablemente, toda reflexión sobre el derecho que parta de la ley como mandato lleva también a la afirmación del derecho como facultad. Estas reflexiones fueron enormemente influyentes, porque Gerson fue un autor muy citado en los siglos siguientes.

## 2. La Segunda Escolástica Española

A partir del siglo XVI, la Escolástica encontrará su máxima expresión en España. Durante la **primera mitad del siglo**, de la mano de teólogos dominicos de la Universidad de Salamanca, se **mostrará bastante fiel a las ideas tomistas**. Sin embargo, a partir de **las últimas décadas** del siglo, autores jesuitas orientarán sus reflexiones sobre el derecho desde un punto de vista **más afín a la línea escotista**, aunque aparenten seguir a Santo Tomás. Especialmente influyente fue la obra de **Francisco Suárez** (1548-1617). A diferencia de tantos tratados anteriores titulados sobre el derecho y la justicia, Suárez **denomina al suyo Tratado sobre las leyes y Dios legislador**. La elección, como ahora veremos, es enormemente significativa. **De manera coherente con su título, Suárez comienza la obra con la definición de ley, y al hacerlo aclara que habitualmente se identifica la ley con el derecho (ius); eso le obliga a definir el derecho.**

Su exposición, basada en análisis etimológicos, es un tanto compleja, pero si la resumimos llegamos a la siguiente clasificación del derecho:

1. Si aceptamos que la palabra ius (derecho) viene de la latina iubeo (mandato), el derecho es lo mismo que la ley. Y la ley es, no lo olvidemos, una manifestación del poder político.
2. Si aceptamos que la palabra ius (derecho) procede del vocablo iustitia (justicia), el derecho es el objeto de la justicia, es decir lo debido. Esta acepción es la que adoptó Santo Tomás, pero Suárez añade un cambio importante cuando explica que podemos considerar objeto propio de la justicia la “facultad moral que alguien tiene sobre sus cosas o sobre las cosas a él debidas (como el estipendio del operario)”.

De esta forma, la noción de facultad elaborada por la Teología bajomedieval aparece integrada plenamente en la escolástica aparentemente tomista. De esta forma, el derecho aparece desplegado en dos vertientes:

el derecho como regla o ley  
el derecho como el comportamiento debido según la ley,  
que se manifiesta a su vez en el conjunto de facultades que esas leyes otorgan.

La importancia de esta explicación de Suárez es difícil de exagerar: la acogerá toda la explicación moderna hasta el siglo XX, y se plasmará por ejemplo en la codificación del siglo XIX.

Cuestión diferente es que esa aportación escolástica no haya sido reconocida por la historiografía hasta hace poco tiempo. A partir de esta teoría la ley aparece como la medida y regla de las facultades. Las leyes son mandatos



que prohíben o permiten determinados comportamientos; los actos lícitos dentro del entramado de leyes son las facultades jurídicas que poseen los ciudadanos; **el concepto de derecho como facultad es, por tanto, una derivación del concepto de derecho como ley**. En efecto, las facultades jurídicas de las que goza un sujeto dependen de la presencia de una “causa justa” establecida en la ley. Los derechos de los ciudadanos para hacer o dejar de hacer dependerán de las necesidades sociales tal y como estén recogidas en la legislación. Y como la legislación depende del poder político, finalmente resulta que el derecho es una manifestación de ese poder. El papel desempeñado por la voluntad legislatora en la teoría de Suárez es especialmente relevante. Él explica que la ley debe su carácter jurídico a la procedencia de la voluntad suprema de una comunidad política.

Concebía la manifestación básica del derecho como un conjunto de imperativos ordenados por una potestad política superior. Recordemos que la escolástica bajomedieval de obediencia escotista sólo entendía la legislación al modo de un movimiento de voluntades, empezando por la divina, situada en la cúspide de la jerarquía normativa. Suárez no sólo sigue esta vía de pensamiento, sino que la lleva a su máxima expresión. Hay que recordar, desde luego, que este teólogo, al igual que sus contemporáneos, añade que las leyes deben ser justas para obtener juridicidad, pero advierte inmediatamente que esa justicia material que demanda acogimiento legal sólo es la “causa extrínseca” de la ley; en cambio, la “causa intrínseca” es la voluntad política legislatora y esta causa es la que verdaderamente constituye derecho. Dejando de lado su terminología escolástica, Suárez enuncia de esta forma una de las ideas básicas de la Modernidad jurídica: **la existencia de un centro unitario de imputación para todas las normas jurídicas** (con excepción del Derecho canónico); **ese centro será el Estado, que Suárez esboza ya en sus páginas**. Hablo de esbozo, porque para este teólogo el **poder político** debe estar **bajo las exigencias del derecho natural** (como ahora veremos); la manifestación de poder es un requisito para la juridicidad, pero no es suficiente.

El Estado no puede pronunciar la última palabra sobre esta cuestión. Suárez también se ocupa de la creciente faceta subjetivista del derecho, y en algunas ocasiones parece plantear una descripción individualista de lo jurídico. En un momento de su explicación en la que vuelve a señalar que *el derecho puede ser entendido como ley y como facultad moral, escribe que esta segunda acepción deriva de la primera*; esta interrelación existe en las distintas vertientes de la realidad jurídica: el derecho natural, el de gentes y el civil (es decir, el derecho positivo propio de una comunidad política concreta). En el caso del derecho civil, las leyes creadas por los hombres, mediante acuerdo, establecen esas facultades; lo mismo ocurre con el derecho de gentes, en este caso reguladas por el acuerdo de todos los hombres. En el caso del derecho natural, Suárez sostiene que las facultades proceden de la misma naturaleza, “como la libertad que se dice procede del derecho natural”. Cuando habla de naturaleza parece referirse a una instancia como la naturaleza humana de la que directamente brota un poder: es decir que la libertad es un derecho natural radicado en la misma naturaleza humana; una tesis radicalmente moderna. Pero en realidad, Suárez no propuso una explicación puramente individualista de la realidad jurídica, tal y como observamos en su exposición completa sobre el derecho natural. Él sigue una línea que ya habían adoptado otros teólogos como el también jesuita Luis de Molina (1535-1600). **Mantiene que el ius naturale está compuesto por las reglas de justicia que proceden de la naturaleza de la cosa y poseen una evidencia, necesidad e inmutabilidad absolutas**. Además, considera que el derecho natural también abarca las conclusiones derivadas directamente de dichas reglas. Añade aquí un deductivismo ausente de las reflexiones bajomedievales. Tomás de Aquino había limitado el carácter necesario a las prescripciones básicas de la moral, los llamados primeros principios de la razón práctica; el resto de la realidad práctica surge del juego entre esos principios y las circunstancias concretas; en ese juego, el derecho natural es una instancia flexible. Esa flexibilidad desaparece en la

teoría de Suárez. **El deductivismo desde lo más general a lo concreto también es**, como veremos pronto, **un rasgo de modernidad**. La obra de Suárez tuvo una difusión extraordinaria. El curso posterior del pensamiento jurídico y político en la Europa católica seguirá esta línea hasta el siglo XX. Incluso influyó en ciertos sectores de la Europa protestante durante el siglo XVII. Como hemos visto, **Suárez expone de manera bastante precisa algunas de las ideas que forman la base de la Modernidad jurídica** (el juego entre ley estatal y facultad, sobre todo), **pero plantea otras doctrinas que esa Modernidad no aceptará, sobre todo la idea de naturaleza de la cosa entendida de modo absoluto; el anhelo individualista de la época no podrá aceptar la existencia de baremos normativos tan rígidos y optará por fundamentos racionales enraizados en la personalidad individual**. La lección siguiente mostrará algunas características de esa vía moderna.

### 3. El Humanismo jurídico. Fernando Vázquez de Menchaca

En la primera lección habíamos dejado al *ius commune* a las alturas del siglo XV, en la época de los Comentadores. Durante ese siglo esta corriente se desarrolla y expande, aunque también, sobre todo en las décadas finales, comienza a dar muestras de estancamiento. Después de varios siglos de trabajos, se había acumulado una cantidad enorme de Glosas y Comentarios sobre casi cualquier asunto, de forma que muchos juristas se limitan a enumerar las soluciones ya elaboradas sin aportar novedades. El argumento de autoridad empieza a dominar y muchos debates doctrinales se zanján alegando que la solución debe ser así, porque esa es la opinión de los autores más prestigiosos como Bartolo o Baldo. Esos síntomas de agotamiento no impiden que el *ius commune* sea una de las fuerzas creadoras de derecho a lo largo de esos años. En realidad, será derecho vigente en algunas regiones de Europa hasta el siglo XIX. **No obstante, ya en las primeras décadas del siglo XV nace un movimiento cultural que provocará una crisis importante<sup>17</sup> del Derecho común. Es el llamado Humanismo renacentista**. La verdad es que estas denominaciones son recientes, porque el término Humanismo lo inventan los historiadores alemanes del siglo XIX. Sus integrantes tampoco se autodenominaron “renacentistas”, aunque sí hablaron del renacer del saber liberado de las tinieblas en las que éste había estado supuestamente encerrado hasta entonces. **Al defender ese resurgimiento se colocaron expresamente contra la cultura dominante, es decir la Escolástica enseñada en las Universidades**. Frente a ella reclamaron una mayor atención a la retórica y la elocuencia, al conocimiento de las lenguas clásicas, a los saberes que entendían más propios del espíritu humano: **los llamaron studia humanitatis y de ahí el nombre que recibió posteriormente este movimiento**. Muchas veces se ha dicho que el Humanismo pretendió una vuelta a la Antigüedad; esto no es del todo cierto, porque los llamados medievales tuvieron muy presente la cultura de Grecia y Roma; la importancia que otorgaron al Derecho romano y a la filosofía de Aristóteles es una buena muestra de ello. En realidad, los Humanistas no se caracterizaron por volver la mirada a los tiempos antiguos, sino por mirarlos de una forma especial. **Los medievales se consideraban continuadores cristianos de Roma**; por eso seguía siendo válido el Derecho romano. **En cambio, los Humanistas son conscientes del abismo que separa a la Antigüedad de su propia época y entienden que el intelectual debe ser consciente de ese hecho**. El arte, la literatura y la moral de los antiguos eran modelos para el hombre del siglo XV, pero eran modelos históricos. Esa conciencia de historicidad fue especialmente relevante para el hombre renacentista, porque implicaba la necesidad de conocer lo mejor posible la Antigüedad, como momento desaparecido, glorioso, pero irremisiblemente parte del pasado. Para eso era preciso un acercamiento a las fuentes literarias, históricas, filosóficas, etc., en toda su pureza originaria, libre de adherencias medievales. Esta fidelidad a las fuentes tuvo influencia en el *ius commune*. **En sus inicios el Humanismo no fue una corriente interesada primariamente por**

---

<sup>17</sup> aunque no el hundimiento

**el derecho.** Sin embargo, su importancia en este campo también será grande, porque los métodos y talentos que los Humanistas exigían para el conocimiento de las fuentes literarias y filosóficas de la Antigüedad, los requirieron también para el estudio del Derecho romano. *Los juristas medievales habían considerado la Compilación de Justiniano un derecho aplicable, porque se consideraban herederos de Roma y defendían el papel del emperador romano-germánico.*

Es cierto que ésta no fue la única causa que justificó la su expansión espectacular, pero sí logró que no se cuestionara su vigencia. En realidad, a los juristas medievales les interesaba sobre todo su capacidad para resolver los problemas actuales y no su valor como monumento de la vieja Roma. De ahí que no se preocuparan por la perfección filológica o histórica de sus interpretaciones.

En cambio, los Humanistas del siglo XV<sup>18</sup> se acercaron a los textos romanos con el espíritu del arqueólogo. No les interesaba primariamente solucionar problemas jurídicos concretos, sino conocer *el significado histórico de aquellas leyes* y, en consecuencia, rechazaron los métodos de los juristas del *ius commune* a los que consideraron bárbaros incultos. En un principio, esta nueva actitud no tuvo demasiada influencia en la práctica jurídica. Mientras los Humanistas se afanaban en sus estudios del griego y el Latín los romanistas tradicionales siguieron con sus tareas profesionales. Al mismo tiempo que el Renacimiento se despliega en la Florencia de los Medici, desarrollan su actividad algunos de los romanistas más famosos como el italiano Jason de Mayno. Sin embargo, los efectos de las exigencias humanistas empezaron a sentirse pronto en los ámbitos teóricos del derecho. Uno de ellos fue el proceso de historificación del Derecho romano. En efecto, los Humanistas lo consideraron una herencia muy valiosa que los medievales habían perturbado con sus interpretaciones carentes de sentido histórico. Inicialmente entendieron que el acercamiento humanista serviría para conocerlo mejor y, por tanto, para emplearlo mejor en la práctica. Pero poco a poco cundió la idea de que el Derecho romano era una realidad puramente histórica que no servía para el tiempo presente. Era preciso, por tanto, buscar nuevos fundamentos para los ordenamientos jurídicos vigentes. Sin embargo, ese proceso fue lento, porque el *ius commune* era entonces uno de los elementos fundamentales de la realidad jurídica europea y no podía ser echado por la borda sin más. En realidad, y ya en el siglo XVI, muchos Humanistas defendieron la aplicabilidad forense del Derecho romano como compendio de principios racionales, aunque reconocieran que había que buscar nuevas justificaciones para esa vigencia. Los encontraron en la noción de razón natural. No quiero decir con esto que los romanistas medievales rechazaran el papel de la razón; al contrario, era la base auténtica del derecho. No obstante, ellos no se cuestionaban la autoridad del *Corpus Iuris justinianeo* y por eso sus exposiciones procuraban seguir el orden de materias del texto romano. En la práctica habían creado un derecho nuevo a partir de los textos romanos, pero quisieron mantener la idea de que eran sólo interpretaciones. En cambio, los juristas Humanistas adoptaron una actitud más abierta. Ya no se ciñeron al orden material del *Corpus* e introdujeron formas nuevas de argumentar: citas de literatos y filósofos antiguos, por ejemplo. En general, pretendieron desvincularse de la base romana y afirmaron que el verdadero fundamento del derecho estaba en la razón natural del hombre. Las reglas que procediesen en última instancia de esa racionalidad obtendrían juridicidad; el Derecho romano procedía de esa fuente y, por tanto, podía ser tenido en cuenta, aunque la sociedad para la que fue creado (Roma) ya hubiese desaparecido. La importancia de estas reflexiones fue grande. En los comienzos de la Modernidad, los sectores más cultos del mundo romanista

---

<sup>18</sup> (como Lorenzo Valla, Maffeo Veggio o Angelo Poliziano)



entienden que la base de todo derecho está en la razón natural o dicho de otro modo en la naturaleza racional del hombre.

La filosofía del siglo XVII sacó un provecho extraordinario de esta intuición de los Humanistas. Pero antes de llegar a ese momento, faltaba alguien que, en este tiempo confuso propio de un cambio de época, tomara las ideas que bullían en el ambiente y les diera forma. Este papel correspondió a un español llamado **Fernando Vázquez de Menchaca** (1512- 1569), en una obra titulada *Los tres libros de las controversias ilustres y otras de uso frecuente*. El papel de Vázquez de Menchaca **consistió en unir la exigencia de nuevas bases para el derecho con la razón natural y con la noción de libertad natural**.

Recordemos que ésta había estado presente en todas las reflexiones iusfilosóficas desarrolladas por el pensamiento occidental, pero formando parte del orden jurídico y no como un fundamento exterior y previo al derecho efectivamente existente. A partir de ahora cambia la manera de enfocar el asunto. **Vázquez de Menchaca, un jurista romanista conocedor de la cultura humanista y de algunas doctrinas teológicas, emplea el derecho natural para explicar el origen del derecho y además emplea para ello una de las acepciones de este término: la que lo identifica con la libertad natural.** En las primeras páginas de su obra **proclama que la esclavitud es el peor mal para el hombre**, porque todos somos libres e iguales por naturaleza. En consecuencia, **el poder<sup>19</sup> de un hombre sobre otro no viene dado por la naturaleza, o dicho de otro modo, no es de derecho natural**. Sin embargo, es evidente que existen leyes y que muchos están sujetos al poder de los gobiernos. Ante ese hecho, Vázquez se propone explicar la existencia de la sociedad política desde el presupuesto de la libertad natural. Reparemos en el cambio de planteamiento que se ha producido. Hasta entonces, la tradición romanista había presentado diferentes vertientes del derecho natural, incluyendo la libertad propia del estado de naturaleza. Sin embargo, no había defendido que el derecho natural fuera el fundamento del derecho; y menos todavía que la libertad fuera la noción básica para explicar la realidad jurídica. Pero en este momento, **Vázquez sí entiende que el derecho existente en cada nación (el ius civile) debe encontrar su justificación en la adecuación a la libertad natural. La clave reside en el hallazgo de un medio para pasar de un estado de total libertad a un estado de organización política respetando al mismo tiempo la libertad originaria.** Él recurre a las ideas de pacto y utilidad individual. Buena parte de la filosofía práctica medieval había concedido gran importancia a la idea de utilidad en la configuración del derecho. Pero la utilidad se identificaba con el bien común de la sociedad. En cambio, Vázquez habla de la utilidad del ciudadano, es decir, la utilidad individual, y une esa idea con la libertad y la necesidad de una sociedad organizada. Efectivamente, los individuos perciben que la situación propia del estado de naturaleza puede perjudicarles (al no haber orden, deriva fácilmente en un conflicto generalizado) y consideran más útil vivir en sociedad. Por tanto, acuerdan o pactan constituir la sociedad política. Como todos consienten, es decir, manifiestan su voluntad libremente, el poder que surge de ese pacto respeta la libertad originaria. Es la idea de contrato aplicada a la construcción de una sociedad. **En el contrato las partes adquieren obligaciones, pero han consentido en la relación contractual y, por tanto, han aceptado libremente estar obligados.** De esa forma, Vázquez diseñó uno de los expedientes teóricos más influyentes en los siglos posteriores: **la Modernidad jurídica caminará por esta vía**. La teoría del origen contractual del poder político había sido ya defendida en la Edad Media, pero Vázquez añade una novedad esencial: **son los individuos los que pactan para defender su libertad**. Uno de los corolarios de este planteamiento es el límite al ejercicio del poder. **La existencia del poder no es natural y sólo está**

---

<sup>19</sup> imperium, en la terminología de la época

*justificada si se ejerce en beneficio del ciudadano*<sup>20</sup>. Si el gobierno no respeta el ámbito individual, no existe el deber de obediencia a la ley. **Vázquez es muy insistente en la descripción de las limitaciones del poder y en su defensa de la libertad que pertenece al individuo. Su obra puede ser considerada una de las primeras manifestaciones del pensamiento liberal.** Por otra parte, conviene tener presente que la obra de este jurista no siempre presenta rasgos tan novedosos. Al lado de la libertad natural, que ocupa un papel tan relevante, menciona las diferentes concepciones de derecho natural, típicas del ius commune. Quizá esta defensa del pacto como constituyente originario de la sociedad sea la aportación más destacada del llamado Humanismo jurídico a la Modernidad. Conviene tener en cuenta que Vázquez lleva a cabo esta tarea en solitario. **La mayoría de los juristas influidos por el Humanismo adoptaron una actitud poco rupturista y defendieron un concepto de lo jurídico que no difería en lo esencial del expuesto por los romanistas bajomedievales.** Además, como ya señalé antes, la irrupción de las ideas renacentistas no supuso la desaparición del ius commune de corte tradicional. Curiosamente, en la patria del Renacimiento, Italia, el Humanismo jurídico no encontró mucho eco; allí casi todos siguieron **los modos tradicionales heredados de los Comentadores.** Por eso, esa forma de estudiar el derecho fue conocida a partir de entonces **mos italicus**, es decir, el modo italiano de enseñar el derecho; en cambio, **el Humanismo jurídico**, que triunfó en Francia, fue llamado **mos gallicus**, o modo francés. Las tendencias políticas de la época también se hicieron sentir entre los Humanistas. Algunos de ellos adoptaron una actitud radical ante el Derecho romano y rechazaron abiertamente su utilización práctica. En su lugar debía ser empleado el derecho nacional propio. Los tiempos habían cambiado y **príncipes y reyes pugnaban por reforzar su poder y controlar la producción del derecho.** Se unían, así, las reformas culturales con las aspiraciones políticas. Pero, como ya he indicado, **esto no supuso la desaparición del Derecho romano. La mayoría de los juristas humanistas defendió su estudio y aplicación.** Su prestigio intelectual, sin embargo, quedó herido a partir del siglo XVI.

#### 4. La nueva ciencia de la naturaleza

Entre los siglos XVI y XVII cambia el paradigma de la racionalidad. Para la mentalidad premoderna **existían diferentes saberes** según los diferentes sectores de realidad sobre los que se aplicasen. **Cada uno de ellos tenía sus propias características y era “racional” en su ámbito.**

La Geometría, por ejemplo, era un saber más exacto que la moral, pero no más racional, porque, tal y como explicaba Aristóteles, no podemos pedir más precisión de la que la materia en cuestión puede darnos; como los asuntos humanos son mutables, la moral no puede ofrecer la certidumbre absoluta propia de la Geometría. Esta actitud cambia en el siglo XVII debido, muy principalmente, a los cambios producidos en las ciencias de la naturaleza.

En efecto, los **siglos XVI y XVII asisten a una revolución en ese ámbito.** Hasta entonces existía una Filosofía natural especulativa que trabajaba, en un plano teórico, con las “causas” que regían el mundo. No empleaban la investigación experimental ni las matemáticas. Es a partir de la Baja Edad Media, con precedentes en Roger Bacon (1214-1294), cuando aparecen algunas llamadas tímidas a favor de cierto empirismo. Pero **el gran cambio tiene lugar en el siglo XVI de la mano de hombres como Galileo Galilei que elaborarán la Física moderna.** Sus señas de identidad serán la primacía de la observación empírica y la matematización del universo. La realización de experimentos será el punto de partida inexcusable de toda investigación; posteriormente los resultados de tales experimentos serán plasmados en leyes generales de formulación matemática. Y es que la primera Modernidad está convencida de una idea básica ajena al mundo medieval: **la realidad física puede ser explicada mediante las**

<sup>20</sup> (el matiz es muy importante: no se trata del interés de la comunidad general, sino del ciudadano individual)

**matemáticas.** El avance de las ciencias naturales les otorga un prestigio inmenso<sup>21</sup> y provoca un cambio en el concepto de racionalidad: el modelo de las ciencias naturales se convierte en el único criterio para establecer la seriedad de una forma de conocimiento. Sólo aquello mensurable<sup>22</sup> y expresable matemáticamente es científico y racional; los demás saberes sólo lo serán en la medida en que puedan seguir ese método. **Las disciplinas hoy llamadas humanísticas se verán irremediablemente afectadas por la nueva mentalidad.**

Otra idea básica de esta nueva mentalidad científica es la exigencia de sistema. Ya hemos visto en la asignatura “Instituciones básicas del derecho” la importancia del concepto de sistema para la noción ordenamiento jurídico. Recordemos que **el sistema implica la derivación del contenido propio de una rama del conocimiento desde un único punto de vista. La mentalidad medieval desconoció esta idea**, tal y como muestra la concepción romanista del derecho natural: pertenecían al ius naturale tendencias tan diversas como la libertad, la racionalidad o los instintos; **no había un principio único bajo el que subsumirlas todas**. Fueron los Humanistas quienes iniciaron la evolución hacia el conocimiento sistemático en una serie de escritos dedicados a la cuestión del método. En esas obras exigían que todo tratamiento metódico partiera desde unos conceptos claros y sencillos para descender a las soluciones concretas. **La culminación de este proceso la llevó a cabo René Descartes** en su Discurso del Método y sus Reglas para la dirección del espíritu. En ellas **se propuso establecer las directrices de una forma de conocimiento absolutamente segura y cimentada en principios dotados de certeza inmutable**. Mediante el análisis, era preciso descomponer la realidad cotidiana hasta sus constituyentes últimos; una vez encontrado el principio supremo que explicaba toda la realidad entra en acción otra forma de razonar, la síntesis, que construye una explicación racional y coherente de la realidad previamente analizada. Este método llamado analítico-sintético fue empleado ya por Galileo. De hecho, las nociones de análisis y de síntesis procedían de Aristóteles y fueron reelaboradas y difundidas en el siglo XVI por los aristotélicos de la Universidad de Padua. A partir de ahora desempeñarán un papel protagonista en la Epistemología. En resumen, **las exigencias intelectuales de la época moderna serán la búsqueda del saber seguro<sup>23</sup> y la pretensión de encontrar un punto de partida, idea o concepto supremo desde el que organizar toda la materia en cuestión**. Los modernos intentaron unificar los criterios de racionalidad y, por tanto, quisieron aplicar las exigencias ahora mencionadas al ámbito jurídico.

## Lección IV. La escuela de derecho natural moderno

### Capítulo 1º Hugo Grocio (1583-1645)

La corriente iusfilosófica dominante durante los siglos XVII y XVIII fue la llamada Escuela de Derecho Natural Moderno o, más brevemente, iusnaturalismo moderno. Sus doctrinas son una alternativa radical a la mentalidad prudencial plasmada en el ius commune y la teología moral tomista. Esa ruptura no se produjo de la noche a la mañana. En la lección anterior hemos visto como ya desde el siglo XIV los pensadores integrados en o afines a la línea escotista y franciscana plantean teorías sobre el derecho diferentes a la romanista. **Esas teorías contribuyeron a crear un ambiente intelectual favorable a la identificación del derecho con una facultad personal.** Tal y como muestran los escolásticos tardíos, era la concepción del derecho dominante en las primeras décadas del siglo XVII,

<sup>21</sup> (que en cierto modo dura hasta hoy)

<sup>22</sup> (dotado de peso, longitud, etc.)

<sup>23</sup> –identificado con la ciencia física–

y el iusnaturalismo moderno es ininteligible sin esa evolución. Por otra parte, Vázquez de Menchaca con su afirmación de la libertad natural como base para la construcción de la sociedad también influyó poderosamente en la Escuela.

Muchas historias del pensamiento jurídico comienzan el estudio del iusnaturalismo moderno con el holandés Huig de Groot, latinizado Hugo Grotius y españolizado como **Grocio**. Durante mucho tiempo se le ha considerado el iniciador de esta Escuela, pero en realidad **fue un autor perteneciente al Humanismo jurídico y muy influido por autores españoles escolásticos y juristas**. Entre sus muchas ocupaciones destacó la redacción de tratados jurídicos. Al más importante lo llamó Sobre el derecho de la guerra y de la paz (1625); es un compendio en la línea de las ordenaciones humanistas en el que trató de presentar un derecho común a toda Europa que recogiera también el derecho propio de los tiempos de guerra. En una Europa dividida por las disputas religiosas **el éxito de Grocio no residió en su originalidad sino en su protestantismo: los iusnaturalistas modernos, que eran protestantes, no podían aceptar predecesores católicos** –como Vázquez de Menchaca o los Escolásticos– y **tomaron como modelo a Grocio, el teórico protestante con más prestigio que encontraron, e ignoraron a todos los autores anteriores de los que Grocio había obtenido sus ideas**. Hay que tener en cuenta que este holandés era protestante arminiano y, en consecuencia, poco radical en su anticatolicismo; no es extraña la influencia que en él ejercieron escolásticos y juristas españoles.

Grocio sigue de cerca la tendencia escolástica al tratar el concepto de derecho. Cita las acepciones de lo **justo, facultad** y **ley**. A la primera **no le presta apenas atención**, porque inmediatamente **se dedica a explicar el ius como poder o facultad para actuar: lo denomina “cualidad moral” y es, según él, la definición más propia de derecho**. Se manifiesta en diversos ámbitos: sobre la propia persona (libertad), sobre los bienes exteriores (propiedad) y sobre las cosas debidas. Al lado de estos poderes el derecho también se identifica con la ley, es decir con las reglas correctas para actuar. Como podemos ver nada esencialmente nuevo que no hubieran enseñado ya los escolásticos españoles.

La verdad es que Grocio, al escribir los Tres libros sobre el derecho de la guerra y de la paz, **no redactó un tratado de derecho natural**. Pero se le ha considerado pionero del iusnaturalismo porque en los Prolegómenos de dicha obra explica que el derecho natural está formado por una serie de principios evidentes y ciertos como los de las matemáticas, cuya objetividad no depende de la voluntad divina. Esto parece dar a entender que esos principios son el fundamento de todo el orden jurídico, aunque ese deductivismo no acabe de estar presente en el resto de la obra grociana. Y tampoco hay en este asunto aportaciones novedosas respecto de los teólogos escolásticos que siguen la estela de Suárez. Al contrario, la exposición de Grocio es más simple y menos sutil que la escolástica.

En realidad Grocio **es un autor un tanto ambiguo**. Por una parte, **mantiene que la ley natural se desprende de la naturaleza de la cosa con total certidumbre, de manera que el Derecho natural goza de la misma precisión que las Matemáticas**. En consecuencia, forma un conjunto de preceptos inmutables y eternos de justicia indudable; **tanta que el derecho natural sería justo aunque Dios no existiera**, cosa que no puede pensarse sin incurrir en absurdo, como se apresura a matizar Grocio (nuevamente hay que decir que estas ideas son típicamente escolásticas). Sin embargo, en la misma obra, el holandés también se muestra partidario de fundamentar el derecho en promesas y pactos al modo iniciado por Vázquez de Menchaca; así explica el origen de la propiedad que, a su vez, conduce al nacimiento de las demás instituciones jurídicas.

**Estas serán las dos vías que seguirá el iusnaturalismo durante la Modernidad.** La primera **estará basada en la idea de un derecho natural eterno y modélico para el derecho positivo**. Esta concepción no era propia de la

mentalidad medieval, sino que, como ya hemos visto, la elaboran los teólogos de la Segunda Escolástica; Grocio, influido por ellos, la adopta (de manera simplificada) y la transmite a un sector de los iusnaturalistas protestantes de los siglos XVII y XVIII que rechazan el individualismo imperante. Estos juristas defendían la existencia de una justicia objetiva, que no obedeciera sólo al arbitrio mudable de los individuos creadores del derecho mediante pactos. *Esos autores no podían citar las opiniones de Tomás de Aquino sobre la prudencia porque estaban olvidadas.* Tampoco las de los teólogos españoles sobre la naturaleza de la cosa rígida, porque era un desprestigio para un intelectual de la época ilustrada citar a esos autores. Por tanto, citaban a Grocio aunque no fuera el creador de esa doctrina. Esta idea de derecho natural inmutable también predominó entre los autores católicos hasta bien entrado el siglo XX, pero este aspecto de las doctrinas del derecho natural no lo vamos a tratar aquí.

La otra línea del iusnaturalismo moderno, **la individualista basada en pactos a partir del estado de naturaleza inaugurada por Vázquez de Menchaca, que Grocio también recoge parcialmente**, será la triunfante en la Escuela de Derecho Natural Moderna y el objeto de esta lección.

## Capítulo 2º Thomas Hobbes (1588-1679)

Hasta ahora hemos atendido a las ideas de una serie de juristas y de teólogos pertenecientes a órdenes religiosas. En cambio, **Hobbes fue un filósofo "laico"**. Por supuesto no fue el primer filósofo profesional ajeno a los votos religiosos, pero sí es el primer gran filósofo teórico de la Modernidad. Dedicó buena parte de su vida a las labores docentes y educativas propias de un preceptor privado contratado por la nobleza inglesa, y esa ocupación le permitió viajar y acceder a buenas bibliotecas. Sus influencias primeras proceden del Humanismo; así lo muestran sus primeros escritos, publicados anónimamente: uno de ellos es un comentario a ciertos textos de Tito Livio. Y el primer libro que se atrevió a publicar con su nombre fue una traducción al inglés de Tucídides.

Tuvo intereses intelectuales diversos; le preocuparon la Geometría y la Óptica, pero **sus afanes principales se dirigieron a la teoría política**. Sus reflexiones estuvieron marcadas (pero no determinadas) por la guerra civil inglesa y la pretensión última de Hobbes fue diseñar un orden político que impidiese tales conflictos. Su fama obedece a las obras dedicadas a los problemas jurídico-políticos: **los Elementos de Derecho Natural y Político, el tratado Sobre el ciudadano y Leviatán: la materia forma y poder de un estado eclesiástico y civil**.

En ellos declara expresamente que estudiará la realidad política con los mismos criterios que la realidad física. Explica que la realidad sólo consiste en un conjunto de cuerpos en movimiento; esta descripción es válida para el mundo físico según entendían entonces los científicos más novedosos, y Hobbes sostiene que también lo es para el ser humano y la sociedad que forma. Para explicar detenidamente esta tesis debe enfrentarse a la sociedad política concreta que tiene ante sí y diseccionarla según el método analítico hasta sus constituyentes más elementales. Una vez que los haya encontrado podrá construir una teoría coherente que explique toda la realidad jurídica y política. Se trata de una aplicación de las dos exigencias de la nueva cientificidad: el sistema y el método procedente de las ciencias naturales.

En su tarea analítica, Hobbes considera que la existencia de la sociedad, el poder político, las leyes, instituciones etc., es artificial; lo verdaderamente natural, la verdad fundamental y punto de partida de la construcción sistemática es el individuo. El hombre individual es un ser que se mueve a impulsos de sus pasiones o deseos. Tengamos presente la comparación con la física; ésta se basaba entonces en los movimientos de los cuerpos impulsados por fuerzas externas que chocaban entre sí. Igualmente, el hombre recibe impulsos del exterior y esos impulsos le llevan a actuar. **Hobbes explica que todos experimentamos percepciones, algunas agradables y otras desagradables. Inevitablemente todo individuo tiende a buscar las percepciones buenas y a evitar las malas;**



no es libre para decidir si lo hace o no, al igual que una rueda no es libre para dejar de girar si sufre un empujón. Es preciso destacar que el carácter agradable de dichas percepciones es totalmente subjetivo, porque cada individuo siente de manera distinta. Hobbes afirma que los hombres llaman bueno y malo a lo que les resulta placentero o molesto, respectivamente. **Defiende, en consecuencia, un nominalismo radical: bien y mal sólo son palabras para nombrar sensaciones individuales. No hay ninguna realidad objetiva detrás de esas palabras**, de tal forma que la moral depende únicamente de apreciaciones irremediablemente subjetivas. A partir de esta descripción, el hombre desde el punto de vista racional aparece como un ser radicalmente individual que sólo busca la satisfacción de sus pasiones. **Esta subjetividad de los sentimientos sobre lo bueno y lo malo no afecta, según Hobbes, a su propia teoría.** En efecto, **él afirma la existencia de una realidad física objetiva que se imprime en los individuos y causa en ellos sensaciones**; la existencia de ese mundo material externo no depende de la subjetividad; lo subjetivo es el efecto grato o rechazable de las sensaciones según los diferentes individuos.

Este análisis muestra, a juicio de Hobbes, la realidad más íntima del ser humano, su naturaleza. Y a esa descripción Hobbes **la denomina “estado de naturaleza”**, aunque este desempeñe una función distinta a la que tenía en la mentalidad romanista. En efecto, Hobbes no se refiere a una etapa originaria y feliz de la historia humana. Su “estado de naturaleza” es una hipótesis racional para explicar la verdadera realidad del hombre. **Esa realidad es que la existencia de la sociedad, las leyes, las instituciones, son artificiales; la naturaleza del hombre no es más que el impulso hacia la satisfacción de sus deseos, en principio sin límites.** Esto provoca una situación bastante desagradable. Hobbes lo describe como un estado de guerra de todos contra todos. Efectivamente, si cada uno busca su propio bienestar y no hay ninguna instancia objetiva para determinar lo bueno dotadas de suficiente poder para imponer sus resoluciones, esos individuos inevitablemente acabarán chocando sin que haya autoridad para acabar con el conflicto. **Recordemos que en esa situación no hay jueces ni leyes: es un estado a-jurídico.** Hobbes considera que todo individuo tiene un poder más o menos igual para conseguir lo que desea y llama a ese poder derecho natural, pero no es un auténtico derecho (al modo como lo entendía el ius commune, por ejemplo) sino un simple poder físico para actuar.

**Sin embargo, Hobbes afirma al mismo tiempo que la búsqueda de la paz y la tranquilidad es una tendencia natural.** Por tanto, es preciso **abandonar el estado de naturaleza**. Empieza así la fase sintética de la teoría hobbesiana. Una vez establecido el fundamento de la vida humana, es decir, que **sólo hay individuos independientes**, es necesario **construir una sociedad política acorde** con tales presupuestos. Para **realizar esa labor Hobbes recurre** a la noción de **ley de la naturaleza**. Sin embargo, como ocurre con las otras expresiones seculares empleadas por este filósofo, su versión difiere considerablemente de la vigente hasta entonces.

Él afirma la existencia de unas **leyes de la naturaleza que son, en realidad, consejos para conseguir la paz**. Hasta esta época –como hemos tenido oportunidad de ver– la ley natural contenía preceptos morales muy básicos y evidentes, de cuya obligatoriedad nadie dudaba. Hobbes en cambio *las concibe más bien como reglas técnicas que sirven para conseguir un fin, pero que no obligan ya que una obligación ha de tener cierto carácter incondicionado*. Lo que Hobbes nos dice es que si queremos **salir del estado de naturaleza debemos seguir esos “consejos”** y de hecho reconoce que desde ese punto de vista no son leyes. Sí serían auténticas leyes si las consideramos mandatos divinos. Porque él participa de una visión imperativista del derecho: éste es siempre cuestión de poder y voluntad de un superior.

Al explicar el origen de la sociedad, Hobbes indica que la **primera** ley de la naturaleza **“prescribe” hacer todo lo posible para conservar la vida y para evitar lo que nos pueda perjudicar**. La **segunda**, derivada de la primera,

aconseja al individuo ceder el poder que posee en el estado de naturaleza (el derecho natural) a una entidad, que a partir de entonces será la única depositaria de esos poderes. Esa cesión se hace mediante un pacto: todos ceden por igual su poder a esa entidad que Hobbes llama soberano. La tercera ley natural impone la obligación de cumplir el pacto por el cual se cede el poder al soberano; si se incumple, los individuos vuelven al estado de naturaleza, es decir, a la guerra constante.

Uno de los efectos del pacto es la creación de un estado jurídico. Existe ya una instancia con la capacidad para imponer a todos reglas generales de comportamiento vinculantes y efectivas para todos: el soberano tiene poder para forzar su cumplimiento. Esa fuerza no existía en el estado de naturaleza; en él cada individuo debía defenderse como mejor pudiera y por eso no era un estado jurídico. Como ya he indicado, Hobbes vincula la juridicidad con el poder.

No debe extrañarnos, porque esa conclusión es coherente con los presupuestos individualistas desde los que parte. Hobbes niega la posibilidad de determinar la existencia de bienes objetivos. La razón es incapaz de realizar esa tarea y su función es diseñar una estrategia para salir del estado de naturaleza. Pero la razón no puede discernir entre lo justo y lo injusto. En consecuencia, el derecho no tiene que ver con la justicia sino con el poder; ese poder es ilimitado en el estado de naturaleza y, por tanto, destructivo; de ahí la necesidad de cederlo al soberano. **A partir de entonces sólo él tiene la palabra sobre el derecho, pronunciándose mediante leyes.** En consecuencia, una vez realizado el pacto, el derecho es la ley política, y sólo la ley política, porque es la única con fuerza para imponerse de manera efectiva. Esa es la única característica importante para saber si estamos en presencia de una ley. Su contenido carece de importancia para establecer la juridicidad: cualquier cosa que diga el soberano es derecho, con independencia del contenido de su mandato. No obstante, Hobbes sostiene que la ley puede ser calificada de immoral si incumple su función garantizadora del orden social.

Reparemos en que el poder político aparece nítidamente en la teoría hobbesiana como entidad que ejerce el monopolio de la creación y de la imposición del derecho sobre un territorio. Es cierto que esta concepción ya había aparecido en Los seis libros de la República de Jean Bodin, en el siglo XVI, y que Francisco Suárez había expuesto una concepción legalista de la creación del derecho. Pero es Hobbes quien la expone con una claridad y precisión teóricas desconocidas hasta entonces. **Y de esa forma queda perfilado teóricamente el Estado propiamente dicho.** Por supuesto, ninguna revolución intelectual nace del vacío y la obra hobbesiana muestra los ecos de la teología franciscana y su hincapié en el imperativismo voluntarista; tampoco era completamente novedosa la utilización del pacto social entre individuos para explicar la sociedad, porque Vázquez de Menchaca había hecho algo parecido. Es difícil establecer cuáles fueron los autores que le influyeron efectivamente, porque él no cita a casi ningún contemporáneo, y mucho menos a los escolásticos, totalmente denostados en el ambiente cultural en el que se mueve Hobbes (sí menciona a Suárez y al cardenal Roberto Belarmino para criticarlos). La mayoría aplastante de sus citas están dedicadas a los autores de la Antigüedad. De todas formas, parece poco razonable pensar que un hombre culto como él desconociera la identificación del derecho con la facultad personal o la idea romanista del derecho natural como libertad. A la hora de averiguar los caminos que llevaron a Hobbes a enunciar su teoría conviene no exagerar el papel desempeñado por los modelos de la ciencia física. Desde luego estos cumplieron con la labor de explicitar y justificar sus tesis, pero la idea directriz que recorre su obra, la imagen del hombre como individuo egoísta que necesita un poder fuerte para sobrevivir, no se la proporcionó la ciencia. La obra temprana citada más arriba, su comentario a Tito Livio, ya muestra un primer esbozo de esa descripción de la vida social. Posteriormente, el recurso a un tipo de discurso tan prestigioso entonces como el científico le sirvió

para articular su propuesta convincentemente. Pero la física no le dio los puntos de partida de su argumentación, tal y como ha mostrado Leo Strauss.

Con independencia de las fuentes, **resulta patente que la aportación hobbesiana fue novedosa**. Y una de sus peculiaridades originales es la intención última que inspira su obra. Él no pretende simplemente explicar en qué consiste la vida jurídica cotidiana del hombre, sino diseñar un nuevo orden político y jurídico. **Plantea una enmienda a la totalidad<sup>24</sup> de las estructuras europeas, lanzada desde una perspectiva individualista. Es el despertar de las ideas que llevarán a las revoluciones de finales del XVIII**. Algo que no deja de ser curioso en un pensador tan proclive a la idea de orden como éste.

Y es que la teoría hobbesiana está llena de ironías. En última instancia no es sino un curioso artificio para conservar la paz. Hobbes no es, como se ha dicho a veces, un pensador totalitario, **sino el predecesor de algunas ideas propias del liberalismo** (no todas). De hecho, **si el Estado no realiza su función protectora de la paz, los individuos podrán considerar disuelto el pacto inicial y volver el estado de naturaleza**. El Estado sólo tiene sentido si protege la paz individual. La gran ironía de su planteamiento es que el individuo sólo puede vivir tranquilo bajo un poder absoluto. Y éste es también su problema, **porque desde su teoría no es posible establecer límites y garantías frente al poder del Estado, que puede llegar a destruir esa tranquilidad**. **Este aspecto del pensamiento liberal, verdaderamente esencial, está ausente de sus páginas**.

Otro aspecto llamativo de la obra de Hobbes es el carácter peculiar de su iusnaturalismo. Porque, si tenemos en cuenta lo reseñado en los párrafos anteriores, **el derecho natural no es derecho y la ley natural tampoco es una ley; ambos son un expediente para justificar la creación del Estado. Derecho es sólo el mandato que procede del Estado**. La ley natural no es, por tanto, verdadero derecho. En consecuencia, Hobbes no sería verdaderamente iusnaturalista, porque sólo es derecho el derecho positivo, el derecho puesto por el Estado. Entonces, ¿por qué incluir a Hobbes en el iusnaturalismo moderno? Porque el Estado sólo se justifica mediante el recurso a la ley natural, aunque su estatus moral no quede muy claro en la obra de Hobbes. Esta paradoja que acabo de mencionar estará presente en todos los iusnaturalistas, como veremos inmediatamente.


Antes de terminar conviene aclarar un aspecto del pensamiento hobbesiano: **él no es un defensor de la inmoralidad o de la tiranía, sino un escéptico pesimista**. Es interesante comprobar por ejemplo que **las leyes naturales que siguen a las tres primeras citadas más arriba recogen preceptos muy tradicionales de benevolencia y honestidad tradicionales**. Hobbes **cree firmemente en esos principios, pero piensa que la razón humana es incapaz de fundarlos con firmeza en los hombres**, dominados por el egoísmo. Sólo el mostrar que el interés propio aconseja respetar tales preceptos podrá promover su respeto generalizado.

---

<sup>24</sup> enmienda a la totalidad

Sublema de [enmienda](#)

1. Const. Propuesta de devolución de un proyecto de ley al Gobierno por disconformidad con su oportunidad, principios o espíritu.

Se admite este tipo de enmiendas solo para la devolución de los proyectos de ley, no de las proposiciones de ley (Reglamento del Congreso , art. 126).

2. Const. Enmienda que propone un texto completo alternativo al del proyecto o proposición de ley.

Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982, art. 110.3. 



## Capítulo 3º John Locke (1632-1704)

Es el otro gran teórico iusnaturalista inglés del XVII. En Oxford estudió Teología y Filosofía, aunque sus gustos lo inclinaron hacia la Medicina. Fue profesor en esa universidad pero también ejerció como preceptor y secretario de un importante político de la época, Lord Ashley Cooper. El apoyo a este personaje y a sus planteamientos liberales le llevó al exilio. De él volvió tras la Revolución de 1688. **Esta relación con tales acontecimientos no es casual, porque Locke es el pensador representativo de la “Gloriosa Revolución” de 1688, del nacimiento del Liberalismo inglés, y en buena medida del europeo.** Esa Revolución marca la expulsión del último Estuardo y el inicio del recorrido que concluirá en el Estado liberal británico.

Locke (que no era jurista) **se ocupó de diversas materias filosóficas**. Escribió un muy difundido Tratado sobre el entendimiento humano en el que exponía una teoría empirista del conocimiento influida por el modelo de la Física tal y como se entendía entonces. **Su idea básica es que todo lo que conocemos proviene de la experiencia sensorial y de la reelaboración de tales datos por parte de la inteligencia.** Ya Hobbes había sentado las bases de este empirismo, y Locke siguió su camino, aunque limara algunas radicalidades hobbesianas.

Muestra de ello es que sus explicaciones sobre el derecho sus explicaciones son algo más tradicionales, al menos aparentemente. Al igual que Hobbes y que Vázquez de Menchaca, **también parte del estado de naturaleza.** Y a diferencia de Hobbes **sí lo considera un estado jurídico.** En él no hay leyes ni gobernantes, sólo individuos libres, pero esa libertad sí es un derecho. Sostiene que el derecho es una cualidad personal y esa idea está ya tan difundida que no considera necesario explicarlo. El derecho es un poder que emana directamente del mismo individuo y se manifiesta en forma de derechos individuales naturales. **Los principales son la libertad y la propiedad.**

Se ha venido considerando esa consideración “natural” de la propiedad privada una originalidad de Locke. Es cierto que durante siglos el ius commune y los teólogos escolásticos entendieron que esa institución no existía en el estado de naturaleza y que no era de derecho natural, sino de derecho de gentes. Sin embargo, en el siglo XVI algunos juristas integrados en el Humanismo jurídico sostienen con claridad que el derecho de gentes es parte del derecho natural, porque las necesidades sociales comunes a todos los hombres, captadas por su racionalidad, forman parte de lo natural del humanos, aunque no tengan carácter inmutable. Igualmente, en el siglo XVII algunos teólogos españoles como Juan de Lugo (1583-1660), discípulo de Francisco Suárez, también mantenían que la propiedad privada era de derecho natural. El curso posterior de la historia del pensamiento occidental dejó olvidados a esos juristas y teólogos y Locke apareció como el primer pensador que había lanzado la idea. Aunque no sea tan novedosa, desde luego la fundamentación que da a su postura es coherente con su liberalismo: la propiedad es una emanación de la libertad, que él identifica con el derecho natural. De manera más precisa, **entiende la libertad como un poder de disposición que se manifiesta en diferentes ámbitos.** El primero es la propia persona: **ser libre consiste en ser dueño del propio cuerpo y de sus acciones.** Todo lo que hacemos voluntariamente es una manifestación de libertad. El trabajo, al ser una acción voluntaria, también es una emanación de la libertad. Y el producto de dicho trabajo también es resultado de ejercer la libertad individual. En consecuencia, todo lo producido mediante el trabajo es, de forma natural, propiedad de del trabajador, ya que se deriva de una de las características básicas de su individualidad. Por ese motivo, todo individuo en el estado de naturaleza hace suyas las cosas adquiridas mediante su esfuerzo: sería contraria a la libertad el que no pudiésemos disponer de tales adquisiciones. **La propiedad privada existe, por tanto, en el estado de naturaleza.** Es preciso aclarar aquí que el Derecho romano consideraba una forma natural de adquirir la propiedad la producida en ciertos supuestos en los que alguien aplicaba su trabajo a alguna cosa, aunque no relacionaba esa adquisición con el derecho natural. Los romanistas medievales, sin embargo, sí plantearon que la ocupación de un terreno o la

recolección de un fruto realizadas en el estado de naturaleza servían de base para un reparto que luego conformaba de manera jurídica el derecho de gentes. En consecuencia, las explicaciones de Locke parecen ser derivaciones de doctrinas anteriores. Pero en Locke y los posteriores Ilustrados el desprecio por las épocas anteriores les lleva a ocultar los precedentes de sus teorías y a presentarse como filósofos que piensan ex novo.

Volviendo al curso del pensamiento de Locke, queda claro para él que el estado de naturaleza es una situación jurídica: **existen los derechos naturales de libertad y propiedad**. No obstante, estos derechos peligran, porque en el estado de naturaleza no hay gobernantes ni leyes positivas que puedan ser impuestas eficazmente. Para evitar conflictos los individuos pactan y ceden parte de sus derechos –sobre todo los que se refieren a la autodefensa– a una entidad política creada para hacerse cargo de esa protección. Tengamos en cuenta que la única finalidad del poder político constituido mediante el pacto es proteger de manera eficaz los derechos naturales. **El Estado se convierte en una especie de sociedad aseguradora que sólo tiene como función la defensa de los derechos individuales**. Cualquier otro comportamiento que vaya más allá, en aras de la consecución de algún bien de tipo comunitario por ejemplo, resulta ilegítimo.

En realidad, Locke adopta una actitud parecida a la de Hobbes, aunque algo más moderada. En efecto, Locke no niega que en el **estado de naturaleza exista derecho**, pero admite que **no es un derecho completamente eficaz**; para que lo sea **es necesario constituir el Estado**; es decir, que no es derecho propiamente hablando. Una vez que éste aparece, el derecho estará constituido por sus leyes, destinadas a proteger la libertad individual. También para Locke el derecho natural no es sino el fundamento teórico para establecer el Estado.

Finalmente cabe cuestionar un aspecto de la teoría de Locke: **la compatibilidad entre su empirismo y la existencia de la ley natural**. El pensamiento premoderno no reducía la capacidad cognoscitiva del hombre a la percepción sensorial; por eso, podía afirmar que las leyes naturales, aunque no pudieran ser captadas por los sentidos, eran verdades evidentes conocidas mediante intuición. El problema surge cuando **se niega seriedad a todo conocimiento que no sea empírico**. Locke soluciona esto señalando que la inteligencia humana capta, a partir de la observación empírica de la realidad, la existencia de un orden general y **la presencia de una inteligencia creadora: Dios**. Dentro de ese orden tienen que existir determinados principios morales básicos que estructuren la vida social; no es posible la existencia de una sociedad si no hay una ley natural, establecida por Dios, que ordena cumplir las promesas y pactos. La verdad es que la explicación no es demasiado convincente, porque la conciencia de esa ley natural presupone una serie de valoraciones que no son proporcionadas por la mera empiria. En efecto, los datos de la experiencia nos muestran tanto la existencia de promesas como sus incumplimientos. La necesidad de una ley natural es una valoración moral que va más allá de lo sensorial y presupone la presencia de principios para ordenar lo meramente empírico y distinguir lo que está bien de lo que está mal. Si observamos la cotidianidad y aceptamos la necesidad de cumplir las promesas lo hacemos porque partimos de un principio básico: es bueno vivir ordenadamente cumpliendo con nuestra palabra. Pero esta forma de pensar presupone que enjuicamos la realidad empírica desde un sustrato de valoraciones, de las que forma parte ese principio tan fundamental previo a lo empírico. No es posible, como él pretende, llegar a esos principios simplemente ascendiendo desde lo meramente sensorial. Este aspecto de la filosofía moderna es importante: el empirismo se convertirá en el modelo epistemológico hasta el siglo XX, y como veremos **ese empirismo adoptado de manera coherente lleva a la negación de la moral**.

Como ya he indicado, Hobbes abrió la senda de la Modernidad jurídica, pero su radicalismo provocó rechazos aparentes. Locke (que siguió la línea hobbesiana) alcanzó gran éxito: **sentó las bases del pensamiento liberal y**

su epistemología empirista será el modelo de la Ilustración francesa. Sin embargo, en las Islas Británicas no prosperará el iusnaturalismo propiamente dicho. Éste se desarrollará sobre todo en la Alemania protestante de la mano de Samuel Pufendorf.

## Capítulo 4º Samuel Pufendorf (1632-1694) y sus seguidores

La Reforma protestante y las denominadas guerras de religión desgarraron Europa durante los siglos XVI y XVII. A pesar de los conflictos, inicialmente continuaron los intercambios culturales entre las diferentes confesiones. El protestante Grocio recibió las influencias de los pensadores católicos españoles. Y durante el siglo XVII Francisco Suárez fue una figura estudiada con interés por parte de la Teología protestante. Sin embargo, **esa situación de relativo comercio doctrinal se quiebra a partir de la segunda mitad del siglo XVII**. Las guerras de religión comienzan a alejarse de los campos de batalla tras la Guerra de los Treinta Años, pero se trasladan a las discusiones universitarias. **La Escuela de Derecho Natural Moderno se desarrollará en la Alemania protestante y adoptará un anticatolicismo militante**. La primera gran figura de la Escuela, Samuel Pufendorf dio ejemplo de ello, aunque es preciso reconocer que su afán por la polémica también se manifestó contra las corrientes teológicas protestantes de las que disenta. Participó en numerosas disputas académicas con sus correligionarios influidos por la Escolástica española, que consideraban demasiado radicales y novedosas las teorías de Pufendorf.

De hecho, el alemán Pufendorf fue el **primer profesor de derecho natural como disciplina independiente** en una cátedra creada en Heidelberg en 1661. Escribió libros sobre asuntos variados, pero la obra que más nos interesa ahora es la titulada **Los ocho libros sobre el Derecho natural y de gentes** aparecido por primera vez en 1672. Fue una obra muy difundida, editada repetidas veces hasta el siglo XVIII y entonces traducida al *Francés, convertida ya en una lengua filosóficamente prestigiosa*. Es el primer gran tratado sistemático dedicado expresamente ya desde el título al derecho natural. Y afianzó la visión fuertemente individualista que impregnará la mentalidad jurídica moderna.

La obra de Pufendorf bebe de fuentes variadas. Muestra aún algunos **ecos del Humanismo jurídico** –cita a Vázquez de Menchaca– al lado de ideas **procedentes de la Escolástica**, aunque Pufendorf no pueda reconocer la relevancia de autores católicos. No se trata simplemente de que Pufendorf los estudiara y no quisiera reconocerlo; ocurrió simplemente que los escolásticos, desde la Baja Edad Media, habían elaborado una serie de doctrinas sobre **el derecho como facultad y el imperativismo moral que, en el siglo XVII, formaban parte del patrimonio común de los intelectuales europeos**; Pufendorf, naturalmente, también participó de esas ideas. También es muy perceptible la presencia de Hobbes. Externamente, Pufendorf declara rechazar la obra hobbesiana, porque *la radicalidad de la obra del inglés había provocado numerosas condenas y era peligroso declararse discípulo suyo*. Pero, a pesar de las críticas que le lanza, en el fondo **sigue las líneas básicas** de la teoría de Hobbes.

No en todos los aspectos. Pufendorf no adopta el empirismo inglés en toda su amplitud. A la hora de explicar el derecho opta por otra fundamentación teórica más afín a la tradición teológica. Parte de una clasificación de la realidad que la divide en dos planos: **el físico y el moral**. El primero comprende a todo lo real regido por las leyes físicas propias de las ciencias naturales: al describirlo sí acoge las enseñanzas propias de la época similares a las que aparecen en los ingleses. **Este ámbito está dominado por la necesidad y la consiguiente ausencia de libertad**. Por ejemplo, una piedra no puede moverse con libertad. Dada esa ausencia, **cuando hablamos de lo puramente físico no cabe la moralidad**. Esta sólo aparece en los seres que poseen libertad, manifestada mediante el uso de la voluntad cuando regula comportamientos (recordemos que Hobbes, riguroso materialista, negaba la libertad humana). A este sector de la realidad pertenecen los *mandatos dictados tanto por Dios como por los*

*hombres para normar la libertad.* El derecho forma parte de la realidad moral en sentido amplio. Es importante recordar que esto no significa que para Pufendorf derecho y moral en sentido estricto sean lo mismo.

Pufendorf explica que el derecho (ius) es una cualidad moral consistente en la libertad o poder de actuar que tiene un individuo; es, por tanto, una expansión de su libre voluntad individual. **En cambio, la ley (lex) es un mandato que limita el derecho-libertad.** Esta explicación, fundamental para el iusnaturalismo moderno, es esencialmente diferente a la concepción prudencial. Según ésta, el derecho se derivaba en buena medida desde una serie de situaciones y circunstancias independientes de la mera personalidad. Ahora, en cambio, el derecho gira alrededor de la idea de libertad personal y las exigencias emanadas de las interrelaciones externas a la personalidad no intervienen a la hora de establecer **el derecho: éste surge del juego de voluntades que amplían o restringen la libertad individual.** En esta actitud moderna resuena el eco de la Teología de raíz escotista. En efecto, estos autores bajomedievales fundaban el orden moral en la voluntad divina y su aceptación por parte del hombre; **el mundo<sup>25</sup> carecía de relevancia normativa.** Como ya he indicado antes, es muy dudoso que haya influencias directas, porque un filósofo moderno del siglo XVII despreciaba y desconocía el pensamiento medieval. Es mejor hablar de la creación de un clima intelectual favorable a las pretensiones personalistas en el cual se mueve Pufendorf sin ser plenamente consciente de la raíz histórica última de tales ideas. Sí cita a Grocio al tomar de él la definición del derecho como cualidad moral, una idea que es, como ya sabemos, de origen escolástico.

Pufendorf conecta estas reflexiones sobre el concepto de derecho con el tópico del estado de naturaleza, puesto de moda por Vázquez de Menchaca y sobre todo por Hobbes. Pufendorf no lo describe de manera tan pesimista como Hobbes. Es un **estado en el cual todos son libres e iguales y no existen instituciones políticas.** Pero sí existe derecho: **el derecho natural, que equivale a la libertad individual.** Aunque reconozca el carácter jurídico de tal estado, admite que es una situación incómoda, ya que el bienestar de cada individuo no está protegido. De manera muy parecida a la hobbesiana, Pufendorf introduce la noción de ley natural para salir del status naturae. Y al igual que hizo Hobbes, pero de manera más disimulada, **Pufendorf estudia la ley natural de manera considerablemente ambigua.**

Pufendorf conecta estas reflexiones sobre el concepto de derecho con el tópico del estado de naturaleza, puesto de moda por Vázquez de Menchaca y sobre todo por Hobbes. Pufendorf no lo describe de manera tan pesimista como Hobbes. Es un estado en el cual todos son libres e iguales y no existen instituciones políticas. Pero sí existe derecho: el derecho natural, que equivale a la libertad individual. Aunque reconozca el carácter jurídico de tal estado, admite que es una situación incómoda, ya que el bienestar de cada individuo no está protegido. De manera muy parecida a la hobbesiana, Pufendorf introduce la noción de ley natural para salir del status naturae. Y al igual que hizo Hobbes, pero de manera más disimulada, Pufendorf estudia la ley natural de manera considerablemente ambigua.

En efecto, **la ley natural prescribe pactar para ceder parte del derecho natural y crear el Estado.** No queda claro si estamos ante una auténtica ley o ante una regla técnica para conseguir la paz social. El asunto es importante y merece la pena detenerse un poco en él. En principio, Pufendorf **afirma que hay obligaciones objetivas procedentes de la ley natural,** por ejemplo, las que vinculan al hombre con Dios y con los otros hombres. Sin embargo, **matiza añadiendo que las obligaciones jurídicas sólo son aquéllas que surgen del consentimiento.** La razón es que el derecho es primariamente libertad. Si esa libertad ha de verse limitada por algún tipo de ley, es

---

<sup>25</sup> –a diferencia de lo que sostenía Tomás de Aquino–

preciso que el sujeto obligado consienta para que la libertad originaria sea respetada. Las normas que existen en la sociedad política imponen obligaciones, luego el único origen legítimo de esa sociedad política es el consentimiento. Es la tesis de Vázquez de Menchaca desarrollada más extensamente.

La **clave** del origen de las **obligaciones** es la **prestación de consentimiento**, lo que tiene lugar en el **pacto originario**. A partir de ahí surge el poder civil (*imperium civile*) que crea las leyes que rigen la vida ciudadana. El pacto tiene dos fases: uno para crear la sociedad y otro para el sometimiento al gobernante. Esta diferenciación en fases es poco original: el modelo de los dos pactos tenía ya una historia larga, y secundaria para el objeto de estas lecciones. Lo que me interesa destacar ahora es la relevancia especial que **Pufendorf otorga a la coacción como elemento del concepto de derecho**. De ahí que niegue carácter jurídico a una ley que no pueda imponerse eficazmente; **dado que en el estado de naturaleza no existe esa posibilidad, el derecho natural no es verdaderamente derecho**. Esta conclusión podría traer problemas a la hora de justificar el derecho existente en las sociedades políticas. Si el derecho implica coacción, y toda coacción consiste en un forzamiento de la libertad, **derecho y libertad resultan ser contradictorios**. Sólo aparentemente, porque hay un recurso para coordinarlos, el que ya había diseñado Vázquez de Menchaca. **La única forma legítima de coacción es aquella nacida del consentimiento entre hombres libres**; de ahí la necesidad de consentimiento para el derecho positivo, en realidad el único derecho existente.

En Pufendorf aparece la paradoja antes mencionada que recorre toda la Escuela del Derecho Natural Moderno: sus componentes son iusnaturalistas que afirman que el derecho natural no es verdadero derecho. Efectivamente, el derecho y la ley natural son exigencias éticas para crear **el Estado; una vez establecido, éste será el único encargado de elaborar las leyes, gracias a su monopolio de la fuerza**. Y ese derecho estatal es, para los iusnaturalistas, el único derecho. El derecho natural no es jurídico, sino moral.

La interrelación entre el derecho como facultad y las leyes que “obligan” al pacto es una muestra de la doble vertiente que posee la realidad jurídica desde el punto de vista iusnaturalista. Por un lado, el derecho se presenta originariamente como una libertad emanada de la personalidad individual (una cualidad moral). **Posteriormente, aparece la ley como un precepto restrictivo del derecho**. Esa restricción está justificada por la necesidad de proteger la libertad. El individuo cede parte de su libertad para gozar tranquilamente del resto que le queda; esa protección la lleva a cabo el Estado mediante leyes. Esta concepción del derecho **desplegada en dos planos (leyes y facultades) ya había sido defendida por la Escolástica** –pensemos en Francisco Suárez- pero fue **perfeccionada por los iusnaturalistas modernos**. Su éxito fue tal que, a pesar de la crisis de la Escuela a principios del siglo XIX, ha dominado la ciencia jurídica desde entonces.

## Capítulo 5º El iusnaturalismo centroeuropeo después de Pufendorf

Como he indicado al principio de esta lección, a partir del siglo XVII hubo dos vías en la corriente iusnaturalista moderna. **Una fue más tradicional y consideró a Hugo Grocio su maestro**. Sus integrantes afirmaron la existencia de un derecho natural compuesto de preceptos objetivos e inmutables que servían de modelo al derecho positivo. Aunque procedente de planteamientos escolásticos, era una concepción del derecho natural típicamente moderna, porque los medievales no sostuvieron tal cosa. En realidad estas doctrinas derivan de escolásticos como Molina y Suárez, que explicaron un derecho natural basado en naturalezas inmutables de las cosas. **De ellos pasó a Grocio y éste fue el modelo de este iusnaturalismo moderno “moderado”**.

Sin embargo, la línea dominante hasta los inicios del siglo XIX **fue la que siguió las directrices individualistas de Pufendorf**. En esta tendencia, el derecho natural no es un verdadero derecho con contenido material, sino más



bien una teoría moral que lanza exigencias antropológicas para la creación del derecho positivo. El **derecho natural** consiste en la **igual libertad de todos** y en el necesario respeto de esa igualdad, mediante la categoría del pacto, a la hora de erigir la sociedad política. Una vez **establecido el Estado**, todo el **derecho positivo** que proceda de él **estará justificado**. El derecho natural cumplió su papel al justificar la aparición del poder político. No obstante, sigue teniendo sitio como baremo para medir la corrección de ese poder.

Uno de los principales seguidores de Pufendorf fue Christian Thomasius (1655-1728). *Concibe al derecho como una cualidad o libertad personal*. Y ahondando también las ideas del maestro explica que una de las características identificadoras del derecho es la presencia de la coacción. No todo precepto es jurídico: sólo aquél que puede imponerse mediante una fuerza organizada, es decir, el Estado. En consecuencia, las leyes naturales contienen exigencias morales, que deberán ser tenidas en cuenta en el derecho positivo, *pero no son derecho; sólo lo es el derecho positivo porque procede del poder y es verdaderamente eficaz*.

A lo largo del siglo XVIII se suceden los tratados elaborados por diferentes tendencias de la Escuela, como la protagonizada por Christian Wolff y sus seguidores. **En todas estas obras la clave es la misma: el individuo en estado de naturaleza como punto de partida para construir la sociedad mediante pactos.**

## Capítulo 6º La culminación del iusnaturalismo moderno: los kantianos

Entre los diversos intereses intelectuales de Immanuel Kant (1724-1804) estuvo el derecho. En efecto, Kant le dedicó a ese objeto bastantes páginas de su **Metafísica de las costumbres**. Sin embargo, la doctrina jurídica no es la parte más substanciosa de la Filosofía kantiana: no llega a la altura y originalidad de sus dos Críticas. En realidad, no es sino una *manifestación tardía del Derecho Natural moderno nacido en el siglo XVII*, aunque remozado con la terminología propia de este filósofo. Curiosamente, la teoría jurídica kantiana no fue desarrollada con amplitud por el mismo Kant, sino por una serie de discípulos interesados por esas cuestiones. Ellos exacerbaron el individualismo que dominaba la teoría del maestro.

Como base para la consideración del derecho estos autores hacen una distinción fundamental: la que existe entre el reino de la naturaleza y el de la libertad. El primero es el propio de la *Física y se caracteriza por el sometimiento a leyes mecánicas y necesarias*. El de la *libertad, propio del hombre, es el de la moral y el derecho: en él es posible decidir y escapar a esa necesidad*. Esta distinción nos recuerda a la que hizo Pufendorf entre entes físicos y morales, aunque no es mencionada por los kantianos.

El derecho pertenece al plano de la libertad y eso quiere decir que no puede obedecer a nada más que la libertad misma y ha de permanecer ajena a cualquier realidad exterior a la personalidad. **Estamos ante una dicotomía radical: o libertad absoluta o necesidad absoluta**. A partir de aquí resulta claro que la visión kantiana del derecho gira alrededor de la idea del dejar hacer. En efecto, el **principio básico es la libertad individual concebida como un poder general de actuación**. Si no puede existir ninguna instancia legítima externa a la libertad, y el derecho es parte de la libertad, ha de consistir en una emanación hacia el exterior desde la persona misma. Por ese motivo, *en la teoría de los kantianos no existen libertades concretas para hacer algo determinado*, porque eso implica la presencia de fines y bienes externos que regulan la libertad. El carácter normativo de estas finalidades es negado por los kantianos: sólo hay individuos independientes y aislados, cada uno dueño de sí mismo. La libertad jurídica se reduce a la manifestación del arbitrio de cada uno, entendiendo por arbitrio la actuación que no ha de dar razones objetivas de sí misma. En consecuencia, *nadie puede imponer jurídicamente un comportamiento a otro*; la libertad sólo puede ser limitada por la voluntad de cada individuo, ya que la obligación sólo puede surgir de la

manifestación de la voluntad o libertad individual. **Desde este punto de vista, la justicia sólo puede obligar a la abstención de estorbar el desarrollo de la libertad ajena.**

Aunque estos pensadores escriben sobre el estado de naturaleza y el derecho natural, consideran que no han tenido existencia histórica; **forman un conjunto de exigencias racionales puras y a priori que se lanzan al derecho positivo a modo de justificación.** Kant pensaba que la racionalidad no podía brotar de lo meramente empírico (él no era empirista al modo de Hobbes y Locke), sino de unos preceptos racionales cognoscibles anteriores a toda experiencia; **los derechos positivos contingentes de cada país no eran racionales por ellos mismos, sino sólo en la medida en que su origen obedecía a esos preceptos de racionalidad ajena a lo empírico; esos preceptos se resumen en la igual libertad de todos los individuos, es decir el derecho natural.**

Y esa igual libertad de todos los individuos se plasma en la exigencia que el derecho natural lanza al derecho positivo: es preciso establecer un límite general al arbitrio que permita la coexistencia de la libertad de todos. Esta idea expresada en terminología kantiana **es la tradicional del contractualismo iusnaturalista moderno: el derecho positivo surge de un acuerdo entre individuos para limitar sus libertades o arbitrios en aras de un disfrute pacífico de los mismos.** Precisamente el acuerdo justifica el uso de la coacción. En efecto, una característica central del derecho es la capacidad de imponer sus normas con la fuerza; como el derecho es un orden de libertad, esa fuerza sólo puede estar legitimada en la autorización de individuos libres.

A partir de todo lo expuesto en las páginas anteriores podemos concluir que desde el siglo XVII el iusnaturalismo moderno se empeñó en la construcción de un nuevo ámbito público. Para estos autores el derecho debe ser producido por un órgano centralizado formado por los mismos individuos para proteger sus libertades: el Estado moderno. El derecho natural sirve para establecer las condiciones racionales para ese derecho estatal.

## Lección V. Nacimiento y desarrollo del positivismo jurídico

### Capítulo 1º La dificultad de definir el Positivismo jurídico

Aunque en los últimos dos siglos la teoría del derecho dominante haya sido el Positivismo jurídico, existe una notable dificultad para precisar su contorno. Tanta que quizá sea mejor hablar de Positivismos. Por ese motivo, en las páginas siguientes veremos las diferentes tendencias que se autocalificaron de positivistas, en vez de intentar una definición omnicompreensiva.

Por otra parte, la aparente cesura entre la Escuela de Derecho Natural Moderno y el Positivismo no fue tan radical como puede parecer: a pesar de las diferencias innegables, ambos tienen el propósito fundamental de unificar la producción del Derecho en el Estado. La divergencia estribaba en la manera de fundamentar la pretensión. Pero tanto iusnaturalismo como positivismo son las dos manifestaciones esenciales del pensamiento jurídico moderno.

Pero la identificación del Positivismo se complica, porque no todas las tendencias que suelen incluirse bajo esta etiqueta mantuvieron que sólo es derecho la normativa emanada del Estado. En consecuencia, podemos entender como Positivismo jurídico en sentido amplio la corriente de pensamiento jurídico opuesta a cualquier versión de iusnaturalismo, es decir, a cualquier intento de racionalizar los contenidos del orden jurídico.

## Capítulo 2º El Historicismo

El dominio del iusnaturalismo moderno, representado en su etapa final por los kantianos, llegó a su fin en Alemania a principios del siglo XX. Las causas de ese cambio fueron varias y produjeron diferentes versiones de la ciencia jurídica en esa región, dividida en múltiples entidades políticas.

Una de las líneas más importantes fue la protagonizada por la llamada Escuela Histórica. Su origen se debe a motivos que no son exclusivamente jurídicos. Es preciso tener en cuenta que, coincidiendo **con el fin del siglo XVIII tiene lugar un cierto cambio de sensibilidad en Europa**. Una de sus características es el descontento que algunos sienten con el individualismo y el racionalismo de los planteamientos iusnaturalistas. Es el fenómeno que algunos han llamado Romanticismo, aunque este término sea hoy demasiado ambiguo. En el seno de estas transformaciones culturales surgen **preocupaciones más sociales que consideran el individualismo de los modernos abiertamente egoísta** (recordemos el socialismo que Marx llamó utópico y que se desarrolla en las primeras décadas del siglo XIX). Ese individualismo también es criticado por motivos más estrictamente políticos. El denominado pensamiento reaccionario lo asocia con la Revolución Francesa. Frente a ella los sectores antirrevolucionarios defienden una concepción organicista de la sociedad y rechazan la existencia o la racionalidad del estado de naturaleza: el hombre no puede ser pensado como un ser libre e independiente y, por tanto, no existe el derecho natural de libertad; al contrario, el hombre sólo puede ser entendido como integrante de un pueblo determinado con una serie de notas culturales específicas. No obstante, estas concepciones políticas no influyeron gran cosa en la práctica de los juristas.

En el plano de la **filosofía pura también hubo cambios significativos**. De hecho, la nueva filosofía que surge de Schelling a Hegel era demasiado complicada para los juristas –poco aficionados siempre a las especulaciones muy abstractas– y tuvo poca influencia en ellos. Sintetizando de manera un tanto basta las orientaciones teóricas que sustentan la nueva ciencia jurídica, cabe decir que rechazaban la racionalidad kantiana abstracta y formal y abogaban por la consideración de lo real, concreto e histórico como lo auténticamente racional. Y esa querencia hacia lo real histórico sí pudo calar hasta el sustrato de las ideas jurídicas. En efecto, los profesionales del derecho exigen una vuelta a la experiencia frente al razonamiento abstracto; rechazan la razón pura a priori ajena a la experiencia, específicamente la razón kantiana que se limitaba a estudiar la metafísica del derecho, dejando de lado el derecho positivo. Los nuevos juristas también piden atención a las circunstancias específicas de un pueblo a la hora de establecer su legislación; esto tendrá gran importancia en Alemania.

El disgusto ante el racionalismo puro y la pretendida vuelta a la experiencia llevan para tener en cuenta las peculiaridades de un pueblo a la hora de establecer su derecho. Dicho de otro modo, según este nuevo planteamiento la vida siempre cambiante y mudable según las diferentes épocas y lugares, deberá determinar el derecho de los diferentes pueblos. El contraste con los iusnaturalistas no podía ser más radical, porque el iusnaturalismo moderno era ahistórico: sus teorías eran consideradas verdades científicas válidas para todo tiempo y lugar. Precisamente esta interrelación entre historia y derecho muestra que la Escuela Histórica, si bien se presentaba como alternativa al iusnaturalismo moderno, no era una corriente positivista en sentido estricto, si por tal entendemos la identificación de todo derecho con la voluntad estatal.

Efectivamente, para estos **“historicistas” la fuente exclusiva del derecho no es la ley, sino el llamado espíritu del pueblo**. Según estos autores, existe una conciencia jurídica común del pueblo (sentimientos, principios compartidos, etc.), a la que el Estado da forma, pero en ningún caso crea. El derecho surge fuera del Estado, precisamente de la mano de la “voluntad de la nación” o “espíritu del pueblo”. Esa voluntad no es realmente un



querer expreso, sino una especie de mentalidad dominante de modo natural en un pueblo; como es la base del derecho, en cierto modo puede ser considerado un derecho natural de base comunitaria (aunque ellos no utilicen estos términos). El origen último de las normas está en la voluntad común del pueblo que es la fuente última de todas las manifestaciones culturales y en consecuencia del derecho. De ahí derivan las normas jurídicas. Éstas pueden ser consuetudinarias o legisladas. La costumbre tiene especial importancia en la Escuela Histórica por razones obvias: nace del comportamiento de la gente, sin necesidad de que intervenga ninguna autoridad pública; en ellas el espíritu del pueblo se manifestaría directamente. Por otra parte, la legislación es producto del Estado, órgano constitucional de la voluntad colectiva: es uno de los que están legitimados para expresar esa voluntad. En la elaboración de las normas también intervienen los juristas. Sistematizan las normas, las interpretan y expresan los principios jurídicos que las sustentan: conceptualizan y racionalizan la conciencia jurídica del pueblo.

El principal representante de la Escuela Histórica es Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) un autor cuya importancia va mucho más allá de las cuestiones historicistas. Conviene destacar que al lado de las referencias al espíritu del pueblo, que tenían una relevancia práctica más bien escasa, Savigny ofrece reflexiones interesantes sobre el concepto de derecho.

**Él parte de un concepto que considera básico: la institución jurídica.** Consiste en un entramado de relaciones jurídicas ordenadas de acuerdo con un bien o fin determinados. Un ejemplo podría ser el contrato, compuesto de diversas formas contractuales. Esas formas se componen de diversas relaciones jurídicas, como la constituida entre comprador y vendedor en el contrato de compraventa. **La estructura de esas relaciones viene establecida por una serie de reglas generales; a éstas las considera Savigny el derecho sin más, o el derecho general;** añade que algunos las consideran el derecho en sentido objetivo. Y dentro de esas relaciones los sujetos tienen poderes individuales, es decir ámbitos de actuación controlados por la voluntad del titular. Savigny señala que a este poder personal se le denomina “derecho de esa persona” y que muchos lo llaman derecho en sentido subjetivo.

Conviene que nos detengamos un poco en esta reflexión de Savigny y precisemos su modernidad. **En efecto, él destaca la existencia del derecho subjetivo como un ámbito de poder del sujeto.** A simple vista parece algo similar a la esfera de libertad defendida por los kantianos. Sin embargo hay importantes diferencias. Porque esos poderes sólo existen en la medida en que están regulados por una ley y ésta a su vez depende de las características, fines y principios presentes en una institución que tiene un carácter objetivo. En cambio, el derecho desde el punto de vista del iusnaturalismo moderno era una cualidad moral, es decir emanaba desde la personalidad y sólo a posteriori era limitado por las leyes de un Estado nacido del pacto. El derecho subjetivo de Savigny no brota desde la persona (entendida como sujeto individual), sino desde la institución.

Según este jurista alemán, las fuentes del derecho son los fundamentos desde los que se origina el derecho general, es decir las instituciones y las reglas que las componen. La fuente básica es la conciencia del pueblo. Pero esa conciencia suele ser desarrollada y perfilada por la labor de la ciencia jurídica y la creación de leyes por parte de los legisladores. Todo ese conjunto forma el derecho positivo. Savigny niega que exista un derecho ideal, eterno, inmutable... Sin embargo, también niega que todo el derecho positivo sea producto de la casualidad histórica: hay elementos permanentes como la naturaleza moral del derecho, el reconocimiento de la dignidad y la libertad humanas, la equidad, la utilidad pública, la protección del tráfico jurídico, etc. Estos contenidos están siempre presentes en todo derecho positivo, insertos en sus instituciones jurídicas específicas. Tales afirmaciones permiten decir que Savigny no fue un positivista en sentido estricto, ya que defiende la existencia de realidades jurídicas independientes del Estado.

La importancia que Savigny reservó a la ciencia jurídica llevó al origen de toda una escuela denominada Pandectística. El nombre procede de las *Pandectas* o *Digesto*, ya que sus representantes están muy influidos por el Derecho romano. Esto puede parecer una paradoja: **los juristas alemanes defensores de un derecho basado en las peculiaridades históricas de un pueblo, se basan en el Derecho romano. En realidad, no hay tal paradoja, porque desde el siglo XVI el Derecho común era Derecho aplicable en muchos Estados alemanes.** La Pandectística es la sistematización del derecho a partir de principios y conceptos supremos desde los que se deducen las instituciones más concretas. A pesar de las iniciales referencias a una elaboración orgánica del derecho, a partir del espíritu del pueblo, los Pandectistas acabaron diseñando un derecho considerablemente formalista, basada en conceptos más o menos rígidos que engloban supuestamente todas las peculiaridades de la realidad jurídica y dominada por la ciencia jurídica. Efectivamente, las instituciones jurídicas se plasman en conceptos elaborados por los juristas, que encontrarán acogida en las leyes, y que serán aplicadas mecánicamente a los problemas concretos. En esa tarea aplicadora está excluida la intervención de elementos ajenos al texto legal, que a su vez recoge el concepto jurídico.

**Es discutible si la Escuela Histórica y la posterior Pandectística fueron positivistas. Rechazaron el iusnaturalismo abstracto del siglo XVIII, pero no afirmaron que el derecho fuera creado completamente mediante el mero decisionismo de los que ocupen el poder.** No identificaron el derecho con la voluntad del Estado. Además, los juristas que pertenecieron a estas corrientes defendieron la existencia de principios objetivos de justicia de validez universal.

### Capítulo 3º El Positivismo jurídico legalista en el siglo XIX.

La vertiente más exitosa del Positivismo jurídico está formada por las escuelas de teoría jurídica que identifica el derecho exclusivamente con la legislación emanada del Estado. Lo cierto es que muchos han pensado que el Positivismo ha sido la teoría jurídica propia del Estado Moderno y hay bastantes razones para estar de acuerdo con esa idea.

En el siglo XIX esta forma de Positivismo presenta facetas diferentes según su procedencia geográfico-política.

#### 1. El primer positivismo jurídico en las Islas Británicas.

Como en tantas otras cosas, la evolución del derecho y el pensamiento jurídico británicos fue diferente a la del Continente. En primer lugar, allí el *ius commune* encontró poco arraigo. Y a pesar de la obra de Hobbes y Locke, tampoco la Escuela de Derecho Natural Moderno, tal y como fue entendida en la Europa Continental después de Pufendorf. Por otra parte, mientras que la Europa continental asiste durante el siglo XVIII al papel creciente de la legislación, **en Inglaterra el derecho es elaborado sobre todo por los jueces, mediante la técnica del precedente: una decisión judicial sobre un caso concreto debe ser seguida por otros jueces en los casos similares.** Los jueces no eran considerados creadores de derecho, simplemente sacaban a la luz, supuestamente, los principios del derecho tradicional inglés, de ahí el carácter vinculante de la decisión judicial. (De hecho, los jueces sí creaban nuevo derecho mediante sus decisiones, pero ésa es otra historia).

Lo cierto es que la abundancia de precedentes había provocado una situación un tanto caótica y precisamente una de las pretensiones de los positivistas ingleses será poner orden en la vida jurídica mediante el establecimiento de leyes generales y claras.

### 1.1. Jeremy Bentham (1748-1834)

Perteneciente a una familia de juristas, siguió inicialmente esa tradición. Sin embargo, *sus preocupaciones le llevan a una actitud reformista ante la situación jurídica de su tiempo*. Es uno de los principales **representantes del Utilitarismo**, una corriente de filosofía práctica muy difundida en el mundo británico desde el siglo XVIII hasta hoy. No hay que confundir este utilitarismo con la idea de utilidad y bien común expuesta por la mentalidad romanista; para ésta, la razón prudencial era capaz de captar determinadas exigencias y fines sociales que, desde un punto de vista objetivo, eran buenos para la sociedad. **El Utilitarismo de Bentham es de raíz individualista, ya que procede en última instancia del empirismo de otro inglés, Thomas Hobbes**. En efecto, Bentham entiende que la moral se reduce a la búsqueda de lo útil que no es otra cosa que lo placentero; lo malo es lo inútil y doloroso. Esas apreciaciones son subjetivas, en la medida en que dependen de sensaciones individuales. Lo único objetivo e indiscutible es que el móvil del hombre es la búsqueda de la utilidad particular; la antigua idea de bien común carece de sentido para Bentham. Esta adherencia a las ideas empiristas que ha elaborado la ciencia moderna desde el siglo XVII, de la mano sobre todo de Hobbes y Locke (que aquí hemos clasificado como iusnaturalistas) muestra que el Positivismo es una teoría que engarza de manera perfecta con la mentalidad moderna.

Bentham explica que la legislación debe estar inspirada por los principios utilitaristas derivados del empirismo: conseguir la mayor utilidad para la sociedad; es decir, para cada uno de los integrantes de la sociedad, ya que no existe una utilidad general. Y por ese motivo, él defendió la necesidad de codificaciones y reformas legislativas que establecieran una ordenación más racional –desde su peculiar óptica de la racionalidad– que la propia del *common law*. Pero la finalidad utilitaria no es una característica del concepto de derecho para Bentham.

Él explica que el derecho está formado por el conjunto de mandatos del poder soberano. El que manda y consigue que los demás obedezcan es el soberano; sus leyes, si son efectivas, son derecho. Significativamente, no da mayores explicaciones de por qué el derecho ha de identificarse sin más con un mandato imperativo; debía de parecerle algo tan obvio que no requería mayor justificación. Estos imperativos pueden ser enjuiciados desde el baremo de la utilidad, pero ese juicio no afecta nada a la juridicidad de los mandatos. Al respecto, Bentham distingue entre el derecho existente y la crítica moral (utilitarista) al derecho existente. Esa crítica moral recibe el nombre de jurisprudencia censoria. Es necesaria para mejorar la calidad de la legislación, pero no implica que la ley inútil deje de ser derecho. Dicho de otra forma: el derecho rechazable desde la crítica moral sigue siendo derecho si es efectivamente obedecido y aplicado.

Bentham rechazó de manera rotunda la existencia de derechos naturales o el contrato social. Opinaba que eran meras fantasías cuya defensa sólo podía ser perjudicial para el orden jurídico: derecho sólo es el que de hecho existe. Es decir, el derecho positivo procedente del Estado.

### 1.2. John Austin (1790-1859)

Es el otro gran iniciador del positivismo jurídico inglés. Fue profesor de *Jurisprudence* (Teoría del Derecho), aunque tuvo escaso éxito: al poco de empezar cancelaron su curso debido al limitado interés suscitado. Sin embargo, fue autor de uno de los tratados más importantes del Positivismo jurídico las *Lectures of Jurisprudence*. Sólo se publicaron completas después de su muerte. **Austin siguió a su modo la línea de Hobbes y Bentham. También experimentó influencias de pensadores alemanes** (algo no muy habitual en los ingleses), pero en líneas generales el suyo es un positivismo claramente anglosajón.

Al igual que Bentham, **adopta una doctrina moral utilitarista en sentido individualista**. Esas consideraciones morales sirven para enjuiciar el derecho existente, pero ese juicio sólo tiene relevancia moral. En efecto, Austin

distingue el “derecho como es” (el derecho positivo) del “derecho como debe ser”; el primero es objeto de la ciencia jurídica, el segundo de la crítica moral al derecho. Podemos criticar al derecho, incluso puede ser necesario hacerlo para mejorar su calidad, pero tanto esa crítica como las propuestas de cambio son objeto de la moral no del derecho. La valoración moral negativa no implica que el derecho deje de serlo.

También sigue la línea de Bentham cuando explica que el “derecho como es” consiste en el conjunto de normas emanadas del soberano. Más detalladamente, explica que el derecho es un mandato (*command*) que expresa la voluntad o el deseo del soberano de que sus súbditos se comporten de una manera determinada. El soberano es aquel poder que ha conseguido que sus súbditos le obedezcan habitualmente. Lo importante es que, de hecho, sus mandatos sean obedecidos; si el motivo es el miedo al castigo, la tradición o la creencia (errónea o verdadera) de que las leyes son beneficiosas, carece de relevancia. Ésta es la única clave de la juridicidad: la obediencia fáctica. Al respecto, **Austin critica el contractualismo de Hobbes: le parece que la referencia a las leyes de la naturaleza y el pacto son artificiosas; basta con comprobar el hecho de la obediencia continuada para saber quién manda.** Y las leyes dictadas por el que manda forman el derecho. Para Austin lo que contaba era la voluntad efectiva -psicológica- del legislador como conformadora del Derecho. Los deseos del soberano crean Derecho.

Desde este punto de vista, el contenido de las leyes no es relevante a la hora de identificarlas como derecho. Sí lo es en el momento de juzgarlas desde el punto de vista moral, porque según su utilidad pueden ser buenas o malas. Y ésta es la idea básica del positivismo jurídico: el derecho es el resultado de la voluntad estatal, sea cual sea su contenido. La valoración moral de las normas no es relevante para el concepto de derecho, aunque sí pueda serlo desde el punto de vista político.

La costumbre sólo es derecho si el mandato del soberano le da fuerza jurídica. Las decisiones de los juristas (como las que formaron el *ius commune*, por ejemplo) tampoco forman derecho si no las acoge la voluntad gobernante. Finalmente, **la decisión judicial también es producto de la voluntad soberana.** En este punto Austin hace una reflexión interesante. A pesar de su identificación del derecho con la ley estatal, Austin tenía el suficiente conocimiento de la realidad jurídica **para saber que las leyes generales a veces eran insuficientes para solucionar todos los aspectos de un caso;** inevitablemente, **los jueces debían introducir elementos ausentes de la ley como criterios enjuiciadores del problema.** Pero al mismo tiempo Austin quiere permanecer fiel al positivismo y **soluciona esta dificultad aparente mediante la teoría de la delegación.** El juez está autorizado para tomar decisiones con fuerza jurídica en los supuestos en los que la ley no prevé -parcial o totalmente- la solución. Esa sentencia es derecho, sólo porque proviene del juez autorizado. La calidad del contenido de la decisión es indiferente; y los criterios extralegales empleados para ello tampoco son jurídicos antes de su acogimiento judicial. **Recordemos que la juridicidad viene dada sólo por la presencia del poder estatal, de manera directa o delegada. En realidad esa concepción el juez como delegado ya la había esbozado Hobbes.**

## 2. El primer positivismo jurídico en Centroeuropa.

Como indiqué más arriba, la crisis del iusnaturalismo moderno kantiano abrió paso a otras maneras de entender la ciencia jurídica. Además de la Escuela Histórica se desarrolló una corriente favorable a la identificación de todo el derecho con el Estado.

No obstante, sus causas y motivos fueron diferentes a las del Positivismo británico.

La primera causa que lleva a este Positivismo no es filosófica, sino estrictamente jurídica. En efecto, durante aquellos años **se produjo lo que podemos llamar una “rebelión” del derecho positivo o, mejor dicho, de los juristas.**

Tengamos en cuenta que la Modernidad iusnaturalista había estado en manos de filósofos, carentes de instrucción jurídica, que se dedicaron a especular sobre teorías jurídico-políticas sin preocuparse por explicar las claves auténticas de la cotidianidad jurídica. De hecho, a los iusnaturalistas no les interesaba esa labor, sino diseñar una nueva realidad política basada en la idea del individuo libre; y lo consiguieron mediante su influencia en los procesos revolucionarios de fines del XVIII. Sin embargo, el análisis de las cuestiones jurídicas concretas estaba ausente de sus libros. La escuela kantiana exacerbó<sup>26</sup> ese alejamiento de los problemas reales del derecho y ese empacho de abstracción provocó que muchos juristas rechazaran de plano las teorizaciones filosóficas sobre el derecho. Reclamaron la atención a los datos jurídicos reales, es decir al derecho positivo. Y esa llamada significó sobre todo volver los ojos al Estado. A principios del siglo XIX se halla bastante asentado y la legislación cada vez tiene más fuerza como fuente del derecho. De hecho, el derecho tiende ya en esa época a identificarse con la legislación estatal. Por eso, cuando los juristas piden la vuelta a la cotidianidad jurídica, ésta es sobre todo la ley del Estado.

En efecto, el núcleo de sus doctrinas es la identificación del derecho con la legislación del Estado. Es la misma pretensión que la expresada por los positivistas ingleses; la diferencia fundamental es que los alemanes no defienden la ética utilitarista de Bentham o Austin; como señalé antes, el positivismo centroeuropeo tiene unas bases filosóficas más difusas.

La idea central es la identificación del derecho con la legislación estatal. En realidad esto ya lo habían hecho los iusnaturalistas modernos. Recordemos que ellos concebían el derecho, en primer lugar, como la libertad-poder que poseía todo individuo en el estado de naturaleza; tras el pacto, era el Estado el depositario de ese poder y, en consecuencia, el único legitimado para establecer leyes. Sin embargo, los iusnaturalistas aún reconocían la existencia del derecho natural previo que legitimaba moralmente al positivo. Es esa legitimación, como carácter esencial para el concepto de derecho, la que desaparece con el Positivismo jurídico

Fue el desprestigio del iusnaturalismo el que llevó a los positivistas alemanes a considerar que no hay más derecho que el que salta inmediatamente a la vista es decir, el derecho positivo. Y el derecho positivo es el contenido en la legislación del Estado, pues ésta era ya la fuente más visible. El derecho es toda aquella prescripción que el Estado impone, con independencia del contenido que tenga la norma. Esto no implica que ese contenido carezca de importancia para la sociedad, sino que es irrelevante desde el punto de vista conceptual a la hora de identificar lo jurídico. De esa forma, igualaron las nociones de derecho y Estado. En efecto, proclamaron que el derecho es el conjunto de prescripciones susceptibles de ser impuestas coactivamente en una sociedad determinada. En toda sociedad hay un poder político encargado de esas funciones y, en consecuencia, el derecho resulta ser la norma que tiene detrás la fuerza estatal. Y desvincularon lo jurídico de cualquier referencia al contenido de las leyes. Para ello fue preciso separar completamente el derecho de la moral (algo que también hicieron los positivistas ingleses).

Recordemos que la mentalidad prudencial premoderna entendió que el derecho era el objeto de la justicia. Cumplir con las exigencias jurídicas era además una obligación moral. La razón estaba en que el derecho defendía bienes de interés general y, por tanto, era bueno -virtuoso- comportarse de acuerdo con tales preceptos. Esto no significaba que trasladaran todas las obligaciones morales a las leyes, sino que entendían que lo jurídico tenía un trasfondo moral. Los iusnaturalistas modernos, aunque diferían en muchos aspectos de los romanistas, también

---

<sup>26</sup> Agravó, aumentó, irritó, etc.



admitían ciertas demandas racionales dirigidas a la formación del derecho positivo. Ese tipo de requisitos desaparece completamente de la mente de los positivistas. Para ellos cualquier consideración acerca de la justicia es irremediablemente subjetiva. Se trata de meras opiniones que no pueden servir para fundamentar la existencia de una ley que ambiciona regular el comportamiento de una sociedad y, por tanto, ha de ser segura y objetiva. Esa seguridad se la da el marchamo estatal: **todo el mundo sabe lo que dice la ley si la elabora y promulga el poder legislativo del Estado**. Es preciso tener en cuenta que los juristas de inicios del siglo XIX estaban cansados de las teorías iusnaturalistas que en un plano muy alejado de la cotidianidad jurídica, intentaban hallar los principios básicos del derecho; a pesar de sus protestas de racionalidad pura, las teorías de los filósofos modernos divergían entre sí. A partir de esas discrepancias, **los juristas positivistas concluyeron que la justicia no tenía un carácter objetivo. Lo único objetivo, real y perceptible era la existencia de leyes estatales**. Sin embargo, al realizar esta distinción nítida incurrieron en una **paradoja, que recorrerá toda la historia del positivismo jurídico: separaron moral y derecho por motivos morales**. Pensaban que la finalidad del derecho era conseguir estabilidad y orden social; ambos son bienes humanos y en consecuencia morales en un sentido amplio ya que sin ellos no es posible planificar una vida auténticamente humana. Pero si remitimos la validez de una norma jurídica a las opiniones sobre lo correcto desde el punto de vista moral abandonamos el derecho al caos de divergencia insalvable entre visiones morales y acaba destruido, incapaz de asentarse en normas estables: la existencia del derecho dependerá del gusto de cada cual. En tal caso, el derecho no puede desempeñar su función básica de ordenación de la vida social. Pero entonces la definición del derecho se basa implícitamente en el reconocimiento de un bien jurídico material y en la interrelación última entre derecho y moral. Esta precisión es aplicable también a los positivistas ingleses.

Lo cierto es que no fueron conscientes de esta incoherencia conceptual. Para la mentalidad positivista **la juridicidad quedó vinculada a un requisito que podemos llamar procedimental: todas las normas elaboradas según los procedimientos legislativos previstos en un Estado determinado serán derecho, con independencia de su contenido**. Esto supone reducir el derecho a la fuerza. En efecto, resulta difícilmente refutable que el poder político es, en última instancia, fuerza organizada. Y un Estado es una forma dada históricamente de organización política. Ahora bien, el ejercicio del poder podrá ser calificado de justo o injusto, pero para eso es necesario afirmar que el derecho es una realidad diferente del poder. Todos los teóricos anteriores habían reconocido que el poder no dejaba de serlo aunque fuera injusto; pero señalaban al mismo tiempo que el poder no tenía la última palabra sobre lo justo y lo injusto. Esto es lo que negaron los positivistas del XIX. Si el derecho es sólo lo que diga el Estado, es imposible enjuiciar la actividad política desde un punto de vista jurídico. Eso sí será posible desde el plano moral; pero la moral es irremediablemente subjetiva y no puede aportar propuestas de carácter concluyente.

El derecho, por tanto, se presenta como la fuerza organizada del Estado. Y el Estado posee el monopolio de la fuerza. **En el siglo XIX ha desaparecido la pluralidad de instancias de poder sobre un mismo territorio. Todas están unificadas en manos del gobierno estatal. Y también la producción del derecho. Si el derecho es fuerza, la característica esencial del derecho es la presencia de la coacción**. Esta característica no era ajena al iusnaturalismo moderno. Pufendorf, por ejemplo, explicaba que los derechos naturales, propios del estado de naturaleza eran derecho, pero no del todo: les falta la posibilidad de imponerlos de manera coactiva. La diferencia –como he repetido ya- estriba en que los iusnaturalistas modernos buscaban una fundamentación racional para la coacción –el pacto- y esa fundamentación está ausente de los positivistas.

Toda esta mentalidad no se entiende completamente sin tener en cuenta la confianza en el Estado propia del siglo XIX. Esa confianza había sido preparada por el iusnaturalismo, que, como vemos, no deja de ejercer influencia a



pesar de su desaparición académica. La mentalidad del XIX está imbuida de la idea del progreso ilimitado de la Humanidad y no concibe que el Estado, manifestación de ese progreso en el ámbito de las relaciones políticas, pueda comportarse de manera absurda o criminal. No le suscita desconfianza el que el derecho se identifique con la fuerza estatal. Esa fe en la bondad estatal no entrará en crisis hasta el siglo XX. Es importante que tengamos en cuenta esta característica. Cuando digo que estos positivistas reducen el derecho a la fuerza organizada del Estado, no pretendo afirmar que defendieran la tiranía o el empleo de la fuerza bruta; al contrario, como he indicado más arriba, creían que la misión del derecho era organizar razonablemente la vida social y pensaban que unificando todo el derecho en manos de un poder político centralizado se podría conseguir más fácilmente esa misión ordenadora. Era, al fin y al cabo, el plan diseñado por Thomas Hobbes.

### 3. La Codificación y el Positivismo legalista.

Los estudiosos del pensamiento jurídico decimonónico han bautizado las doctrinas expuestas en los epígrafes anteriores como “positivismo legalista”, ya que era habitual en esa época identificar el derecho con la ley estatal. Una de las manifestaciones más destacadas de ese legalismo es el código. Dicho de forma sucinta, un código jurídico es un libro que recoge de forma sistemática todo el derecho vigente, bien en su totalidad, bien en un sector determinado del ordenamiento.

Los orígenes de la idea de código son bastante antiguos. En la época del Bajo Imperio Romano la palabra *codex* nombraba al volumen encuadernado al modo del libro actual, algo novedoso por entonces. En esa época aparecen recopilaciones legislativas con el título de *Codex*: el *Codex Theodosianus*, promulgado por el Emperador Teodosio II o el *Código de Eurico*, elaborado bajo los auspicios del rey visigodo de ese nombre. El emperador Justiniano llamó *Codex* a una de las partes de su compilación, la que recogía la legislación imperial. Pero no eran códigos en el sentido actual, porque les faltaba la pretensión sistemática y el afán totalizador. La primera manifestación codificadora en sentido moderno se produce con el Humanismo jurídico del siglo XVI. Ante el desorden dominante en el *ius commune*, formado por un amontonamiento caótico de Glosas y Comentarios, muchos juristas humanistas redactaron libros en los que de manera clara y a partir de unas cuantas nociones generales (concepto de derecho, de derecho real, obligación, etc.) se presentaba la totalidad del orden jurídico romanista. Sin embargo, siempre se trató –como era típico en el Derecho común– de obras privadas. Ninguna obtuvo el marchamo del poder político.

La querencia sistemática del iusnaturalismo moderno fue más favorable aún a los códigos. Bajo su influencia, **aparecieron los primeros de estilo auténticamente moderno en el siglo XVIII en Prusia y Austria**, pero el movimiento codificador sólo alcanza su auge en el XIX con el triunfo del Estado, su centralización y su monopolio de la producción jurídica. El ejemplo paradigmático será el **Código Civil francés, llamado también Código de Napoleón**, ya que su inspirador fue Napoleón Bonaparte. En estos momentos, Francia es el modelo de Estado centralizado que ha llevado a cabo las reformas que reclamaba la Modernidad; su Código Civil es el ideal jurídico del XIX.

La codificación francesa muestra algunas de las ambigüedades del positivismo jurídico del XIX. El Código Civil es una ley estatal y una vez promulgado es la única instancia que recoge el Derecho civil vigente. Expresado de otra forma: no hay derecho fuera del código. Pero, al mismo tiempo, este código supone el triunfo de algunos de los ideales racionalistas de la Modernidad iusnaturalista. En efecto, para la mentalidad codificadora, el derecho presenta una doble vertiente: la ley y la facultad. La primera es presupuesto de la segunda; la ley recoge y autoriza poderes individuales y además los protege con la coacción del Estado. Una de las nociones básicas de la ciencia

jurídica del XIX es la de derecho subjetivo, aunque basado en normas objetivas. El modelo de derecho subjetivo es la propiedad privada; los diferentes derechos acogidos en el código son propiedades del sujeto sobre sus actos y sus bienes. Individualismo e igualdad formal son características básicas del derecho civil codificado.

La mentalidad codificadora francesa se plasmó en la llamada “Escuela de la exégesis”, integrada por los civilistas franceses. Pensaban que todo el derecho estaba en el código y, en consecuencia, su labor como juristas debía estar limitada al estudio exegético del código, es decir, a exponer de forma académica y ordenada su contenido. No era lícito introducir nuevas soluciones y principios jurídicos al hilo de la interpretación de los artículos codificados, al contrario de lo que hicieron los romanistas con la Compilación de Justiniano. Claro que en la práctica los comentarios al Código (prohibidos inicialmente por Napoleón) fueron muy abundantes y sobrepasaron con creces la mera exégesis, llegando a la creación de nuevo derecho.

Es preciso reconocer que la codificación no sólo obedeció a especulaciones iusfilosóficas. También recogió una aspiración reformista sentida por muchos de los oponentes al Antiguo Régimen. El código fue un instrumento eficaz para desmontar su entramado socio-político. Advirtamos que en el Antiguo Régimen la desigualdad estaba jurídicamente consagrada. Sólo parte de la población pagaba impuestos (un noble, por el hecho de serlo, no los pagaba). La movilidad social estaba lastrada por esas desigualdades, en lo referente a los oficios y profesiones, destinados muchos de ellos a ciertos grupos sociales por su nacimiento. El poder político encarnado en el rey tenía mucho de dominio personal. Por otra parte, el orden jurídico era una amalgama bastante confusa: convivían derechos municipales, feudales, un Derecho común ya decadente, legislación real, etc.; a veces era difícil saber cuál era el derecho vigente que regulaba un problema determinado. Además, esa multiplicidad lastraba los intercambios comerciales agobiados por la existencia de trabas, aranceles, y diferentes regulaciones dentro del mismo país. Conviene señalar que la diversidad de centros de poder y la ausencia de centralización propias del Antiguo Régimen no implicaban la existencia de mayor libertad individual; muchas veces era justo lo contrario, porque el sujeto se encontraba aherrojado por una maraña de ordenamientos y regímenes diferentes y caóticos. A fines del XVIII éste era un modelo social completamente agotado.

Precisamente los códigos estaban destinados a clarificar esa situación. Esa necesidad era especialmente candente, porque la economía capitalista emergente por entonces exigía una legislación clara y segura que garantizase la eficacia del tráfico comercial. Ese capitalismo también requería la protección de la igualdad formal, la libertad individual y la propiedad privada. Pero no se trató simplemente del surgimiento del capitalismo: todas las transformaciones experimentadas a lo largo de la Modernidad obedecieron a una conciencia generalizada favorable al cambio.

## Capítulo 4º Los sociologismos y los realismos.

La mentalidad que identificaba al derecho con la legislación estatal, compartimentada en diferentes códigos según las materias, triunfó a lo largo de todo el siglo XIX y buena parte del XX. Una de las bazas para dicho éxito fue la ingenuidad metodológica de muchos juristas decimonónicos. Ellos pensaban que el juez se limitaba a conocer las leyes, establecer los hechos y aplicar a éstos lo previsto en la norma. Su actividad debía ser casi siempre mecánica. Recordemos que la mentalidad romanista –*ius commune* y Tomás de Aquino- había reconocido la complejidad de la determinación del derecho, distinguiendo entre la ley general y el derecho como realidad concreta; éste debía determinarse a partir de la ley general, pero ese proceso requería a veces la introducción de criterios no contemplados por el legislador. Sin embargo, el triunfo de la Modernidad *iusnaturalista* había expulsado el pensamiento prudencial del ámbito de la reflexión académicamente prestigiosa. Por supuesto, la actividad de los

juristas seguía empleando la prudencia a partir de la ley (¿qué otra cosa puede hacer un jurista?), pero las teorías dominantes no tuvieron en cuenta esa realidad.

Sin embargo, desde las primeras épocas del Positivismo también hubo autores conscientes de la imposibilidad de deducir completamente la solución del caso concreto desde la norma general; no se apoyaban en las teorías romanistas, que desconocían, sino en la experiencia propia de todo jurista acerca de la complejidad de su trabajo. La doctrina oficial negaba esa complejidad y afirmaba que todo estaba previsto en las leyes, pero la evidencia de que las cosas no funcionaban así se hacía paulatinamente más clara y a partir de la segunda mitad del siglo XIX fueron cada vez más las voces que pidieron el reconocimiento de la labor parcialmente creadora de los jueces. Ya en las primeras décadas del siglo XX, nadie que quisiera ser tomado en serio en el mundo del derecho podía afirmar que, salvo ciertos casos, un juez aplicaba mecánicamente las leyes. De esa forma sacaban a la luz una circunstancia intranquilizadora: si la decisión judicial no estaba completamente programada por las leyes, ¿de dónde procedían los criterios no contenidos en la legislación? Recordemos que el Positivismo del XIX se cimentaba en la identificación del derecho con la voluntad del Estado, expresada mediante leyes. Si el contenido del derecho ha de basarse, siquiera parcialmente, en elementos que no dependen del legislador, la base del Positivismo se resquebraja. Veamos como reaccionó la escuela a esos retos durante el siglo XX.

## 1. Los sociologismos

Una salida a la insuficiencia de las leyes para regular completamente la realidad jurídica es prestar atención a fuentes jurídicas extraestatales. Es el camino seguido en Alemania por los integrantes de la Escuela de Derecho Libre, en Francia por François Geny y en los EE. UU. por Roscoe Pound y su Jurisprudencia Sociológica. Una de las ideas compartidas por todas estas corrientes es la conciencia acerca de la complejidad de la cotidianidad jurídica que impide recoger en conceptos generales todas sus peculiaridades. De ahí, la necesidad de cubrir los huecos y vacíos que aparecen en todas las leyes.

Otra de las características que unen a estos autores –que, por otra parte, plantean teorías jurídicas diferentes– es la relevancia concedida a las reglas y principios jurídicos nacidos directamente desde el comportamiento social sin participación estatal. No defienden un origen del derecho al modo consuetudinario propugnado por la Escuela Histórica, porque estas nuevas tendencias rechazan la existencia de un nebuloso “espíritu del pueblo” como fuente primaria de juridicidad. Ellos piensan que la sociedad actual desarrolla por sí misma soluciones para una enorme variedad de asuntos que no han sido tratados por el legislador o que, aun comprendidos en las leyes, son resueltos de forma diferente en la práctica. La normatividad de estas soluciones procede de su misma adopción por parte de la sociedad: lo que de hecho resulta efectivo es el verdadero derecho, en la medida en que responde a las necesidades, valores e intereses presentes en la sociedad. Y los jueces deberán tenerlos en cuenta a la hora de dictar sentencia en los casos no recogidos por la ley. Esos casos, a juicio de estos autores, son la mayoría. No desprecian la importancia del derecho legislado, pero niegan que tenga el monopolio del orden jurídico. La remisión del derecho a la aceptación y aplicación por parte de sus destinatarios ha motivado que la doctrina hable de “positivismo jurídico sociológico”. El positivismo jurídico inicial afirmaba que el derecho estaba compuesto por las normas ordenadas desde el poder político establecido, sin atender al enjuiciamiento moral que merecieran; en cambio, el positivismo sociológico entiende por derecho las reglas y prácticas efectivamente seguidas por los ciudadanos, con independencia de su valoración moral; es una fórmula de positividad diferente.

Sin embargo, es dudoso que este grupo de autores puedan ser considerados positivistas en sentido estricto. Aunque no defiendan expresamente ninguna idea de derecho natural, afirman la juridicidad de principios, reglas

e instituciones nacidas con independencia de la voluntad estatal. Si el Positivismo estatalista se caracterizaba por la identificación del derecho con la voluntad estatal, desde luego no son positivistas. Y si admitimos la existencia del positivismo sociológico empezamos a abrir y desvirtuar la clave histórica que motivó la aparición del positivismo jurídico: la identificación del derecho con el Estado.

Hay además otra dificultad con el supuesto positivismo sociológico. **Si el derecho es lo que efectivamente se cumple, está claro que los ciudadanos lo hacen porque aceptan que hay alguna justificación para hacerlo, que algo bueno tienen esas reglas, principios, prácticas, etc.** (No cabe pensar en la continuidad prolongada de un orden jurídico carente por completo de adhesión voluntaria). En consecuencia, y aunque no todos sus defensores quisieron reconocerlo, el sociologismo implica la interrelación de algún elemento moral con el jurídico. Cuestión distinta (y a ello tendremos que volver en la segunda parte del programa) es el estatus de esas convicciones; porque tal vez se trate de una “moral positiva” obediente sólo al azar de lo que en un momento piense de hecho la mayoría de la sociedad y diferente a una moral objetiva y racionalmente fundamentable. Según ciertas corrientes de pensamiento jurídico no existiría una moral del segundo tipo, tan sólo morales positivas; si así fuera el derecho dependería de la moral, pero ésta no sería sino lo que una sociedad considerara conveniente. El derecho pasa a ser, desde este punto de vista, un hecho social.

Y es que, **en última instancia, todo Positivismo reposa sobre una base: las normas que efectivamente se imponen, con independencia de su contenido, son derecho.** Durante el siglo XIX los positivistas entendieron que los hechos jurídicos estaban integrados por la voluntad del Estado. Desde finales del siglo XIX y principios del XX, la jurisprudencia sociológica había rechazado esa reducción del derecho a la voluntad legisladora. La corriente que seguirá esa línea con más radicalidad es el llamado Realismo jurídico escandinavo. Su clave es una teoría sobre los hechos a partir de los cuales comprobamos la existencia de la norma (esta consideración de los hechos no tiene nada que ver con el papel de la situación de hecho a la que se aplica una norma mediante el silogismo judicial). La base de estas teorías está en un empirismo teórico elaborado ya por los ingleses del XVII: no hay más conocimiento que el proporcionado por los sentidos. Ya vimos que empiristas como John Locke no fueron completamente coherentes con sus presupuestos epistemológicos; partieron de los datos sensoriales como única fuente de saber, pero al mismo tiempo defendieron la existencia de leyes naturales y realidades similares no cognoscibles empíricamente. Ocurrió que los positivistas del siglo XIX tampoco adoptaron ese empirismo, sino que se ciñeron a los textos legales emanados de los parlamentos. Los realistas del siglo XX sí fueron coherentes, porque no admitieron otra realidad que el hecho empírico. Esta asunción derivó hacia lo que podríamos llamar Positivismo psicológico, aunque siga teniendo mucho de sociológico; este Realismo está relacionado en cierto modo con las corrientes sociologistas (Derecho Libre, Pound, etc.) que mencionaba antes, aunque sus representantes no adoptaron el empirismo radical de los realistas.

**Los realistas escandinavos consideran que no existen las normas como entidades independientes. Cuando hablamos de normas, obligaciones, etc., nombramos en realidad las sensaciones psicológicas de los ciudadanos que les llevan a sentirse obligados.** Así, la ley sólo existe en la medida en que un juez la sienta como vinculante y los ciudadanos acepten de hecho comportarse de esa forma. El derecho existente es el derecho eficaz, el efectivamente cumplido por los ciudadanos, no el que está escrito en las normas consideradas válidas desde un punto de vista exclusivamente formal. Si las normas no se obedecen, aunque posean todos los requisitos formales, no son derecho. A pesar de las diferencias con las posiciones normativistas, el Realismo podría ser una forma de Positivismo, si entendemos por tal la negación de la existencia de cualquier instancia valorativa objetiva mediante la que pueda ser medida la juridicidad de los comportamientos fácticos de jueces y ciudadanos. Lo que de hecho

se obedece es lo que importa para ser conceptuado como derecho; algo parecido decía un normativista como Austin. Por tanto, el Realismo también niega cualquier vinculación entre derecho y moral.

Otro Realismo es el denominado Realismo jurídico americano surge en los EE. UU. de los años 30. Está protagonizado por juristas que, además de a las investigaciones teóricas, se dedicaron a la práctica jurídica, muchos de ellos en la judicatura. Sus reflexiones vienen de un país de *common law*, y buena parte de ellas están referidas a esa mentalidad jurídica. Sin embargo, también meditaron sobre el *statutory law* (derecho legislado) y sus ideas pueden ser interesantes para nosotros.

Estos realistas americanos rechazan la existencia de normas jurídicas en un plano diferente de la realidad fáctica. La ciencia jurídica sólo puede ocuparse de los hechos, de lo que ocurre en el tráfico jurídico. El derecho consiste en las decisiones de los integrantes de una sociedad concreta, sobre todo en la decisión de juez. Uno de los precedentes de este Realismo jurídico fue el juez Oliver Wendell Holmes, quien opinaba que el derecho no es más que lo que los jueces dicen que es. **Para los realistas el derecho es vida cotidiana, hecho social. Su visión del derecho es sociologista, no normativista, porque el derecho no está en la norma sino en la vida social.**

Desconfían de los conceptos generales y de las reglas supuestamente capaces de regir la decisión concreta. **Piensan que hay un abismo insalvable entre la norma general y la decisión del juez.** En consecuencia, sólo es posible saber lo que la norma dice de verdad después de que el juez decida. **La decisión del juez crea derecho porque produce resultados sociales eficaces y útiles para la sociedad.** El baremo de la juridicidad viene de la mano de consideraciones sobre los resultados producidos por las sentencias, atendiendo sobre todo a la utilidad social y económica.

¿Qué valor tiene, entonces, la norma jurídica? Según algunos representantes del realismo jurídico la norma ofrece sólo una especie de directriz, de plan, que el jurista (normalmente el juez) debe completar. Según otros, las normas sólo pueden ser afirmaciones predictivas del futuro comportamiento del juez; por ese motivo, la finalidad de la ciencia jurídica es precisamente intentar predecir como decidirá el juez; en este sentido, las normas no son prescripciones, sino descripciones más o menos afortunadas del comportamiento del juez. Algunos realistas llegan a afirmar que es imposible predecir su comportamiento, porque obedece a una cantidad inabarcable de causas; en consecuencia, no es posible una ciencia jurídica capaz de conocer normas. En todo caso, la norma jurídica es un elemento secundario en la teoría jurídica de los realistas.

**Pero sus planteamientos son susceptibles de varias críticas.** En primer lugar por su **radicalidad**. Es falso afirmar que las normas no controlan en absoluto la decisión del juez. Además, si los jueces crean derecho, deben estar autorizados para ello por alguna norma previa. A esto ellos contestarían que el derecho se basa en última instancia en la aceptación sociológica: la idea de soberano, por ejemplo, es una ficción para encubrir ese hecho. No obstante, resulta poco realista negar el papel organizador de numerosas leyes, que no dependen de lo que digan los jueces: buena parte de las leyes procesales, administrativas, las que crean universidades, etc. no dependen del arbitrio interpretativo.

Finalmente, cabe decir que a partir de estas ideas surgen dudas acerca de la calificación como positivistas de los realistas americanos. Por una parte, parece lógico considerarlos como tales, porque identificarían el derecho con todo lo que decida un juez; es decir, vinculan la juridicidad a una decisión procedente de una autoridad judicial sin tener en cuenta su contenido. Por otra parte, relacionan estrechamente lo jurídico con el desarrollo social y económico. En efecto, la valoración acerca de la influencia social de la decisión es un elemento básico en el derecho;



esta actitud parece unir el derecho a valoraciones morales de tipo utilitarista, algo que estaría un tanto alejado del positivismo estricto, en la medida en que introducen criterios de moralidad utilitarista en el momento de determinar el derecho.

A partir de este tipo de planteamientos, propios de sociólogos y realistas, surgen algunos interrogantes. Si el derecho es lo que efectivamente se cumple, está claro que los ciudadanos lo hacen porque aceptan que hay alguna justificación para hacerlo, que algo bueno tienen esas reglas, principios, prácticas, etc. (No cabe pensar en la continuidad prolongada de un orden jurídico carente por completo de adhesión voluntaria). En consecuencia, y aunque no todos sus defensores quisieron reconocerlo, el sociologismo implica la interrelación de algún elemento moral con el jurídico. Cuestión distinta (y a ello tendremos que volver en la segunda parte del programa) es el estatus de esas convicciones; porque tal vez se trate de una “moral positiva” obediente sólo al azar de lo que en un momento piense de hecho la mayoría de la sociedad y diferente a una moral objetiva y racionalmente fundamentable. Según ciertas corrientes de pensamiento jurídico no existiría una moral del segundo tipo, tan sólo morales positivas; si así fuera el derecho dependería de la moral, pero ésta no sería sino lo que una sociedad considerara conveniente. El derecho pasa a ser, desde este punto de vista, un hecho social.

## Capítulo 5º Los normativismos del siglo XX: Hans Kelsen, H.L.A. Hart y Norberto Bobbio.

Las tendencias sociológicas supusieron una crisis seria para el Positivismo jurídico de leyes. En efecto, admitir fuentes de derecho ajenas a la voluntad estatal suponía destruir la base en la que se sustentaba esta corriente. El derecho carecería de un origen unitario y su determinación quedaría abierta a la presencia de valoraciones procedentes de diferentes sectores sociales. En el siglo XX varios juristas de gran fama dentro de la teoría del derecho han defendido un concepto de derecho basado en normas. Los más famosos quizá sean Hans Kelsen, Herbert L.A. Hart y Norberto Bobbio.

**Las teorías de Kelsen y Hart representan lo que ha sido denominado “Positivismo normativista”, ya que identifican el derecho con la norma en general y con la ley en particular.** Es mejor la calificación de normativista que la de legalista (que se aplica al Positivismo decimonónico), ya que para Kelsen, por ejemplo, la decisión del juez es una norma individual que crea derecho, sin que sea controlada necesariamente desde el contenido de la norma superior. Hart también negó que las normas generales pudieran aplicarse a los casos concretos de manera puramente mecánica; en las ocasiones en que la generalidad de la norma no es capaz de cubrir las peculiaridades del caso, los jueces son verdaderos creadores de derecho; pero cuando eso ocurre, la sentencia es jurídica, porque los jueces están habilitados para tal labor por las normas del ordenamiento jurídico. En todo caso, para Kelsen y para Hart el derecho está formado sólo por normas fundadas en otras normas. Esta mentalidad considera que la ciencia jurídica sólo puede dedicarse a estudiar las normas válidas. La forma en que estas normas son efectivamente cumplidas, aplicadas, obedecidas o eludidas no es objeto de la ciencia del derecho, sino de otra disciplina diferente: la Sociología jurídica. (Recordemos que Kelsen y Hart adoptaron una actitud crítica frente al sociologismo jurídico).

**Sin embargo, ni Kelsen ni Hart respetaron la pureza normativa, aunque Hart al menos reconocía abiertamente sus reticencias ante el formalismo y no trataba de encubrir sus insuficiencias como Kelsen.** Ambos remitían el último fundamento del derecho a cierta idea de adhesión o reconocimiento por parte de los propios destinatarios del derecho.



En la asignatura *Instituciones Básicas del Derecho* hemos visto que las doctrinas de Kelsen y Hart describen el derecho como sistema formal de normas, y no vamos a volver ahora sobre la cuestión. Lo que me interesa destacar es que **estos autores se mueven en el ámbito común del Positivismo, a pesar de sus matices formalistas: el derecho es lo que de hecho existe en un momento dado.** Para Kelsen la ciencia jurídica (la *Teoría Pura*) se limita a exponer el sistema normativo que, en última instancia se basa en su efectividad. La valoración moral deberá ser realizada desde fuera del saber jurídico; como Kelsen niega la posibilidad de una razón práctica, al final esa labor valorativa dependerá de sentimientos irracionales. Hart es más matizado y también más ambiguo; aunque admite un “contenido mínimo de derecho natural”, éste parece ser más bien un conjunto de técnicas utilitarias para mantener la sociedad al modo hobbesiano. Para Hart, la ciencia jurídica trabaja sólo con lo que de hecho es aceptado como jurídico en una sociedad; Hart mezcla formalismo y sociologismo en su teoría jurídica. No muy diferente es la postura de Bobbio; la ciencia jurídica sólo tiene por objeto las normas que de hecho existen gracias a su sustento en el poder efectivo; su valoración moral es cosa ajena al derecho, aunque sea una tarea necesaria. Ninguno de estos autores niega la crítica moral al derecho, pero ellos no parecen admitir la existencia de un baremo objetivo para hacerlo.

Más allá de las diferentes tendencias, el Positivismo jurídico reduce lo cognoscible racionalmente a lo fáctico-empírico: es el triunfo del concepto moderno de ciencia. Desde este planteamiento sólo es derecho lo comprobable empíricamente: órdenes estatales o comportamientos computables estadísticamente. Las apreciaciones sobre la justicia sólo son sentimientos subjetivos; no son defendibles racionalmente y la ciencia jurídica no puede tenerlos en cuenta. Para el Positivismo al final el derecho acaba reducido a lo que de hecho se impone en un Estado, con independencia de su contenido.

## Lección VI. La crisis del positivismo jurídico en la segunda mitad del siglo xx.

### Capítulo 1º La complicada situación de la filosofía práctica actual.

En la lección anterior hemos visto que bajo la etiqueta del Positivismo jurídico se han incluido corrientes y escuelas de pensamiento jurídico bastante diferentes. Algunos positivistas afirmaron que el derecho consistía en el conjunto de normas estatales. Otros identificaron el derecho con los comportamientos sociales verificables empíricamente. **Resulta difícil establecer cual es el concepto de derecho propio del Positivismo jurídico.** Quizá lo que acabe caracterizando la actitud positivista ante el derecho es una declarada postura escéptica ante el problema de la justicia. El conocimiento de lo justo no puede ser fundado racionalmente y queda relegado al mundo de los sentimientos subjetivos. El derecho es, por tanto, una realidad de hecho, descriptible de forma empírica. La ciencia jurídica sólo se ocupará con lo que de hecho sea considerada derecho en un momento dado.

Desde este punto de vista, heredero del empirismo moderno e ilustrado, no existe la verdad práctica. Es decir, no existe la posibilidad de afirmar que hay comportamientos objetivamente buenos y justos. Tan sólo sería posible comprobar la existencia de determinados sentimientos acerca de algo. Quizá esta sea la verdadera señal de identidad del Positivismo hoy día.

Sin embargo, lo cierto es que, desde el último tercio del siglo XX, el Positivismo ha sido objeto de críticas diversas que han acabado por dismantlar su fuerza teórica. En primer lugar es preciso tener en cuenta que a partir de la segunda mitad del siglo XX la postura empirista que reducía cualquier afirmación sobre lo bueno y lo justo al campo de lo meramente sentimental e irracional ha sido contestada. Desde horizontes intelectuales muy variados se ha desarrollado una nueva racionalidad práctica confiada en dar fundamentos racionales a las reglas morales. A ese desarrollo le prestaremos atención a partir de la lección 7. Pero ahora quiero mencionar algunos aspectos del debate que se desarrolla actualmente dentro de la teoría positivista. Para empezar aludiré a la doctrina del jurista norteamericano Ronald Dworkin, que pone de manifiesto las intersecciones ineludibles entre el derecho y la moral.

## Capítulo 2º El debate actual sobre el Positivismo: la multiplicidad de variantes

### 1. La crítica de Ronald Dworkin al Positivismo jurídico.

Su obra ha provocado un debate muy amplio en la teoría jurídica anglosajona y ha obligado a replantear el Positivismo derivado de la obra de Hart. Como ya sabemos, **H.L.A Hart** ha sido el sumo sacerdote del positivismo en la cultura jurídica de lengua inglesa, así que **no es extraño que las críticas al positivismo planteadas en ese mundo estuvieran dirigidas** contra su obra. Recordemos que este autor había descrito el derecho como un conjunto de normas que obtenían su validez última gracias a una norma de reconocimiento que a su vez halla aceptación en los funcionarios y jueces encargados de aplicar las normas. Hart entendía que la descripción de esta estructura podía realizarse de forma asépticamente valorativa, y permanecía, por tanto, fiel al Positivismo.

Pero el predominio de Hart fue discutido por el jurista norteamericano Ronald Dworkin. Él lanzó sus objeciones contra el inglés por reducir el derecho a un sistema de reglas. Era un concepto insuficiente, porque, según Dworkin, existen otros preceptos llamados principios; la experiencia muestra que los juristas discuten y razonan sobre cuestiones jurídicas, especialmente en los casos considerados difíciles, usando muchas veces estándares que no funcionan como reglas y además poseen una validez independiente de la regla de reconocimiento.

Acerca del primer aspecto, la diferencia con las reglas, **Dworkin sostiene que los principios** no se aplican según el modelo todo o nada, porque las reglas rigen un supuesto para el que son válidas o no lo son sin posiciones intermedias; en cambio, los principios **son más flexibles, porque no están ceñidos a un supuesto de hecho concreto**; su empleo requiere ponderación e incluso la competencia con otros principios y pueden emplearse en ámbitos variados del ordenamiento e intervenir en un espectro amplio de problemas.

El segundo aspecto afecta de manera más profunda al Positivismo jurídico, porque **se refiere al origen de esos principios y a la separación de derecho y moral**. En efecto, **mientras que las reglas nacen mediante “hechos sociales” comprobables** (como la elaboración por una cámara de representantes y su posterior publicación), **los principios no dependen de hechos sociales; no podemos acudir a ningún boletín oficial para comprobar su promulgación y sin embargo, son derecho. ¿De dónde les viene esa juridicidad?** Dworkin trata de explicarlo elaborando una teoría nueva a la que denomina “derecho como integridad”. Este jurista **plantea el problema desde el punto de vista del juez** que debe identificar los criterios jurídicos precisos para resolver un caso y comprueba que el sistema de reglas descrito por los positivistas no se los proporciona por completo. Es verdad que **los positivistas** (Hart entre ellos) **reconocían la existencia de tales situaciones**, pero afirmaban que en ellos **los jueces debían decidir según su arbitrio**; los instrumentos que emplearan para llegar a esa decisión podían ser de

procedencia diversa (incluyendo la moral), pero sólo adquirirían juridicidad al ser adoptados por el juez, fuente autorizada por el sistema para producir decisiones jurídicamente válidas. Sin embargo Dworkin encuentra discutible esa remisión de todo lo no legal al campo de lo a-jurídico. ¿Es que el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto es una mera exigencia moral? Parece que no, si tenemos en cuenta su historia ya larga que recorre la historia del derecho occidental.

Para explicar esa juridicidad de los criterios extralegales, que no son cognoscibles mediante el recurso positivista de comprobar la existencia de un hecho social que da nacimiento a la norma, Dworkin sostiene que tales criterios deben satisfacer dos requisitos:

La dimensión de la coherencia. La solución al problema debe ser coherente con la historia institucional de ese orden jurídico. Esto requiere alguna explicación. Dworkin compara el derecho con la literatura desde ciertos respetos y entiende que el derecho es como una novela en cadena en la que cada capítulo está escrito con un autor diferente que ha de desarrollar la trama por su cuenta, pero conservando la coherencia con los capítulos anteriores. En el derecho, el juez interpreta las normas, pero esa interpretación debe respetar el conjunto normativo (reglas, principios, precedentes, conceptos, etc.) que conforman el orden jurídico en el que se mueve.

La interpretación elegida debe ser la más valiosa desde el punto de vista de la teoría político-moral que sustenta el orden jurídico en el que tiene lugar el problema. La solución establecida por el juez debe ser correcta y justificada; para ello ha de mostrar la estructura institucional de la comunidad, que tiene una base moral. El orden jurídico está basado en unos principios morales (la moralidad política, según Dworkin) que le dan sentido y, por tanto, son parte del derecho.

En consecuencia, la decisión del juez debe basarse en la justificación moral que sustenta el ordenamiento y al mismo tiempo ha de ser compatible con las normas y prácticas de ese mismo orden, es decir, asimilable al orden jurídico positivo de esa sociedad.

Ahora bien, esos principios morales, ¿de dónde proceden? Dworkin aclara que la “moralidad política” de la que habla no es la simplemente mayoritaria de la sociedad, sino que está formada por los argumentos morales propios de esa cultura, porque son los que le dan sentido. Él piensa que una sociedad determinada existe porque ha surgido a partir del desarrollo de ciertos principios; no se trata de una mera comprobación sociológica empírica, porque puede haber ciudadanos que no compartan esos valores, pero si queremos comportarnos de acuerdo con los valores que explican el sistema jurídico-político debemos adoptar tales principios. No está claro hasta qué punto esta moral puede ser considerada objetiva o es producto del consenso contingente. Dworkin explica que esos preceptos morales no son pretensiones arbitrarias o pasionales, ya que pueden ser argumentados de manera razonable y fundamentada, aunque siempre dentro de esa misma moral. No es posible, en cambio, conseguir fundamentos más allá de una empresa moral concreta, porque no hay ninguna realidad externa que sirva de baremo para medir la propia moral como conjunto. Posiblemente Dworkin pretende decir que no existe ninguna moral universal, tal y como la defendida por el iusnaturalismo. Él piensa que no hay baremo exterior y universal que permita enjuiciar las diferentes empresas morales. Dentro de una determinada comunidad jurídica sí es posible dar argumentos a favor de una determinada interpretación, y esa argumentación tiene carácter objetivo, pero sólo dentro de esa misma comunidad: carecemos de “argumentos acerca de los asuntos morales que sean externos a esa práctica moral”. Dworkin piensa “por ejemplo, que la esclavitud es injusta en las circunstancias del mundo moderno. Creo tener argumentos para este punto de vista, aunque sé también que si esos argumentos fueran

cuestionados, al final tendría que basarme en convicciones para las que no tengo ningún argumento directo adicional”.

Esta afirmación de Dworkin, transcrita literalmente, no implica necesariamente que las cuestiones valorativas sólo sean justificables dentro de una comunidad ni que las diferentes comunidades sean estancas entre sí desde el punto de vista moral. Podemos entender que su teoría también puede referirse a la empresa moral universal que da sentido al mundo moderno y su correspondiente protección de los derechos personales. Sin embargo, Dworkin rechaza las afirmaciones ontológicas (es decir, el que existan verdades objetivas firmes) y eso deja su postura en una situación un tanto ambigua.

En realidad esa ambigüedad está presente en todo el planteamiento dworkiniano, que resulta excesivamente complicado y un tanto alejado de la cotidianidad profesional del derecho. Habitualmente los jueces no llevan a cabo las complejas consideraciones que caracterizan a su juez ideal para averiguar si la sentencia presenta a una luz favorable la teoría moral que sustenta el orden jurídico (algo el mismo Dworkin reconoce). En realidad sus explicaciones parecen ser adecuadas sobre todo para el Derecho constitucional, y especialmente para las cuestiones de derechos fundamentales (los *Civil Rights* de los EE.UU.). Fiel a la tradición moderna y particularmente a la norteamericana, Dworkin dedica la mayor parte de sus discusiones a la defensa de los derechos entendidos como libertades frente al Estado.

En todo caso, sus teorías, que no son tan novedosas (la Escuela de Derecho Libre y la Jurisprudencia sociológica habían planteado ideas similares), han servido de acicate a la teoría jurídica de las últimas décadas. Su llamada de atención sobre los principios morales implícitos en las instituciones jurídicas ha resultado tan llamativa para los positivistas que no han tenido más remedio que reaccionar. Por eso, terminamos esta lección con las diferentes líneas de defensa que el Positivismo ha planteado para defenderse de las críticas.

## 2. La variedad de Positivismos actuales.

### 2.1.El Positivismo Jurídico Excluyente.

Está formado por los autores que permanecen fieles a la tradición positivista ortodoxa y, por tanto, a la separación entre derecho y moral. De ahí la calificación de “excluyente”: excluyen el elemento valorativo moral del proceso identificador de la normatividad jurídica. El derecho se explica mediante la denominada “tesis social fuerte”, es decir mediante la referencia a la autoridad competente que produce la norma. Ese momento creador es verificable de una manera puramente empírica, como hecho social, y sin necesidad de recurrir a valoraciones. Los representantes de esta corriente admiten el empleo de principios y estándares morales, pero éstos no son jurídicos hasta su acogimiento judicial.

### 2.2.El Positivismo Jurídico Incluyente.

Se ha desarrollado sobre todo en los EE.UU. y el Reino Unido, aunque también ha conseguido seguidores en Italia y España. Su intención es compatibilizar el Positivismo de Hart con las críticas de Dworkin. Dicho de otra forma, pretenden ser fieles a la tradición positivista (sobre todo a la separación de derecho y moral) y al mismo tiempo quieren reconocer la presencia de principios morales como parte del derecho. Un empeño verdaderamente complicado que ha llevado a sus integrantes a elaborar teorías un tanto alambicadas y a veces excesivamente alejadas de la cotidianidad del derecho.

Estos positivistas son conscientes de que la existencia de Constituciones normativas dotadas de listas con derechos fundamentales (como la Española de 1978), redactadas mediante cláusulas generales preñadas de valores morales,

hace difícil mantener que la identificación de las normas situadas por debajo de la Constitución sea factible sólo mediante elementos procedimentales. Igualmente admiten que la determinación judicial del derecho puede requerir el recurso a argumentaciones que, a veces, son morales y que no están predeterminadas completamente en el texto legal.

Si admiten todo esto, ¿por qué siguen fieles al Positivismo? No es fácil de explicar. **Afirman que en el derecho actual se da de hecho cierta interrelación entre derecho y moral y que el Positivismo clásico es incapaz de dar cuenta de esa circunstancia.** Pero señalan que “conceptualmente” sí son separables. Lo cierto es que no queda nada claro en qué consiste ese nivel meramente conceptual de la discusión. Añaden que su preocupación es metateórica, es decir, que no está dirigida a estudiar la realidad del derecho, sino la coherencia o incoherencia de las proposiciones de una teoría jurídica. El interés que pueda tener esa ocupación intelectual, que desdeña la realidad del derecho, resulta un tanto escaso para el jurista.

### **2.3.El Positivismo ético o normativo.**

A diferencia del Positivismo Incluyente, sí es una teoría coherente, aunque paradójica al mismo tiempo. Sus representantes no quieren que la determinación del derecho dependa de principios o argumentos morales, ya sea en el momento de establecer la validez de las normas o en el de dictar sentencia sobre el derecho concreto.

Observemos la diferencia con otros Positivismos. **Los pertenecientes al ético reconocen que en la realidad se da con frecuencia la interrelación de exigencias morales con preceptos jurídicos; no hay ninguna dificultad conceptual ni real para admitir una teoría jurídica que acepte esa integración.** Ocurre, sin embargo, que según estos positivistas tal situación es lesiva para la estabilidad social, porque impide la certeza en el derecho. **Parten de un escepticismo ético basado en la (para ellos) irreductible diversidad de opiniones sobre cuál es el comportamiento moralmente correcto.** Al mismo tiempo afirman que la autonomía personal exige que la persona pueda desarrollar un plan de vida propio y para tal fin es preciso que pueda prever la consecuencia de sus comportamientos. **En consecuencia, la persona necesita la existencia de reglas claras y precisas que estructuren el espacio público;** estas reglas son las jurídicas, pero si su contenido depende de los principios y argumentos morales inevitablemente inseguros, no será posible la certeza en el derecho. Por tanto, la moral no debe ser criterio decisivo sobre la validez del derecho. Para conseguir eso debemos adoptar un concepto positivista del derecho.

**La propuesta, que por otra parte es fiel a los orígenes del Positivismo jurídico** (recordemos que Bentham opinaba algo parecido), **no deja de ser curiosa, porque justifica la separación del derecho y la moral en un argumento moral: es mejor para la dignidad y autonomía personales que haya reglas jurídicas ciertas.** Ahora bien, si no hay posibilidad de establecer criterios morales objetivos, la propia pretensión de defender la autonomía personal (propia del Positivismo ético) resulta arbitraria.

Ante este postulado del Positivismo normativo cabe indicar que, si bien el desacuerdo en asuntos morales es una realidad innegable, no es absolutamente insuperable, cuestión que analizaremos en las lecciones siguientes. **Además, la certeza predicada por este Positivismo es, ciertamente, un bien irrenunciable en un Estado de derecho, pero no implica inexorablemente la aplicación mecánica de todas las reglas jurídicas, entre otros motivos porque resulta imposible.** Inevitablemente, la aplicación de una regla a ciertos casos supone la introducción de ciertas justificaciones que pueden contener algún tipo de estándar moral. De lo contrario, no es posible dar una respuesta jurídicamente razonable, situación que también sería contraria a la certeza y confianza en las reglas.



En el fondo todo este debate actual acerca del Positivismo jurídico resulta un tanto artificioso, y tiende a enmarañar la cuestión central. Parece que hoy **resulta difícil negar por parte de la ciencia jurídica que el orden jurídico se entrelaza en algunos puntos con exigencias morales**; esto resulta particularmente claro, aunque no sea el único caso, cuando existe una Constitución pertrechada con derechos fundamentales. **Algunos positivistas han acabado por admitirlo bajo la categoría del Incluyente**. Sin embargo, cabe que nos preguntemos por la naturaleza de esos principios morales que forman parte del derecho. Porque tanto los positivistas actuales como Dworkin parecen negar una entidad verdaderamente objetiva a esos principios. Proceden de los valores, criterios, sentimientos, que contingentemente existen en una sociedad. La referencia a una moral cognoscible racionalmente que permita medir el orden jurídico incluyendo sus propios principios materiales de justicia es negada por los positivistas incluyentes, porque supondría incurrir en el iusnaturalismo. **Y llevan parte de razón: si afirmamos que una moral objetivizada es parte integrante del derecho, nos salimos del Positivismo, algo que ellos no quieren hacer.**

Por lo demás, el Positivismo Incluyente no es más que la explicitación de algunos caminos que **Hart** había entreabierto. **Este jurista señalaba que la regla de reconocimiento podía contener la referencia a principios morales, aunque eso no supusiera que la juridicidad de ese orden jurídico concreto dependiese de algún derecho natural de carácter universal.**

El problema teórico hoy no es si el derecho tiene relación con la moral, porque eso es indiscutible, sino qué tipo de moral es esa. Precisamente otras tendencias del pensamiento actual sí intentan fundar el derecho en algún tipo de racionalidad que supere la reducción de la justicia a opiniones meramente pasionales o a la regularidad sociológica. Las veremos en las lecciones siguientes.

**En conclusión: es imposible concebir el derecho como una estructura normativa aséptica. La separación radical entre derecho y moral es irreal: ningún ordenamiento jurídico la adopta.** Por tanto, el Positivismo, si por tal entendemos la teoría que prescinde completamente de cualquier elemento valorativo a la hora de dar un concepto de derecho, resulta escasamente útil. Esto no significa que todas las normas jurídicas obedezcan a principios morales, o que sea deseable que todo rechazo moral elimine la juridicidad. En realidad, ningún iusnaturalista sensato ha defendido nunca tal cosa. La positividad del derecho es un valor irrenunciable, porque ante las diferentes posibilidades regulativas que presenta un problema es preciso que una autoridad pública tenga la capacidad de establecer una sola como la única validez. La estabilidad del orden jurídico exige la existencia de esa autoridad. Pero negar que la existencia del derecho tiene con las convicciones y los principios referidos a la justicia tampoco parece realista.

Reconocer el callejón sin salida al que conduce el Positivismo jurídico no soluciona el problema. Porque cabe preguntar por el estatus de las ideas morales que en algún momento se entrelazan con el derecho. ¿Son completamente contingentes y arbitrarias? ¿Obedecen a algún tipo de racionalidad? ¿De dónde surge esa racionalidad?

---

## Lección VII. El neocontractualismo

---

Como indicaba al final de la lección anterior, uno de los problemas más importantes de la teoría jurídica actual es el estudio de las nociones morales que se entrelazan con las jurídicas y las posibilidades de encontrar un fundamento objetivo para ellas. Desde hace unas décadas se han difundido en el ámbito académico un cierto número de teorías partidarias de un fundamento racional para construir el orden jurídico-político. Las que han



obtenido mayor predicamento han sido aquellas dotadas de una característica un tanto paradójica. Confían en la posibilidad de hallar una justicia racional que embride las pasiones irremisiblemente subjetivas, pero niegan al mismo tiempo que esa justicia pueda estar basada en principios de contenido material. Dicho de otra forma, no existe ningún criterio cognoscible racionalmente para determinar una forma de vida buena ni finalidades humanas de tipo objetivo. ¿Cómo casar este escepticismo con la pretensión de racionalidad? Recurriendo otra vez a un concepto que había quedado eclipsado durante el siglo XIX y buena parte del XX: el contrato social.

## Capítulo 1º John Rawls

### 1. Un intento de comprensión general del debate: las posiciones de los ciudadanos a y b.

Nosotros vamos ahora a estudiar las principales líneas de la teoría liberal de la justicia de Rawls. Después haremos lo propio con las “libertarias” de Nozick. Pero para una mejor comprensión de qué o de quienes estamos hablando, puede ser útil realizar una descripción de las ideas de dos ciudadanos. Dos ciudadanos cualesquiera, a los que llamaremos A y B. Lo que queremos es explorar sus ideas básicas con un propósito lo más didáctico posible.

#### 1.1.Ciudadano a: <sup>27</sup>

- Este ciudadano podemos pensar que tiene una tienda, o es policía, o trabaja en la construcción; ha luchado y ahorrado por comprar una casa pequeña, enviar a sus hijos a buenos colegios y pagar seguros médicos privados.
- Ahora, encuentra todos sus proyectos amenazados por el aumento de los impuestos. Le parece que esta amenaza a sus proyectos es injusta.
- Pretende que tiene derecho a lo que ha ganado y que nadie tiene derecho a llevarse lo que ha ganado legítimamente y posee con base en un justo título.
- Mantiene que los principios de propiedad lícita y derecho adquirido ponen límites a las propiedades redistributivas. Si el resultado de la aplicación de estos principios es una grave desigualdad, hay que tolerar tal desigualdad como precio a pagar para que haya justicia.
- Aspira a fundamentar la noción de justicia en cierta interpretación de cómo una persona dada, en virtud de ciertos derechos, es dueña de lo que ha adquirido y posee.
- Ante una propiedad o un recurso concretos, pretenderá que es legítimamente suyo porque lo ha adquirido lícitamente y lo posee.
- Vota a candidatos que defiendan su propiedad, sus proyectos y su concepción de la justicia.

#### 1.2.Ciudadano b:

- Puede ser un miembro de una profesión liberal, un trabajador social o alguien que ha heredado cierto bienestar.
- Está impresionado por la arbitrariedad y desigualdad en la distribución de la riqueza, los ingresos y las oportunidades.
- Está todavía más impresionado por la incapacidad de los pobres y marginados para poner remedio a su propia situación, debido a las desigualdades en la distribución de poder.
- Considera que ambos tipos de desigualdad son injustos y engendran gradualmente más injusticia.

---

<sup>27</sup> El ciudadano A piensa como Rober Nozick, el cual vemos atrás.

- Mantiene que los principios de justa distribución ponen límites a la lícita propiedad y a los derechos adquiridos. Por ello es partidario de una redistribución de la riqueza por medio de los impuestos, de cara a la financiación de servicios sociales.
- Aspira a fundamentar la noción de justicia en una interpretación de la igualdad de derechos de toda persona en cuanto a las necesidades básicas y a los medios para satisfacer tales necesidades
- Ante una propiedad o recurso concreto, pretenderá que en justicia debe ser de otro que lo necesita más y no lo tiene, y cuyas necesidades básicas no están cubiertas.
- Vota a candidatos políticos que defienden un sistema fiscal redistributivo.

### 1.3. Conclusión

¿Dónde nos conduce este ejemplo? A afirmar que la interpretación de la justicia según Robert Nozick es la expresión racional de los elementos clave de la postura de **A**, mientras que la de John Rawls expresa racionalmente los elementos clave de la postura de **B**.

## 2. La tradición intelectual y el “momento postanalítico”.

Por una parte la obra de Rawls se sitúa plenamente en la tradición de la filosofía analítica, aunque con aspectos nuevos e interesantes. No es ahora el momento de entrar por aquí, porque entre otras cosas sucede que tampoco es fácil hablar en general de filosofía analítica; bajo este nombre se recogen tendencias muy diversas. Sin embargo, dentro de esta diversidad se detecta un rasgo llamativo: el progresivo abandono de un planteamiento meramente lingüístico de la filosofía y la consiguiente vuelta a los problemas reales. Rawls se sitúa aquí, en el momento post analítico, intentando recuperar una dimensión normativa, de respuesta a los problemas concretos. ¿Cómo volver a lo sustantivo? El problema es el de la razón, el de sus posibilidades y sus límites.

Por otra parte, la obra de Rawls se inscribe en la línea de toda una tradición intelectual de la que son nombres significativos Hume, Adam Smith, Bentham, o John Stuart Mill. Hay que decir que Hume ha sido el signo intelectual bajo el que ha estado la ética anglosajona en la primera mitad del siglo XX.

Naturalmente, como buen neocontractualista, se vincula con Rousseau, Kant y Locke, como el mismo confiesa: *“Mi objetivo es presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve a un nivel más elevado de abstracción la conocida teoría del contrato social tal como se encuentra, digamos, en Locke, Rousseau y Kant.*

Este objetivo principal al que hemos hecho referencia, y que parte de estos autores, se vincula con otro. Rawls se ocupa también de las concepciones utilitarista, perfeccionista e intuicionista de la justicia, considerando algunas de las diferencias entre estos puntos de vista y su teoría de la justicia. Con ello cumple el otro objetivo: *“elaborar una teoría de la justicia que sea una alternativa viable a estas doctrinas que han dominado largamente nuestra tradición filosófica”* (TJ, pág. 19).

Todo esto, al servicio de *una concepción de la justicia que en sus bases teóricas es individualista* (TJ, Pág. 301).

## 3. El fracaso de las teorías: perfeccionismo, utilitarismo e intuicionismo.

Hemos dicho que Rawls intenta elaborar una teoría de la justicia que sea una alternativa a los modelos hasta entonces existentes. Rawls comienza analizando lo que denomina teorías teleológicas. Las teorías teleológicas son

aquellas que determinan un fin, un objetivo a conseguir por la sociedad que será el bien social (*good*), y que habrá que tender a realizar lo mejor que se pueda. Entonces puede decirse que será correcto (*right*) y estará bien hecho todo aquello que contribuya al máximo a la realización del bien, aquello que maximiza el bien. Para Rawls los dos conceptos fundamentales de una Tª ética son el bien y lo correcto. Las tªs teleológicas toman el camino más fácil y más natural para relacionarlos: dedican sus esfuerzos filosóficos a hallar el objetivo último, el ideal social, y luego queda el problema más bien técnico de cómo conseguirlo. Estas teorías tan diversas son tales como el perfeccionismo y el utilitarismo.

#### 4. El desarrollo de la teoría de Rawls en sus conceptos fundamentales.

La cuestión de la justicia es para Rawls algo enormemente amplio y ambicioso. Equivale a preguntarnos: ¿Cómo debe ser la sociedad para que sea justa? Por eso esta obra es en realidad el retorno a un viejo problema: el problema del derecho natural, de la ética material, de la legitimación, que ahora se nos presenta bajo un nombre distinto: Teoría de la Justicia, con un planteamiento decididamente **normativo** (se intenta responder a la pregunta acerca de qué es lo bueno, lo justo, lo que debe hacerse), y **global** (nos preguntamos no por la justicia de esta sociedad ni de tal o cual sociedad, sino de la sociedad en general, de toda posible sociedad)

Pero la obra de Rawls nos sitúa nuevamente ante el problema clásico de toda la tradición del contrato social, que, tal y como sostiene Fernando Vallespín. Se puede resumir en la siguiente pregunta: ¿Cómo llegar a un acuerdo unánime sobre aquellos principios que han de organizar el desacuerdo?

Esto es, la concepción de la justicia a que se llegue tiene que ser reconocida y aceptada por todos los miembros de la sociedad, independientemente de sus intereses y posiciones sociales propios, porque de lo que se trata en última instancia es de ordenar la vida en sociedad. Por esto Rawls lo que intenta es lo siguiente:

- 1.- Desvelar los principios de justicia que existen bajo las concepciones morales y políticas de nuestro tiempo.
- 2.- Que estos principios sean el resultado de un proceso de selección equitativo (La llamada *justice as fairness*, justicia como imparcialidad. Dicho con palabras de Rawls: pensar que los miembros del grupo en la situación inicial son racionales y mutuamente desinteresados).
- 3.- Que estos principios puedan servir para orientar la práctica política e institucional.

Debemos referirnos ahora a cinco cuestiones:

1. La primera se refiere al hombre;
2. La segunda al concepto de sociedad;
3. La tercera a las llamadas circunstancias de la justicia;
4. La cuarta, al objeto de la justicia según Rawls;
5. Lo último se referirá a las prioridades axiológicas en la obra de Rawls.

1 En el concepto de hombre hacemos caso, valga la redundancia, a un concepto. El concepto de valor moral de la persona. Según Rawls, las personas morales se distinguen por dos características: concepción del bien y sentido de la justicia.

2 Pero, ¿qué es la sociedad para Rawls? Es una asociación más o menos autosuficiente de personas que reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias en sus relaciones, y que en su mayoría actúan de acuerdo con ellas.

Además del concepto que hemos dado, la sociedad es para Rawls “una empresa cooperativa para obtener ventajas mutuas”.

Pero Rawls ve también la sociedad actual sobre todo bajo el aspecto de la carencia de un punto de referencia, de una guía clara para los problemas. Por eso la sociedad es para él sobre todo sociedad privada, sociedad que no comparte una misma concepción de la justicia y que se mantiene unida por el interés particular, juego de presiones, perjudicados, control social. La sociedad privada no se mantiene unida por una convicción pública en la justicia de sus ordenamientos, sino por cálculos de todos...

3 Esta cooperación para beneficio mutuo que es la sociedad es posible y necesaria debido a unos datos empíricos que Rawls llama las circunstancias de la justicia. Pueden describirse como las condiciones normales bajo las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria. Las condiciones que hacen posible y necesaria la sociedad

¿Cuáles son estas condiciones? Son unos datos de hecho, que Rawls recoge de la tradición empirista, basándose en Hume, y que también se encuentran en autores contemporáneos como Hart. Las divide en circunstancias objetivas y subjetivas.

**Objetivas:** coexistencia de individuos, cooperación, igualdad aproximada en fuerza (hace no deseable la dominación) y la llamada escasez moderada

**Subjetivas:** intereses de las personas son semejantes o complementarios, diferencia de planes de vida, persecución de bienes diferentes (conflicto potencial, si chocan) y diversas ideas sobre lo justo.

4 Por lo que se refiere al objeto de la justicia, el primario es para Rawls la estructura básica de la sociedad. Con ello nos indica a que ámbito va dirigido su teoría de la justicia.

Pero, ¿qué es esta estructura? Es lo que configura realmente una sociedad, lo más decisivo, lo que genera toda la sociedad. La estructura básica es aquel nivel en el que funcionan las instituciones sociales más importantes (por ejemplo, la libertad de pensamiento y conciencia, competencia mercantil, propiedad privada, medios de producción y familia monogámica), la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales.

5 En siguiente lugar, está el tema de las prioridades axiológicas. ¿Qué significa esto?: Rawls entiende que para que una teoría de la justicia represente verdaderamente una alternativa al pensamiento utilitarista y al intuicionismo, debe primar unos valores sobre otros. Esto se materializa en la cuestión de que si manejamos una concepción de

la justicia como imparcialidad, los intereses y planes propios y personales, los deseos y aspiraciones deben adecuarse a unos principios de justicia que son normativos, esto es, vinculan a todos. Estos principios de justicia definirían *lo correcto*, frente a la satisfacción inmotivada de nuestros deseos, que sería *lo bueno*. En la teoría de Rawls, lo correcto es prioritario sobre lo bueno. A esto nos referimos con las prioridades axiológicas.

.....

Hay un elemento en su teoría que es clave: el contrato. Por medio de la utilización de la teoría contractualista, Rawls quiere llegar a determinar unos principios básicos mediante los cuales se establecerá qué concepción de la justicia debe imperar en la sociedad. A esta concepción responderán las instituciones básicas. Rawls presume que la sociedad que se somete a tales principios es una sociedad bien ordenada (*well-ordered society*). Vamos a explicar el concepto.

La sociedad bien ordenada es la superación de la sociedad privada, que vimos antes. Vimos cómo, según Rawls, la sociedad privada no se mantiene unida por una convicción pública en la justicia de sus ordenamientos, lo cual no quiere decir que sea injusta necesariamente. Ahora bien, para Rawls, es incompleta. No debe ser una realidad definitiva. ¿Existe la posibilidad de ir más allá, de conseguir una base común compartida por todos, que permita al hombre una mayor plenitud? Entonces, los dos rasgos de la personalidad moral, esto es, concepción del bien y sentido de la justicia se equilibrarían, llegándose a una armonía entre hombre privado y hombre social. Y llegaríamos a la sociedad bien ordenada.

Esta sociedad bien organizada implica que, además de buscar el bien y la cooperación entre sus miembros, se encuentra regulada por una concepción pública de la justicia, es decir, que cada uno de los miembros acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios la misma concepción de la justicia. Estamos ante una concepción totalizadora de la justicia, al par que sistemática.

Esta concepción pública de la justicia está vinculada a su otra concepción: la teoría de la decisión (elección) racional para llegar a una teoría de la justicia adecuada y aceptable, recordemos, alternativa a los modelos utilitarista, intuicionista y perfeccionista. Hemos visto que a Rawls no le convencen estos modelos, pues sus bases se le aparecen como muy cuestionables. De esta manera no se puede obtener el acuerdo de todos, la base común públicamente reconocida.

Pero esto no significa que debemos escamotear el problema de la justicia. La salida que encuentra Rawls, salida posible, es... la idea del procedimiento puro para la justicia, de la justicia puramente procedimental. Vamos a examinar esta idea.

La ambición de Rawls, (lo explica muy bien Jesús Ignacio Martínez García, autor de una tesis doctoral sobre Rawls que constituye una magnífica explicación de *A Theory*), es ver si podemos conseguir, a pesar de todo, un procedimiento que inevitablemente conduzca a un resultado justo, pero justo no porque lo confrontemos con un criterio externo de justicia, sino por ser ese el resultado a que nos lleva un procedimiento que aceptamos sin saber a dónde conducirá. Es decir, que nos comprometemos a llamar justo al desenlace, sea el que sea.

Rawls denomina a este tipo de teoría Constructivismo, y más específicamente califica su teoría de Constructivismo Kantiano. La tarea de la TJ será la de percibir con la mayor fidelidad el sentido de la justicia, purificarlo, articularlo lo mejor posible.

Por tanto, hay que aislar un mecanismo por el cual nuestro razonamiento moral aparezca sin distorsiones, y proponer unos principios de justicia que fueran aceptados como el resultado de ese razonamiento moral perfecto. Esto se realiza en un artificio teórico que Rawls llama la POSICIÓN ORIGINAL, y que es lo más característico de su pensamiento.

**Se trata, pues, de proponer unos principios de justicia.** Serían una especie de principios generativos, generadores del sentido de la justicia en su autenticidad. ¡0j0! Aquí la teoría descansa sobre un supuesto metafísico: existe un sentido de la justicia que es común a todos, sólo que la pluralidad es sólo aparente, fruto de una mala percepción.

#### 4.1. ¿Cuáles? Veámoslos.

Rawls hace referencia a dos concepciones de la justicia: General y Especial.

La Concepción General se puede formular del siguiente modo: (lo tomo de la TJ en la edición manejada, 1995 de FCE, págs. 84 y 341)

*“Todos los valores (bienes sociales primarios<sup>28</sup>) sociales (libertad y oportunidad, ingresos, riquezas, bases del autorrespeto, respeto a sí mismo...) habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores (bienes) redunde en beneficio de los menos aventajados”.*

La Concepción Especial de la justicia (Vid. TJ, edición manejada del FCE de 1995, págs. 82, 105, 83, 286, 341), se basa a su vez en dos principios que tienen tres premisas para su construcción. Estas premisas son:

- a).- La prioridad de la libertad sobre los beneficios económicos
- b).- La prioridad del mayor beneficio de los menos aventajados  
(principio de la diferencia. Principio Maximin)
- c).- La doctrina de la equitativa igualdad de oportunidades.

---

<sup>28</sup> Es decir los bienes sociales primarios son los básicos, o necesarios para crear una sociedad, en la que hayan unos valores mínimos que aun con la libertad, permitan una convivencia ordenada.



Desde estas premisas, emergen los dos principios siguientes:

Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo Principio: Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto: a) para proporcionar la mayor expectativa de beneficio a los menos aventajados, de acuerdo con un principio de justo ahorro, como b) para estar ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades.

Varios comentarios a este Segundo Principio:

1.- Este segundo principio, es un intento de aplicación del principio llamado "maximin", muy conocido en la llamada teoría de los juegos. Este famoso teorema dice que cuando se juega con un oponente en condiciones de incertidumbre, la mejor estrategia a adoptar es la de asegurarnos de que el peor resultado sea todo lo mejor posible. Habremos de jugar de tal forma que minimicemos nuestras máximas pérdidas o maximicemos nuestras mínimas ganancias.

2.- La defensa que Rawls hace de su idea del maximin encaja en la idea de que la teoría de la justicia tiene un componente defensivo. Se trata de una teoría de la justicia para una sociedad competitiva.

Orden lexicográfico consecutivo

Ahora vamos a ver lo que Rawls denomina orden lexicográfico consecutivo con relación a estos principios: primero debemos hacer un poco de historia: en la filosofía moral el concepto de orden lexical aparece ocasionalmente aunque no está expuesto explícitamente. Puede hallarse un buen ejemplo en *A System of Moral Philosophy* (1755) de Hutcheson. Ahora vayamos al concepto.

Este es un orden que nos exige satisfacer el primer principio de la serie antes de que podamos pasar al segundo y así sucesivamente. Ningún principio puede intervenir a menos que los colocados previamente hayan sido plenamente satisfechos o que no sean aplicables.

En Rawls este orden es el siguiente: el primero de estos principios tiene prioridad sobre el segundo, y la segunda parte del segundo principio sobre la primera. Es decir, la prioridad absoluta sería la libertad, a continuación la igualdad de oportunidades y finalmente los beneficios económicos.

Es decir: antes de poder empezar a pensar en cuestiones económicas hemos de ocuparnos de las libertades civiles.

Siguiendo con el desarrollo de nuestra exposición, hay que decir que los principios de justicia constituyen un sistema común para todos los miembros de la sociedad, a través de cuatro fases secuenciales:

- 2).- Creación de una Cción
- 3).- Legislación
- 4).- aplicación a casos concretos por jueces y administración

Vamos a centrarnos en la primera de las cuatro fases. Justicia ideal. Es aquella fase en la cual se eligen los principios de la justicia. Estos son la base del acuerdo original. Y Rawls nos dice:

*“Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación”*. Dichos principios han de regular todos los acuerdos posteriores. Además:

*“Especifican los tipos de cooperación social que se puede llevar a cabo y las formas de gobierno que pueden establecerse”*. Este modo de considerar lo llama Rawls justicia como imparcialidad.

Esta posición inicial de igualdad es lo que Rawls denomina la POSICIÓN ORIGINAL.

### Recapitulación

Recapitulemos brevemente. Rawls se encuentra con un panorama intelectual en el que se dan cita diferentes visiones de la justicia: perfeccionismo, utilitarismo, intuicionismo. Para Rawls deben ser superadas. Pero es que además este panorama no parece satisfactorio para Rawls porque produce la consecuencia de que la justicia aparece fragmentada en diferentes visiones. Si se pudiera lograr restaurar una unidad originaria sería un gran progreso.

Ya sabemos que existe un sentido de la justicia común a todos. Lo que sucede, según Rawls, es que dicho sentido se halla mediatizado, fruto de una mala percepción de un razonamiento moral imperfecto. Se trata de superar las parcialidades de las teorías e ir a una concepción de la justicia que se genere de tal manera que pueda ser aceptada por todos, porque son el resultado de un razonamiento moral perfecto, sin interferencias (preferencias, intereses particulares, posturas interesadas...)

### 4.2.¿Cómo? A través de la ya mencionada POSICIÓN ORIGINAL. (PO)

Pero dejemos que sea él quien vaya desentrañando el “misterio”. Y nos dice: en la justicia como imparcialidad la posición original de igualdad corresponde al Estado de Naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Rawls nos aclara, o más bien cabe decir que nos recuerda, algo muy importante: que la P.O. no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética, caracterizada de tal modo que conduce a una cierta concepción de la justicia. En ella se nos invita a entrar para resolver el problema de la justicia.

Aquí la influencia de Kant es palpable, pues el propio Rawls se remite a él. Es mas, más adelante nos lo afirma tajantemente: *"la posición original puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción kantiana de la autonomía y del imperativo categórico"*.

También podemos añadir a esto lo siguiente: **la PO es un modelo**. Un modelo es una representación simplificada de una zona de la realidad.

Es decir, en una primera aproximación podemos decir que es una reunión de personas con especiales características que llegan a estar de acuerdo en unos principios de justicia. Los componentes o partes de la posición originaria están sujetos en su razonamiento a determinadas restricciones de manera que se eliminan datos que pudieran ser perturbadores para un correcto razonamiento sobre la justicia. Los componentes o partes de esta PO están sujetos en su razonamiento a determinadas restricciones de manera que se eliminan datos que pudieran ser perturbadores para un correcto razonamiento sobre la justicia.

### ¿Cuál es la intención de la P.O.?

Establecer un procedimiento equitativo según el cual, cualesquiera que sean los principios convenidos, estos sean justos. Se trata de anular en la medida de lo posible, los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales o sociales en su propio provecho.

Ciertamente no se puede evitar cierta extrañeza ante este mundo artificial. Podemos preguntarnos:

- ¿Por qué la PO se configura de esta manera tan peculiar? - ¿Qué justifica este modelo como el mejor para dar cuenta de los principios que gobiernan nuestro sentido de la justicia?

La explicación de Rawls es algo sorprendente para alguien que quiere restaurar un sentido racional de justicia, Porque no oculta que hay algo de intuitivo.

En definitiva, lo que se busca es una zona de consenso de la que partir unas premisas aceptables de las que poder derivar conclusiones sobre nuestro tema. Por ello puede interpretarse que la configuración de la PO es la consecuencia de un proceso de tanteo, de ajuste, para encontrar un punto de equilibrio entre las condiciones de las circunstancias contractuales (escasez moderada. Hume), nuestros juicios sobre la justicia y los principios.

### Presentación de las partes.

¿Quiénes son los sujetos que discuten en la PO? Aquí estamos ante un modelo, una hipótesis, la pregunta puede parecer extraña ¿Existen estos “quienes”? Rawls habla de “personas duraderas” (jefes de familia o líneas genéticas). En realidad parece que aquí Rawls utiliza este supuesto para dar a entender que el consenso sobre la justicia debe ser intergeneracional

### ¿Cuáles son los rasgos esenciales de esta situación?

1).- En primer lugar las partes no saben el tipo de sociedad en el que están, la época y el nivel de civilización en el que viven. La sensación ante esta propuesta es incómoda. Parece postular un sentido ahistórico de justicia, presuponerlo, cuando no se ha justificado satisfactoriamente.

2).- Las partes tampoco conocen datos importantes de su propia identidad. Su salud, fuerza, características biológicas, capacidad intelectual, clase social. Porqué. Vamos a extendernos un poco.

Rawls parte de la idea de que lo contingente de la naturaleza es arbitrario, no racional. Es decir, el mérito viene conferido por la teoría moral, no por la contingencia natural. El tener algo no implica tener derecho a algo. La lotería natural no debe recibir la consagración de la sociedad.

Parece claro que nuestras capacidades, nuestros talentos, son algo con lo que nacemos independientemente de nuestra voluntad. Sin embargo, y de modo curioso, sorprendente, llamativo, su realización efectiva, el esfuerzo llevado a cabo para ello es también para Rawls algo dado. Para Rawls, esa misma posibilidad de esforzarse, de poder escalar en la sociedad, está al margen de la voluntad del individuo; su inteligencia realizada depende mucho más de la naturaleza y del ambiente que de él mismo. En consecuencia, Rawls no valora suficientemente el hecho de que el desarrollo de las capacidades humanas es en cierta medida una conquista personal, en la que no viene todo dado, sino que se crea por la misma persona.

3).- Las partes tampoco saben cuál es su plan de vida, que se han propuesto hacer de sí...

De nuevo, otra pregunta: Por qué privar a las partes también de este conocimiento de manera que sea irrelevante? La respuesta puede ser la siguiente: Rawls aquí parte de una antropología deliberadamente indeterminada, pluralista, pensando que es justo que cada uno busque la felicidad a su modo, dentro de ciertos límites impuestos por la convivencia. La determinación de estos límites es lo que compete a la teoría de la justicia. Los límites trazarían nada más un tenue ideal de persona en el que caben muchas posibilidades para la creatividad individual. Esto es lo que marca o ejemplifica la prioridad de la justicia sobre el bien, la ocultación de las particularidades de los planes de vida. Si nadie sabe como orientar su vida, todo tipo de finalidades parecen en principio respetables, todo puede ser el bien. Las únicas restricciones posibles se deberán hacer desde esta posición de ignorancia, desde esta posición que nos hace ser imparciales, es decir, libres de toda arbitrariedad.

El único común denominador de todos los planes de vida lo constituyen los llamados bienes primarios: estos son el objeto de la justicia, lo que hay que repartir. Hay que socializar los bienes: libertad, oportunidades...

4).- Las partes tampoco conocen sus creencias religiosas. Así se garantiza la tolerancia religiosa y en general la libertad de conciencia y opinión.

5).- Otro punto que Rawls especifica como cubierto por el velo es un rasgo del carácter de las partes, su aversión al riesgo. ¿Porqué?

Esto puede parecer un tanto extraño, pero tiene sentido, ya que la posición original se configura como un lugar para elegir en situación de incertidumbre, pues nadie sabe lo que le ha correspondido personal y socialmente. Ante la incertidumbre, las diversas psicologías individuales pueden reaccionar de muy diversas maneras: unos pueden arriesgarse mucho eligiendo principios de justicia que permitan que haya grandes diferencias, en la esperanza de encontrarse entre los más aventajados, mientras que otros pueden optar por evitar todo riesgo y conformarse con menos ventajas a cambio de no perder tampoco mucho. Pero las partes ignoran este dato y así se garantiza una elección neutral. La propensión al riesgo es siempre subjetiva, un dato subjetivo, pero en la PO se elimina lo subjetivo, debiendo valorar objetivamente el riesgo de la situación.

6).- Finalmente, las partes no conocen su actual sentido de la justicia, sus opiniones en esta materia.

En definitiva, puede decirse que la PO representa el punto de vista del bien común o público, aunque este concepto no es usado por Rawls.

¿Qué se hace para lograr esto? En realidad, más que hacer, suponer. Suponer que las partes están situadas bajo un velo de la ignorancia, de tal modo que, como hemos venido explicando, las partes “*no saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligados a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales*”. Para el propósito de Rawls y su teoría de la justicia, el V.I. hace posible una elección unánime de una determinada concepción de la justicia.

El velo vacía lo particular y queda lo general. El único hecho particular que conocen las partes es que su sociedad está sujeta a las circunstancias de la justicia. El vacío hay que colmarlo, y ello obliga a postular unos “hechos generales acerca de la sociedad humana”. (Las partes conocen) las cuestiones políticas y los principios de la teoría económica, las bases de la organización social y las leyes de la psicología humana.

Esto ha sido un escollo, uno de los puntos flacos de Rawls, muy criticado, y con razón. No puede darse a la vez conocimiento de hechos generales sin conocimiento de hechos particulares. Esta particular combinación es imposible.

¿Qué hay detrás de esta Posición original y este Velo de la Ignorancia? Parece que no hay mucha duda acerca de que detrás están dos aspiraciones:

1.- La clásica aspiración de los utilitaristas: esquema institucional de ensamblaje de intereses particulares que tiendan al bien común sin proponérselo.

2.- La filosofía y la moral kantianas, al menos en la interpretación que de ellas hace Rawls. Ya lo hemos visto en la descripción de la consideración de la P.O. Por lo que respecta al Velo de la Ignorancia, Rawls nos manifiesta como él cree que la formulación que hace se halla implícita en la doctrina de Kant acerca del imperativo categórico. No obstante, no faltan quienes como F. Vallespín y C. Alba entienden que Rawls no ha pretendido seguir al pie de la letra a Kant, sino que simplemente lo ha instrumentalizado en beneficio de su construcción teórica.



## 5. La revisión de las posiciones fundamentales de *a theory: political liberalism* (1993).

Ya hicimos referencia a que el objeto principal de los escritos rawlsianos de la década de los ochenta fue el de subsanar un error fundamental de la Teoría de la Justicia: ignorar el hecho del pluralismo razonable como característica normal e incluso deseable de una sociedad liberal. El mismo Rawls lo explica del siguiente modo: un rasgo esencial de una sociedad bien ordenada en relación con la concepción de la justicia como equidad (es decir, la que Rawls propone en su *Teoría*) es que todos los ciudadanos aceptan esa concepción sobre la base de lo que ahora llamo una doctrina filosófica comprehensiva (una concepción general o global). Pero entonces el problema es el siguiente: las sociedades democráticas modernas se caracterizan por una pluralidad de doctrinas comprehensivas incompatible entre si y sin embargo razonables. El liberalismo político parte del supuesto de que una pluralidad de doctrinas comprehensivas razonables pero incompatibles es lo normal en una sociedad plural, como manifestación del libre ejercicio de la razón humana en el marco de instituciones libres. Se supone que las doctrinas comprehensivas razonables no rechazan los elementos esenciales del régimen democrático.

Rawls advierte en *El Liberalismo*, como ya lo había advertido en su *Teoría*, que en tanto en cuanto una concepción de la justicia liberal se dirige a ciudadanos libres e iguales, necesita sustentar su eficacia y estabilidad, no sobre la coacción sino sobre un acuerdo moral acerca de los términos de la justicia. En este orden de ideas, Rawls distingue tres fundamentos distintos para la estabilidad de una comunidad política: un *modus vivendi*, un consenso constitucional y un consenso entrecruzado.

La pregunta obligada es la siguiente ¿de qué concepción comprehensiva se toman estas ideas? ¿Qué concepción comprehensiva puede servir de punto de partida para derivar principios de justicia capaces de recibir el apoyo oral del crisol de concepciones que integran el pluralismo razonable? En la respuesta a esta pregunta radica el cambio de los años ochenta. En la *Teoría*, Rawls había señalado al liberalismo comprehensivo-es decir, el liberalismo kantiano- como aquella concepción filosófica capaz de aportar las ideas iniciales para formular aquellos principios de justicia. Rawls diría ahora, en cambio, que la pregunta está mal formulada. No se trata de derivar los principios de justicia de ninguna concepción comprehensiva, ni siquiera del liberalismo. Debemos, por el contrario, construir una concepción de justicia en forma independiente de cualquier concepción comprehensiva, pero que pueda una vez construida recibir el apoyo de todas las concepciones comprehensivas que integran el pluralismo razonable de una sociedad democrática.

Por ello, la teoría política ha de construir una concepción de justicia partiendo, no de una concepción comprehensiva en particular, ni siquiera de un liberalismo comprehensivo, sino de las ideas políticas implícitas en la tradición del pensamiento político democrático. Es una concepción política que no aspira a ser verdadera, sino razonable. Por ello se independiza de contenidos religiosos o filosóficos. Su referencia al constructivismo kantiano, afirma ahora, debe ser entendida como recurso a la razonabilidad en la producción del discurso moral. A una forma de intercambio basado en razones. Al independizarse de contenidos filosóficos o morales determinados, su idea de una política de la justicia debe comprender no sólo a doctrinas diversas, sino aun a aquellas que se manifiesten inconmensurables entre sí.

Se trata de una tradición política que aspira a lograr lo que Rawls ha caracterizado como consensos superpuestos (*overlapping consensus*). Este es el sentido de la famosa expresión rawlsiana: “política, no metafísica”.

La justicia como equidad, la que Rawls propone en su Teoría, tiene un propósito práctico, no metafísico o epistemológico. No es una concepción verdadera de justicia, sino una concepción que se presenta como la base necesaria para alcanzar acuerdos políticos voluntarios e informados, entre ciudadanos libres e iguales.

Los consensos alcanzados de este modo son caracterizados como “superficiales” o también superpuestos (no íntimamente enlazados) entendiendo que las grandes diferencias filosóficas son irreducibles a la discusión política. Por tanto, la concepción de la justicia que se alcance, debe permitir, sobre la base del reconocimiento de lo diferente, que se alcancen acuerdos prácticos de convivencia cooperativa que, sin desactivar convicciones religiosas o filosóficas, consiga que ellas no constituyan un obstáculo para la vida social.

Antes hicimos referencia al constructivismo kantiano. Volvemos a él. Este constructivismo deja afuera el problema de la verdad y la controversia entre una concepción realista y otra subjetivista en cuanto a los valores morales y políticos. En cambio, reformula la tradición contractualista para tratar de obtener un consenso público en torno a determinados valores que puedan ser compartidos por todos, con independencia de sus particulares concepciones del bien. Es decir, el consenso no toca los aspectos más profundos de las concepciones razonables comprensivas, pues se restringe al terreno político.

Vamos a detenernos ahora en un aspecto importante. Los consensos, los acuerdos... es evidente que tienen lugar entre personas. Rawls habla de ciudadanos entendidos como personas libres e iguales, que son los agentes que producen los consensos débiles o superpuestos. Este es el primer concepto que opera como fundamento de la teoría de Rawls. Rawls observa que la noción de persona escogida por él permite adaptarse a la idea de sociedad como sistema equitativo de cooperación, propia de la justicia como equidad. Esta idea de sociedad es el otro concepto ubicado como fundamento de la teoría rawlsiana. De esta forma, persona es aquel que puede ser un ciudadano, es decir, un miembro normal y plenamente cooperativo de la sociedad por el tiempo de su vida.

Pero a renglón seguido, cabe preguntarse lo siguiente: ¿cuáles son los criterios de individuación de los ciudadanos, es decir, de esas personas libres e iguales que gozan de los derechos de libertad? Las características están constituidas por las capacidades típicas de la personalidad moral, la capacidad para un sentido de la justicia y para una concepción del bien.

Pero aquí se presenta un problema: la relevancia de la capacidad, independientemente de su actuación, no es para Rawls absoluta. Las capacidades morales e intelectuales, para ser relevantes para los fines de los derechos de ciudadanía, deben de estar presentes en un “grado mínimo”. ¿Cómo establecer cuando el grado mínimo está presente? El criterio está constituido por la capacidad “de ser miembros plenamente cooperadores de la sociedad”. Por tanto, la idea es que cualquiera que esté en situación de participar, incluso en mínima medida, en la empresa cooperativa, tiene derecho a una tutela jurídica igual. Sin embargo ¿qué les sucede a aquellos que por nacimiento o por circunstancias de la vida se encuentran permanentemente bajo el nivel mínimo prescrito para ser socios cooperadores? Rawls no se detiene mucho en estas cuestiones, pues los considera relacionados con las interpretaciones de su concepción de la justicia como equidad, y no a la estructura de la teoría como tal. Aquí se ha centrado otra de las críticas, la que toca aspectos más delicados. Si los críticos de Rawls no están equivocados, entre los dos conceptos/fundamento de la teoría de Rawls, la prioridad viene asignada al concepto de sociedad y no al de persona. Esto significa que la extensión de los derechos de ciudadanía es decidida en última instancia por la medida-en cuanto mínima- de la integración social, y no por propiedades que se insertan en la persona en cuanto tal. Sin embargo, y como se pregunta algún autor, “¿esta subordinación de la persona a su capacidad de

cooperación social es verdaderamente compatible con la idea kantiana-a la que también apela Rawls- de la persona siempre considerada como un fin y jamás como un medio?”.

## Capítulo 2º Robert Nozick.

A la hora de abordar una aproximación al pensamiento de Robert Nozick, debemos hacer referencia a su encuadramiento dentro del disperso mundo liberal. Si seguimos en esto, entre otros, al Prof. A. De Julios, este se refiere a esa corriente del pensamiento liberal denominada libertaria, caracterizada por radicalizar el componente negativo de la libertad (esto es, la libertad como abstención) y hacer de la misma una fuerza dispersiva de la cooperación social, vaciando el terreno de lo público e identificando la justicia con la corrección procedimental en la adquisición y en la transmisión de los bienes. A esta corriente pertenece por derecho propio nuestro autor.

Como es sabido, Nozick fue el encargado de presentar una de las primeras críticas que suscitó la teoría de la justicia ofrecida por Rawls. En las posiciones liberales tipo Rawls se puede constatar una aceptación implícita del sistema de libre mercado y de los derechos de propiedad, como mecanismos instrumentales para conseguir el fin de su teoría: la igualdad. Frente a estas concepciones se han presentado otras, de las cuales la de Nozick es la más influyente, que entienden que los derechos de propiedad y libre cambio son indisponibles, no aceptando ninguna intervención en ellos. De este modo, Nozick encabeza aquellas ideas que ven a las teorías de la justicia igualitarias como insuficientemente liberales, proponiendo una alternativa libertaria.

Nozick, aunque hace pocos años se retractó de buena parte de sus consideraciones (“*The Nature of Rationality*”, 1993), delineó su teoría libertaria en su obra, convertida en todo un clásico, “*Anarquía, Estado y*

*Utopía*” (1974), uno de los clásicos del neocontractualismo

A pesar del título, Nozick advierte que no se trata de un tratado político, sino de una exploración filosófica de temas conectados a los derechos individuales y el Estado. Más concretamente: la dialéctica entre los derechos individuales y las funciones y la legitimación del Estado. De ahí su pregunta clave: ¿Qué espacio dejan al Estado los derechos individuales? La respuesta de Nozick es ante todo una defensa del Estado Liberal radical, enérgico defensor de los derechos individuales.

La obra de Nozick persigue un triple objetivo:

- I.- De una parte, justificar la existencia del Estado, rechazando las posturas de los anarquistas individualistas.
- II. - Demostrar que un Estado más extenso que aquel que justifica unos derechos negativos no se justifica.
- III. - Exposición de lo que Nozick denomina un “marco para la utopía”.

### 1. Justificación del estado.

A fin de justificar la existencia del Estado, Nozick recurre a la teoría del Estado de Naturaleza, con el objeto de dar respuesta a la pregunta: ¿es necesario el Estado o es posible la convivencia en anarquía? Para Nozick el tránsito del Estado de Naturaleza al Estado sólo es posible si en el proceso de construcción no se violan los derechos que los individuos tienen en el Estado de Naturaleza. De ahí que su intención sea profundizar y conocer este último, no como un estadio previo a la formación del Estado, sino como el terreno en el que es posible la identificación de una serie de características humanas. Por eso resulta imprescindible analizar la herencia lockeana.

### 1.1. La insuficiente herencia de Locke.

Sabido es que este autor reivindica la idea de un gobierno ejercido con el consentimiento de los gobernados. Este principio se fundamenta en la concepción del Estado de Naturaleza. Dicha concepción difiere esencialmente de la de Hobbes, pues el EN para Locke es un estado de paz, benevolencia, ayuda mutua y conservación, propio de hombres que conviven conforme a la razón.

Pero este estado es precario, porque no todos reconocen que es un estado conforme a la razón y a la ley natural. Pero también es precario porque en el EN, según Locke, el hombre tiene completa libertad para ordenar sus actos y disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, lo cual implica:

- Un poder de defensa de sus bienes básicos (vida, libertad y bienes) contra los atropellos de los demás.
- Cuando existan atropellos, los individuos poseen un derecho a castigar proporcional a la transgresión, esto es, lo justo para reparar y reprimir.

Por tanto, como la mayor parte de los hombres no observa la equidad y la justicia, en ese estado resulta insegura la salvaguarda de esos bienes. Por ello surge el Estado como poder asegurador de la conciliación equitativa de los conflictos.

Este esquema Lockeano es reelaborado por Nozick. ¿Cómo? Nozick no se conforma con la simple repetición. Pretende introducir su aportación particular. Al respecto, nuestro autor considera que Locke pasa muy por encima de las posibilidades del Estado de Naturaleza (en adelante EN), es decir, a juicio de Nozick, Locke “abandona” enseguida todo lo que se puede conseguir entre los individuos sin que intervenga el Estado. Por eso considera que hay que hacer algo más que repetir los inconvenientes de Locke acerca del EN. Por eso nos dice: Hemos de considerar también cuales son los arreglos que pueden hacerse dentro de un EN para enfrentarse con esos inconvenientes, ya sea para evitarlos, ya para hacer que tengan menos gravedad en caso de que surjan. Esta reelaboración de Locke por parte de Nozick afecta a otras cuestiones, como veremos.

Resumiendo: ver hasta dónde podemos funcionar sin el Estado, y ver en qué medida compensa que el Estado intervenga o no. Para esto Nozick diseña el procedimiento que veremos a continuación.

Conviene dejar señalado que en todo el esquema de Nozick puede observarse una honda influencia de Locke, con independencia de las correcciones que nuestro autor entiende que deben practicarse en su pensamiento. Nozick quiere explicarnos cómo y con qué límites debe funcionar el poder político, y lo hace recurriendo al Estado de Naturaleza. El eco de Locke es aquí patente. En su *segundo ensayo sobre el gobierno civil*, nos dice:

*“Para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cual es el estado en el que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la Ley Natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona”*

### 1.2. Del Estado de Naturaleza a las Agencias de Protección mutuas.

Según Locke, en el EN existe un derecho de castigar proporcional a la transgresión, lo justo para reparar y reprimir. Sin embargo estos mecanismos de autotutela, sin bases seguras, comportarán habitualmente bien una compensación excesiva, bien una imposibilidad de compensación, y en definitiva el predominio de los más fuertes. Ante esta situación, Nozick comienza a desenvolver su alternativa. Si se trata de ver hasta dónde podemos

funcionar sin Estado, el primer paso no es solucionar las insuficiencias de la autotutela con el Estado. No. Vamos a dar un paso menor.

Para ello se fija en la teorización histórica acerca de los servicios privados de protección, explicados por varios autores dentro de la tradición anarco-individualista (Nozick nos habla de Spooner y B. Tucker)

Este paso menor pasa por la creación por parte de los individuos de “asociaciones de protección mutua”, que les permitirían mejorar sus circunstancias anteriores evitando, por ejemplo, reclamos injustos. El devenir de estas asociaciones en un sistema en el que rigen las leyes del mercado (donde las asociaciones se disputan a los clientes, llegan a acuerdos, etc.) provocará el establecimiento de unos proto-Estados. Esto es, las diferentes asociaciones existentes gozarán del monopolio de la fuerza en un territorio determinado, sin que para ello haya sido necesaria la intervención de ninguna institución investida de poder.

Con ello observamos que para Nozick la formación del Estado no es el producto de un pacto o consentimiento mutuo, sino un proceso de “mano invisible” a través del cual se llega a un resultado con independencia del designio intencional del conjunto de los individuos, que se limitan a actuar individualmente en defensa de sus derechos.

Ahora bien, sigue Nozick, este sistema de agencias monopolísticas de protección no es todavía exactamente un Estado, básicamente por dos razones: 1) Las agencias de protección no están legitimadas -porque no lo están cada uno de los individuos- para anunciar que castigarán a todos aquellos que usen la fuerza sin autorización; 2) No todos los individuos decidirán unirse en una agencia de protección. Por tanto, estas no protegerán a todos los individuos sino sólo a aquellos que paguen por ello. A lo sumo, el sistema de agencias de protección puede dar lugar a un Estado intermedio, al que Nozick denomina **Estado Ultramínimo**.

### ***1.3.Estados Ultramínimo y Mínimo.***

¿Por qué se caracteriza este Estado? Dejemos que hable el propio Nozick: “Un Estado Ultramínimo<sup>29</sup> **mantiene un monopolio sobre todo el uso de la fuerza, con excepción del que es necesario en la inmediata defensa propia y, por tanto, excluye la represalia privada** (o la proporcionada por una agencia) por daño y para exigir compensación. Sin embargo, **únicamente ofrece protección y servicios de ejecución a aquellos que compran sus pólizas de protección y aplicación**”.

Esta sería la posición de los llamados anarquistas individualistas que ven al Estado como intrínsecamente inmoral. Pero para Nozick el estado es moralmente legítimo cuando cada una de las transiciones a él lo es. Por ello se deben justificar tanto el paso del EN al Estado Ultramínimo como el paso de éste al **Estado Mínimo**. En este, **una agencia de protección dominante ostenta el monopolio de la fuerza frente y para todos los individuos mediante un sistema impositivo para la redistribución de la protección**.

Pero, **¿cómo se ha producido el salto hacia este Estado?** Si estamos en una dinámica de mercado, el panorama será el de distintas agencias protectoras que compiten ofreciendo “seguridad”. Una de ellas tenderá a hacerse dominante. Los clientes de la agencia de protección dominante tienen la obligación de aplicar el principio de compensación. Porque? Porque al ser una agencia la dominante se convierte en dominante también el monopolio

---

<sup>29</sup> Estado Ultramínimo = Paso Previo para hablar del estado Mínimo = Agencia Privada De Seguridad.



del uso de la fuerza. Consecuentemente se prohíbe a los no asociados independientes el uso de procedimientos de autoayuda. Pero como esto afecta a la vida misma de los independientes, debe arbitrarse una fórmula de compensación. Por tanto, nos dirá Nozick, los clientes de la agencia de protección (dominante) tienen que compensar a los independientes de las desventajas que les acarrea el que les prohíban la autoayuda de sus propios derechos en contra de los clientes de la agencia.

Esta es, según Nozick, **la legitimación moral del Estado Mínimo, puesto que el principio de compensación es el medio moralmente legítimo que permite que se instaure un monopolio de la fuerza como producto del propio interés y de las acciones racionales de las personas**. Ello no implica violación alguna de derechos individuales, desapareciendo por tanto la objeción anarquista al Estado.

De esta forma tan gradual se pasa del EN al Estado. Tanto en uno como en el otro todos tienen derecho a castigar, pero la falta de acuerdo en el EN sobre el modo de ejecutar dicho derecho, y el hecho de que, como ya vimos, comporta inseguridad, hace que en el Estado todos actúen conjuntamente para castigar, facultando a alguien para hacerlo. De hecho, todo lleva a que el Estado adquiera un derecho más de los que individualmente se poseen. Como ha tenido ocasión de advertirse, Nozick justifica el poder del Estado partiendo de los derechos individuales y de las concretas circunstancias que definen las relaciones interpersonales en el Estado de Naturaleza.

Este esquema argumental recuerda mucho algunos de los planteamientos iusnaturalistas clásicos, como el de Pufendorf y su antítesis entre *ius* y *lex*. Existiría originariamente una *lex permissiva originaria* que posteriormente será recortada odiosamente en la medida en que lo exijan necesidades humanas. Naturalmente no es extraña esta analogía, por la ya sabida tradición intelectual en la que Nozick se inserta.

## Lección VIII. El consenso racional: Jürgen Habermas

En la lección anterior hemos visto como teorías de Rawls y Nozick pretenden fundar moralmente el Estado. Están desarrolladas desde el punto de vista de un filósofo no de un jurista y por eso están dominadas por una especulación marcadamente abstracta y alejada de la cotidianidad del derecho. Las doctrinas estudiadas en esta lección también están aquejadas de esa misma lejanía. La diferencia estriba en que derivan desde presupuestos parcialmente diferentes. Los autores analizados en esta lección son alemanes pertenecientes a una línea de pensamiento que continua la tradición moderna, aunque adoptando una actitud crítica frente a algunas de sus tesis principales.

La idea del consenso racional tal y como la veremos aquí ha sido desarrollada sobre todo por Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas; por razones de tiempo, me ocuparé casi exclusivamente de este último.

### Capítulo 1º 8.1. Bases filosóficas

Los creadores de este pensamiento son filósofos “puros”, es decir, no son teóricos especializados en meditar acerca del concepto de derecho. No obstante, su preocupación por la racionalidad práctica ha llevado a Habermas a ocuparse expresamente de la posible fundamentación del derecho en la sociedad actual. Y frente a las tesis típicamente positivistas, que negaban la existencia de un concepto de derecho que atendiera a la justicia de las normas, Habermas sí defiende esa posibilidad. Para entender la manera en que expone esa fundamentación, es necesario aludir someramente a las características de su teoría sobre el discurso práctico, del que forma parte el derecho:

1. Habermas **toma posición a favor de la racionalidad**. Recordemos que, desde Hobbes hasta Kelsen, toda una línea de pensamiento muy influyente en la Modernidad ha negado la posibilidad de establecer de manera racionalmente objetiva criterios para discernir lo bueno de lo malo y, en consecuencia, lo justo de lo injusto. La consecuencia es que lo jurídico quedaba remitido en exclusiva a la voluntad del Estado. En los últimos tiempos esta tendencia se ha exacerbado de la mano de una serie de autores denominados “postmodernos” que niegan cualquier posibilidad de una verdad racional y objetiva; la realidad se disuelve en un juego (o rivalidad) entre las interpretaciones incommensurables que portan los diferentes individuos; desde este punto de vista, lo justo no es más que una opinión dominante en un momento concreto, pero carente de cualquier base justificable más allá del deseo y la preferencia de quien sostiene la opinión. Habermas se niega a aceptar estas ideas, que suponen la renuncia a la ordenación razonable de la vida humana.
2. Habermas **permanece fiel, no obstante, a la filosofía moderna y niega que la justificación para las normas jurídicas pueda venir de instancias tales como la ley natural**, la esencia o naturaleza humanas, la naturaleza de las cosas, etc. Considera que la Modernidad ha mostrado el carácter engañoso de esas nociones y proclama que no existe ningún modo de encontrar contenidos objetivos de la justicia y el bien; en este plano sólo existen opiniones particulares y contextualizadas y Habermas entiende que la racionalidad ha de ser necesariamente universal: la proposición racional tiene que ser aceptable para todos los seres humanos. **Y no existen arquetipos de tipo platónico que desempeñen el papel de baremos universales del bien**. Cabe preguntarse, entonces, que diferencia a Habermas de las opiniones sobre la justicia que sostenían los positivistas, tanto en su vertiente normativista (Hans Kelsen) como empirista (Alf Ross).
3. Habermas **soluciona la cuestión anterior gracias a una ética rigurosamente procedimental**. Observemos que hasta ahora su postura no difiere mucho de la adoptada por Rawls, a quien cita. La originalidad de Habermas reside en el cañamazo teórico que sustenta el procedimiento seleccionador de soluciones justas, **centrado en una teoría de la acción humana basada en el lenguaje**. Para entenderla es preciso mencionar que Habermas **distingue dos tipos de acción**.

Una de ellas es la llamada “**estratégica**”, que tiene lugar cuando el individuo busca conseguir un resultado ceñido al éxito utilitario particular y utiliza el cálculo técnico; sirve para conseguir resultados eficaces, pero no discrimina entre fines buenos o malos; esa cuestión queda en manos de las preferencias estrictamente particulares del individuo que actúa. Esta es mentalidad de Hobbes, por ejemplo. En opinión de Habermas, esta reducción de la política a la técnica ha sido desastrosa, porque ha impedido orientar la vida estatal hacia fines morales. Como vemos, él no es partidario de considerar el derecho la mera fuerza estatal eficazmente organizada.

La otra acción es la “**comunicativa**”. Está dirigida a conseguir la adhesión consensuada de los participantes en una situación determinada y no el mero triunfo subjetivo y parcial. En ella encuentra Habermas la clave para la fundamentación de la vida práctica. Es preciso profundizar algo más en su descripción.

Habermas (siguiendo una tradición filosófica muy arraigada en el siglo XX) **sostiene que nuestro acercamiento a la realidad está mediado por el lenguaje** y que todos nuestros pensamientos están contruidos en la forma de proposiciones lingüísticas. Lo que llamamos realidad no es algo que esté “ahí fuera” presto a ser conocido por el cerebro a modo del reflejo en un espejo. Cuando hacemos una afirmación o emitimos una prescripción, las condiciones de veracidad o de validez no se miden por su adecuación a un objeto externo a las proposiciones lingüísticas que contienen las afirmaciones y las prescripciones, sino por la manera en la que están conformadas dichas proposiciones. **Como el lenguaje depende de una comunidad de usuarios que comparten unos signos, estructuras, reglas gramaticales, etc., el problema de la verdad gira alrededor de la forma en que ese lenguaje**

**es manejado por la comunidad.** Depende de las reglas que determinan el uso correcto del lenguaje. De esta característica, Habermas concluye que la vida social es una forma de interrelación lingüística, ya que las formas e instituciones sociales están organizadas mediante normas expresadas mediante el lenguaje. Esta descripción de la sociedad tiene consecuencias morales.

Explica que la comunicación tiene una serie de caracteres que han de estar presentes si los intervinientes quieren comunicarse de verdad:

- Todo sujeto que se comunica **pretende transmitir un mensaje verdadero o válido** (si se trata de normas).
- El autor de la proposición **está dispuesto a defender, con razones, la verdad de lo que dice.**
- El autor de la proposición **solicita de los demás intervinientes el reconocimiento de su propuesta.**
- Como consecuencia de lo anterior todos **han de acabar reconociéndose mutuamente** como portadores de afirmaciones razonables y dignas de ser tenidas en cuenta por todos.

Habermas no es ingenuo y sabe que el lenguaje es utilizado con frecuencia para engañar y satisfacer así deseos exclusivamente egoístas. Pero indica que *en tal caso el que emplea esas artimañas ha decidido abandonar el ámbito de la comunicación y pasar al de la acción estratégica egoísta.* Es decir, que toda comunicación auténtica implica cumplir unos principios implícitos en la comunicación misma. Este es el núcleo de la teoría de Habermas. Al reconocer la estructura comunicativa de la vida, conformada mediante el intercambio de opiniones razonadas, será posible elaborar decisiones normativas vinculantes basadas en el acuerdo y la adhesión no en la imposición.

La relación estrecha entre el respeto de esa estructura y el desarrollo de la vida humana indica que se trata de una exigencia práctica, en el sentido que esa palabra ha adquirido desde la filosofía griega. Dicho de otra forma, la comunicación con sus peculiaridades es moralmente relevante. En efecto, Habermas expone una teoría completa del **“discurso práctico” como instrumento capaz de fundamentar racionalmente los criterios ordenadores de la vida humana.** Resumiendo al máximo, podemos decir que el discurso práctico habermasiano se caracteriza por la siguiente idea central:

*Si la comunicación se cimenta en la aceptación recíproca de la pretensión de veracidad entre los participantes en la comunicación, es una exigencia práctica que todos esos participantes **puedan llevar a cabo sus manifestaciones lingüísticas con libertad e igualdad.** Para ser considerado racional un diálogo ha de estar basado en la igualdad de participación de todos los interlocutores; los argumentos aceptados tras una discusión dotada de esas características son, por ese motivo, racionales. En consecuencia, **la racionalidad no deriva de la calidad que posee el contenido de dichos argumentos, sino de su aceptación en un discurso que posea la característica mencionada.***

Por este motivo, el empleo de un diálogo o consenso formalmente racional otorga al argumento consensuado la nota de universalidad. En efecto, cualquier individuo que participe en una comunicación sin trabas y en pie de igualdad, aceptará el argumento que brote del diálogo, con independencia de su situación contextual concreta.

A partir de este núcleo de racionalidad procedimental, Habermas distingue dos vertientes del discurso práctico: **el moral y el jurídico.**

## Capítulo 2º Las claves de la racionalidad práctica.

### 1. La moral.

Busca establecer principios de comportamiento capaces de obtener una validez universal, es decir aceptables para todo individuo con independencia de su inserción en un contexto cultural concreto. El discurso moral requiere un respeto absoluto a lo que Habermas denomina “**situación ideal de habla**”, que *consiste en una simetría exquisita entre todos los participantes en el diálogo y en su apertura permanente a nuevas perspectivas*. Cualquier opinión puede ser cuestionada si se aportan razones. *Es un diálogo ilimitadamente abierto que nunca puede darse por finalizado*.

Habermas es consciente de que esas características no se dan realmente en toda su pureza. Esta situación de habla es una “idea regulativa” de tipo kantiano, un modelo que nunca podrá plasmarse completamente en la realidad pero que siempre está ahí como criterio básico para dirigir nuestros comportamientos. Aunque no sea posible una adecuación perfecta, es exigible que los discursos morales cotidianos sean lo más parecidos posibles a ese ideal regulativo. Precisamente en el ámbito jurídico esas características requieren matices importantes, tal y como ahora veremos.

### 2. El discurso jurídico.

Como punto de partida es preciso señalar que Habermas *rechaza el Positivismo jurídico ortodoxo*, porque *el orden jurídico debe construirse a partir de principios racionalmente justificados*. Tampoco acepta el iusnaturalismo, porque *se basa en la existencia de principios morales universales que ya no pueden ser fundamentados racionalmente*, dada la pluralidad irrebasable de visiones sobre lo bueno y lo malo. La solución al problema vendrá de la mano del discurso práctico, es decir, de la racionalidad procedimental. **De ahí que la justificación de un orden jurídico deba tener las siguientes características:**

**a) Existe relación entre derecho y moral.** Habermas explica que el derecho forma parte de las interacciones humanas y, en consecuencia, ha de obedecer también a las exigencias propias de la racionalidad comunicativa; de ahí procede la vinculación existente entre derecho y moral. Ambos órdenes normativos comparten un núcleo de racionalidad, aunque tengan diferencias considerables.

**b)** A causa de la idea anterior, Habermas **reconoce que el iusnaturalismo no carece completamente de sentido**. Pero el problema<sup>30</sup> es que el iusnaturalismo moderno tendía a la acción estratégica. Efectivamente, los individuos situados en el estado de naturaleza pactan en función de su utilidad particular, y el Estado existe sólo para proteger los derechos subjetivos naturales de los individuos. No obstante Habermas también ve (acertadamente) en este iusnaturalismo un ejemplo de racionalidad procedimental. Para el Derecho Natural Moderno el Estado está justificado, porque los individuos lo forman mediante su consentimiento. La intención de Habermas es remitir esa justificación a la racionalidad comunicativa.

**c)** A partir de las ideas anteriores, este filósofo **piensa que las normas justificadas son aquellas que serían aceptadas si todos los afectados por esas normas estuvieran dispuestos a aceptarlas si tomaran parte en un discurso racional conformado según el molde de la situación ideal de habla**. Evidentemente, la primera plasmación de estas exigencias es el principio democrático en la toma de decisiones políticas. Conviene precisar que, *desde el punto de vista habermasiano, la democracia justificable no consiste en el triunfo de la opinión simplemente mayoritaria*; para que esa mayoría sea lícita *es preciso que se hayan respetado en la medida de lo*

<sup>30</sup> –desde su punto de vista–

posible las características de la racionalidad comunicativa, sintetizadas en la situación ideal de habla: la igual libertad de todos los partícipes en la discusión.

**Esta racionalidad** no debe plasmarse sólo en la selección de los integrantes del poder legislativo y en los posteriores debates parlamentarios entre electos, sino que **debe tener un carácter mucho más amplio**. Habermas exige la formación de un **espacio público social** constituido por el flujo libre de comunicaciones que sea capaz de transmitir al sistema político la información generada por la propia sociedad. Habermas no es muy explícito acerca de la forma en que puede plasmarse ese ámbito. Parece entender que desde la misma sociedad y con independencia de la política “profesional” se generan procesos de comunicación que deben inspirar la creación de normas jurídicas. Conviene recordar que para Habermas la realidad no está compuesta por personas en el sentido individual, sino por procesos comunicativos que se entrelazan.

**En resumen: el derecho positivo sólo es justo si brota de un proceso comunicativo abierto.**

A pesar de todos estos puntos en los que derecho y moral se tocan, según Habermas derecho y moral también se diferencian entre sí, sobre todo en estos dos aspectos:

**1.** En el derecho es necesario obtener una solución jurídica definitiva en un plazo tasado. En cambio, el discurso puramente moral puede permanecer ilimitadamente abierto, algo que ni el procedimiento legislativo ni el judicial se pueden permitir.

En el caso de la legislación la solución consiste en adaptar las exigencias de la situación ideal de habla a un sistema basado en la decisión mayoritaria, siempre que se respete la igualdad de participantes y que se deje abierta la posibilidad futura de diferentes mayorías.

En un proceso judicial hay limitaciones adicionales, porque los jueces se mueven obligatoriamente en el marco de las normas vigentes. En ese supuesto la racionalidad del discurso implica, según Habermas, tener en cuenta todas las posibles opiniones existentes sobre el asunto enjuiciado.

**2.** El derecho requiere la fuerza organizada del Estado. Habermas admite que los principios morales susceptibles de adhesión en una situación ideal de habla no siempre obtendrán apoyo entre todos los ciudadanos dada la pluralidad de mentalidades sociales: hay individuos que no estarán dispuestos a comportarse de acuerdo con criterios morales. Algunos de esos principios se refieren a cuestiones que afectan a la vida social y tendrán que ser impuestos efectivamente. Esa tarea sólo puede estar a cargo de un órgano que posea monopolísticamente la fuerza: el Estado.

En realidad, esta idea es antigua. Santo Tomás de Aquino, por ejemplo, explicaba que las leyes eran necesarias, porque no todos los ciudadanos eran virtuosos. Si lo fueran, cumplirían voluntariamente los preceptos de la justicia; pero no es así, y es preciso que las leyes apoyadas por el poder político impongan esos preceptos. Por supuesto, Habermas no cita a Tomás de Aquino.

## Capítulo 3º Una apreciación crítica final.

Esta teoría del consenso racional, al igual que la propuesta neocontractualista de Rawls, sorprende por el enorme esfuerzo intelectual desarrollado para justificar una racionalidad accesible al mundo actual. Sin embargo, cabe plantear algún reparo desde el punto de vista del jurista:



**a.** La imposibilidad del discurso puramente racional.

Como señala Francisco Carpintero, no es posible encontrar soluciones a las cuestiones humanas –siempre ceñidas a situaciones concretas- planteando procedimientos meramente formales. En efecto, el jurista no puede evitar sentirse un poco desconcertado ante las teorías de Habermas y Rawls. El profesional del derecho está acostumbrado a tratar con una cotidianidad social compuesta de escrituras públicas, contratos de arrendamiento, compraventas mercantiles, recursos administrativos, etc.

Sabe –lo sabe desde hace siglos- que su tarea consiste en estudiar un problema concreto para encontrar una solución adecuada a derecho a partir de sus circunstancias. Por ese motivo, experimenta una desazón considerable ante conceptos como el de “situación ideal de habla” o “posición original” que implican precisamente ignorar las peculiaridades del problema si se quiere hallar una solución racional. Al jurista le cuesta entender que una solución sensata pueda venir de un mecanismo que prescinde de las características del problema que reclama solución.

Es comprensible esa perplejidad, porque sin referencia a contenidos concretos una mera forma o procedimiento no sirve para nada. Habermas explica que el consenso racional que él defiende sí gira alrededor de cuestiones materiales específicas, pero sostiene al mismo tiempo que la racionalidad de la decisión acordada no puede basarse en esos contenidos, sino en su grado de aceptabilidad dentro de un diálogo libre. Hay que preguntar, no obstante, como es posible discernir si una solución es razonable o no sin atender al contenido de la propuesta discutida ni a su relación con el problema menesteroso de resolución. Los sujetos que eligen criterios de actuación deberán tener en cuenta esos aspectos si quieren ser verdaderamente racionales y no desarrollar un diálogo absurdo centrado en la nada. Expresado de otra forma: cuando dialogamos siempre lo hacemos sobre algo y ese “algo” concreto ha de proporcionar algún tipo de directriz acerca del curso seguido por los dialogantes; las exigencias de la materia tratada no pueden ser obviadas en un análisis de la racionalidad discursiva.

**b.** El fundamento oculto de consenso racional.

Como hemos visto, Habermas y Rawls afirman taxativamente que resulta imposible fundar racionalmente nociones materiales sobre lo bueno y que sólo es posible establecer procedimientos para seleccionar criterios justificables. En realidad ellos mismos incumplen ese plan.

Recordemos que Habermas sostiene que la justificación es proporcionada por las características implícitas en todo intercambio lingüístico. Sin embargo, esa justificación tiene un alcance más hondo del que Habermas parece querer reconocer. La comunicación mediada por el lenguaje supone el reconocimiento de la capacidad del otro para exponer sus razones, de lo contrario no hay auténtica comunicación. Podríamos decir, en términos que Habermas rechaza, que hay una característica propia del ser humano que reclama reconocimiento; es su naturaleza, que, desplegada en la interacción comunicativa con otros seres humanos, exige el respeto recíproco a la igual libertad de todos para participar con sus puntos de vista en el entramado social de comunicaciones. Evidentemente, este reconocimiento supone partir de una ontología de lo humano como requisito de racionalidad y baremo justificador del derecho positivo. Habermas no quiere reconocerlo, pero no parece haber otra forma de entender coherentemente su obra que adscribirlo a su pesar al campo del iusnaturalismo.

## Lección IX. Los derechos humanos

### Capítulo 1º Fundamentos

En las dos lecciones anteriores hemos visto algunas propuestas teóricas para discernir criterios morales de validez universal que sean vinculantes para el derecho. Esa **validez obedecía a unos complicados requisitos procedimentales**. Y también hemos visto que tenían unos presupuestos negados por los autores de esas teorías. En efecto, las explicaciones de Rawls y Habermas carecen de sentido si no partimos, aunque sea implícitamente, de la afirmación del ser humano como persona libre y autónoma, que exige en consecuencia un trato digno. Sin esa consideración previa las ingeniosas construcciones discursivas de esos autores resultan insostenibles. Sin embargo, no quieren reconocerlo porque siguen atados a ciertos presupuestos metodológicos típicamente modernos. Esos presupuestos se cimentan en la supuesta imposibilidad de justificar racionalmente (es decir, de manera universal) las proposiciones que contengan contenidos concretos sobre lo bueno.

Esa imposibilidad la había expuesto Hobbes. A partir de una teoría del conocimiento empirista, había proclamado que las apreciaciones sobre lo bueno y lo malo eran subjetivas. Sólo el cálculo utilitario dirigido a la consecución de la paz podía fundar racionalmente la formación del Estado. Ese empirismo, bajo diferentes envolturas, ha recorrido toda la Modernidad. Incluso Habermas, aunque sus modelos filosóficos sean otros, participa de esa mentalidad. La pretensión de descubrir preceptos materiales sobre lo bueno y lo justo es vista hoy por muchos como una ingenuidad superada por la filosofía moderna.

Sin embargo, a estas alturas de la historia cabe preguntarse hasta qué punto está justificada esta mentalidad. La vieja epistemología empirista está desprestigiada en el ámbito de la ciencia física desde hace más de un siglo. Los científicos actuales saben que su conocimiento no se limita a reflejar una materia perceptible sensorialmente a modo de un reflejo. En el proceso cognoscitivo intervienen otros factores, incluyendo la intuición y la imaginación del científico, que hacen mucho más compleja esa actividad. La Física cuántica, por ejemplo, ha mostrado que los modelos propios de la física de Newton, basados a su vez en epistemologías similares a la de Locke, no sirven para explicar el mundo subatómico. La ley de la causalidad mecánica ya no es el molde omnicomprendido que explica toda la realidad. Y si no sirve para los físicos como monopolizadora de la ciencia, tampoco tiene por qué ser útil para el saber práctico. Recordemos que la descripción del derecho como conjunto de imperativos emanados de un poder que a su vez emanaba de las libertades individuales buscaba justificación prestigiosa en la física de la época (aunque ya sabemos que el contractualismo moderno no vino dado por la ciencia). Hobbes afirmaba claramente que el comportamiento de los cuerpos en el espacio era similar al de los hombres en el ámbito social. Pero si esa física basada en movimientos originados por causas eficientes de tipo mecánico ya no explica la totalidad de la realidad (no sirve, como acabo de indicar, para las partículas subatómicas) tampoco hemos de fiarnos de ella para explicar la vida moral.

Por supuesto, no vamos a estudiar ahora los caracteres de la física contemporánea. Tan sólo quiero mencionar que *los presupuestos epistemológicos desde los que se negaba la posibilidad de justificar la conducta humana más allá de los deseos subjetivos han sido abatidos por los mismos científicos*. Esto **no implica que la nueva teoría del conocimiento proporcione una moral objetiva** (de hecho, no lo hace), pero al menos se abre un camino para explorar nuevas maneras de racionalidad adecuadas para lo humano y situadas más allá del empirismo.

Antes de continuar conviene advertir que, a pesar de la quiebra de buena parte de la racionalidad materialista moderna, la mayor parte de la filosofía actual sigue negando la existencia de un conocimiento objetivo. **Proclama**

la **inexistencia de la verdad**. Quizá la corriente más popular de esta manera de entender la filosofía sea la representada por un pensamiento derivado de Friedrich Nietzsche y que suele ser catalogada con la etiqueta excesivamente imprecisa de “postmoderna”. A partir de las explicaciones de Nietzsche, que afirmó que no existen hechos, sólo interpretaciones, estos pensadores mantienen que la llamada realidad no es sino una trama infinitamente plural de interpretaciones y que no existe nada que subsista a las interpretaciones. Uno de ellos, Gianni Vattimo, defiende lo que denomina “pensamiento débil”, carente de todo fundamento y disuelto en las tradiciones que de hecho existan en una sociedad. Vattimo defiende la posibilidad de cierta normatividad construida mediante un diálogo lábil y cambiante según el albur de la variación de opiniones, pero no da razones para fundar la moralidad de un diálogo en el que todos participen.

Los autores que comparten estas ideas suelen criticar los modelos modernos de conocimiento y las teorías **iusnaturalistas**. No sólo **niegan que sea posible conocer criterios de comportamiento objetivamente racionales**, también **rechazan el conocimiento empírico de objetos**, e **incluso la existencia de sujetos cognoscentes**. Parecen **negar así las bases del pensamiento individualista típicamente moderno**. Sin embargo, estos planteamientos son la exacerbación de ese individualismo. En efecto, la negación de cualquier idea de orden (no hay otra explicación en las filosofías postmodernas) “libera” al individuo del cualquier instancia obligatoria ajena a su propio deseo.

Estas tesis postmodernas pueden ser llamativas, y a veces incluso divertidas para celebrar congresos y seminarios y publicar libros redactados con una prosa tan oscura como sugerente. Pero tienen un problema: son completamente ajenas a la cotidianidad humana. Y esa característica las hace un tanto peligrosas: nos hacen olvidar la realidad.

Desde el punto de vista jurídico tienen poco que ofrecer. Según los postmodernos, las instituciones jurídicas, las normas, principios, negocios, necesidades, etc. no son más que máscaras para ocultar que las ideas sobre el derecho son meras interpretaciones sin trasfondo. Las leyes dependen de sus intérpretes que a su vez no tienen ningún asidero racional. La consecuencia directa de este planteamiento es la desaparición de la idea misma de juridicidad. Al final sólo quedan relaciones de poder: una interpretación se impone a otra son que exista (ni pueda existir) razón alguna para justificarlo. La consecuencia de esta postura es la misma que la del Positivismo en su sentido más radical. Y es que ambas corrientes participan de las mismas ideas modernas.

Sin embargo, el jurista profesional que diariamente trabaja con los contratos, actos administrativos, sentencias, etc. no percibe esa especie de sinsentido en el que flotaría la vida. Y lo cierto es que ese jurista tampoco comparte la postura habermasiana, porque le resulta extraño afirmar la racionalidad de una medida, regla o precepto sólo por su aparición tras un proceso discursivo diseñado según la “situación ideal de habla” sin tener en cuenta las características del problema.

En efecto, el jurista *utiliza en bastantes ocasiones valoraciones para llegar a la decisión y esa actividad requiere tener en cuenta los aspectos de la situación*. Cuando emplea la analogía, por ejemplo, tiene que encontrar la “identidad de razón” entre el precepto y el caso nuevo. Esto sólo es realizable si advertimos que el problema necesitado de solución jurídica tiene unas necesidades que estimamos como jurídicas a partir del contexto mismo. Es la observación del caso el que nos indica ya algunas directrices de la solución no la discusión ideal acerca de las posibles soluciones. Del mismo modo el empleo de estándares como el de la “diligencia del buen padre de familia” consisten en empleo de valoraciones que han de partir de lo exigido por la situación enjuiciada.

Como vemos, el jurista sólo puede dar una solución razonable si tiene en cuenta la conformación del problema. Y la experiencia cotidiana (no tenemos otra) muestra que sí es posible encontrar razones para la acción a partir de las mismas situaciones vitales sin necesidad de remitirnos a consensos ideales. Y desde luego tiene claro que existe la realidad.

Resulta entonces que la actividad práctica del ser humano, es decir, la moral y el derecho giran alrededor de la existencia de bienes y necesidades que dan sentido a la vida propiamente humana. Tales bienes no parecen obedecer al mero azar, sino que estarían enraizados en la propia manera de ser del hombre. El jurista sabe que muchos de ellos surgen de circunstancias históricamente contingentes, pero eso no implica que sean arbitrarios: aquí y ahora son objetivamente necesarios. En cambio, hay otros que están **relacionados tan estrechamente con la esencia de lo humano que tienen un carácter mucho más permanente y universal**. La filosofía jurídica actual los conoce con el nombre de “Derechos humanos”.

## 1. El concepto de derecho humano y su justificación

El concepto de derecho humano está unido estrechamente a su fundamentación y justificación. Si no podemos establecerlas, no es posible hablar de derechos humanos.

Expresado de manera simple, **los derechos humanos serían aquellos derechos que tienen todas las personas por el hecho de serlos, con independencia de sus circunstancias particulares**. Sin embargo, esta definición plantea bastantes interrogantes, sobre todo si la estudiamos desde el punto de vista de la filosofía moderna y su base empirista. Esto no deja de ser curioso; los derechos humanos son producto de la Modernidad aunque al mismo tiempo esa Modernidad diseñó una mentalidad materialista que no permitía dar un fundamento objetivo a esos derechos. De ahí la polémica que genera su conceptualización.

El primer problema que debemos afrontar es el de su definición. Al preguntarnos sobre el concepto de *derecho humano* se nos vienen a la mente definiciones en las que todos estaríamos de acuerdo, pero que encuentran su dificultad en el momento de su exigencia práctica. Así, podríamos definir los derechos humanos como “los derechos que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre” o “los derechos que permiten al hombre desarrollarse y realizarse plenamente como persona” lograrían la aceptación de cualquiera. **El problema se plantearía en cuestiones más concretas: cuándo se comienza a ser hombre y cuándo se deja de serlo, cuáles son en concreto esos derechos, si son inalienables o no, si deben ser los mismos para todos los ámbitos culturales (universalismo) o dependen de las culturas concretas, si deben estar positivados o no, si son reconocidos o bien son otorgados, etc.** Todas estas cuestiones hacen que muchos desistan de buscar una definición o que, si lo hacen, se queden en análisis lingüísticos, formalistas, de textos sobre tales derechos.

Si en el momento del nacimiento de los derechos humanos como categoría jurídica, hacia el siglo XVIII, fueron considerados como la pieza clave para el cambio de mentalidad sobre la consideración de la persona, hoy día suponen un asidero fundamental<sup>31</sup> cuando se pretende encontrar la justicia que no puede suministrarnos un ordenamiento positivo concreto. Sin embargo, el terreno sigue abonado para las eternas discusiones sobre su existencia, alcance, valor, fundamento, etc., y las dificultades parecen no desaparecer nunca. Desde su falta de reconocimiento general como verdadera categoría jurídica hasta su escasa garantía de eficacia, encontramos

---

<sup>31</sup> -incluso para los positivistas más radicales-

innumerables problemas que merman la posibilidad de que todas y cada una de las personas que pueblan la tierra puedan gozar de unos derechos que le son inherentes.

Desde el punto de vista del Positivismo jurídico los derechos humanos no son verdadero derecho. Son exigencias morales lanzadas a los ordenamientos jurídicos positivos; cuando estos los acogen mediante su positivación constitucional como derechos fundamentales pasan a ser jurídicos. Los positivistas difieren acerca del estatus que poseen esos derechos humanos prejurídico. Para algunos autores es posible fundamentar racionalmente esa exigencia moral, por ejemplo mediante una ética dialógica. En cambio otros consideran que la única base para los derechos es un mero consenso fáctico: la imposibilidad de la racionalidad práctica no permite –piensan estos positivistas- ir más allá.

Quizá el problema de fondo reside en el concepto positivista de derecho del que se parte: *Si el derecho positivo no tiene la obligación de reconocer los derechos morales, éstos no existen. Si tiene esa obligación, los derechos morales poseen una entidad jurídica previa al derecho positivo*, en cuyo caso, *falla el concepto mismo de derecho que obliga a expulsar al plano moral algo que posee índole jurídica*.

Otra posibilidad de explicar el derecho que permita superar esta contradicción es la que propone Sergio Cotta. Este filósofo italiano explica que una característica esencial del ser humano es la coexistencialidad, es decir, la imposibilidad de vivir solo, aislado: necesariamente ha de estar interrelacionado con otros sujetos. La **coexistencialidad** no puede ser entendida como la simple colaboración o acuerdo para conseguir fines individuales o egoístas; **implica que la vida auténticamente humana sólo puede desenvolverse mediante una dependencia mutua**. Por ello, el derecho no es primariamente una máquina para ejercer la fuerza, sino un instrumento para conseguir un tipo específico de fines humanos. La consecución de tales fines presupone, además, el reconocimiento de la igual dignidad de todos los hombres. Efectivamente, *si el hombre se reconoce como “necesitado”, porque no puede subsistir sin relacionarse con otros, ha de reconocer inmediatamente que los demás se encuentran en su misma situación*. Esto supone que reconozca inmediatamente que todos los hombres se encuentran en una situación de igual **indigencia ontológica**. Este principio ha de estar entonces en la base de todas las relaciones en que se encarna la coexistencialidad. Jesús Ballesteros resume esta idea cuando defiende que el respeto incondicionado al otro es el fundamento del derecho; sólo donde se reconoce la paridad ontológica entre el yo y el otro hay una verdadera realidad jurídica.

A partir de estas explicaciones, el derecho aparece como una forma de comunicación humana que busca conseguir ciertos bienes necesarios para el equilibrio social, que pueden ir desde el orden público hasta la compraventa de inmuebles. La actividad jurídica consiste en ajustar y reajustar constantemente dicha comunicación. En este proceso de ajustamiento entran en juego los derechos humanos, al representar un conjunto de bienes básicos que dan sentido a la práctica jurídica. Difícilmente puede llegar a desarrollarse una vida social aceptable si se desconoce la vida, la dignidad, la integridad física, la conciencia, etc., de una parte de la población. Podrá existir paz y estabilidad, pero las relaciones intersubjetivas que surjan estarán basadas en la fuerza, no en la juridicidad, no en el derecho.

Por supuesto, esta propuesta no desprecia en absoluto el papel de la **positivación** de los derechos humanos (ni del resto del derecho). La considera imprescindible al ofrecer garantías efectivas para su ejercicio, aunque precisamente sólo para su ejercicio, no para su constitución como realidad jurídica. Y esto, al final, nos lleva a la realidad del derecho natural. *Si los derechos humanos son jurídicos, aunque no estén recogidos en el derecho positivo, pertenecen a una realidad que una tradición secular llamó derecho natural*. Mientras que los partidarios



del positivismo niegan cualquier relación entre derechos humanos y derechos naturales, por razones obvias, puesto que no creen en los derechos naturales sino tan sólo en los positivos o legales, los partidarios del iusnaturalismo, que creen que al hombre le corresponden una serie de derechos con independencia de que lo reconozca o no la ley, tratan de ver una continuidad o incluso identidad entre derechos naturales y derechos humanos.

Si los **derechos humanos tienen un carácter histórico evidente** (surgen con la Modernidad), **es lógico que los mismos vayan asumiendo diversos modos de positivación a lo largo del tiempo y según las distintas circunstancias en las que diferentes sistemas jurídicos hayan ido reconociendo su existencia**. Hablar de derechos fundamentales o de derechos constitucionales remite a los distintos modos con que los Estados de Derecho han reconocido la existencia e importancia radical de los derechos humanos. Por ello, los conceptos derechos fundamentales y derechos constitucionales adquieren distintos significados según el sistema jurídico de que se trate. La variedad de las formas de positivación de los derechos humanos –y la interpretación judicial que se haga de ellos– provoca una diversidad tal en sus formas y contenidos, que muchas veces se puede llegar a positivizar el mismo derecho humano con contenidos opuestos o contradictorios en dos sistemas jurídicos distintos.

El hecho es que no son identificables los derechos humanos con los derechos fundamentales, porque los primeros son más amplios que éstos y están por encima de cualquier positivación posible, sea interna o internacional.

Más arriba mencionaba la tesis positivista que vinculaba la exigencia de respetar los derechos humanos con el hecho de que ahora se consideran deseables. Esta postura implica la ausencia de fundamentación; en efecto, basta el mero cambio de opinión para que los derechos desaparezcan. Entre los que optan por la fundamentación predominan quienes toman como punto de partida la dignidad humana. Ahora bien, ¿qué podemos entender por dignidad?

**Dignidad indica excelencia, superioridad, o preeminencia**. En todo caso, cuando se alude a la dignidad se quiere significar algo que sobresale por encima de lo normal. A su vez, esta excelencia o preeminencia puede ser referida a distintas dimensiones de la persona; así podemos hablar de la dignidad de una persona por el cargo o puesto que ocupa en la sociedad o por las acciones que realiza. En tercer lugar, y con mayor propiedad, el término dignidad indica hoy una cualidad exclusiva, indefinida y simple, del hombre, que muestra su superioridad con independencia del modo de comportarse; es decir, *hace referencia al valor<sup>32</sup> en sí que tiene la persona humana*.

Pero la dignidad entendida en este tercer sentido no se refiere simplemente a una superioridad ontológica. Como dice Javier Hervada, se trata de una excelencia que no sólo eleva al que la posee, sino que **le sitúa en otro orden del ser**. Dignidad se refiere, pues a una cualidad *básica* del hombre (o **como atributo**), que pertenece a su propia naturaleza y, en este sentido, no se refiere a condiciones concretas de existencia, sino a un rasgo ontológico que no es adquirido por el hombre ni atribuido por ninguna instancia ajena al mismo: simplemente, se posee por la simple pertenencia a la especie humana.

Esta distinción se aprecia con claridad si nos fijamos en que sólo el hombre es capaz de conocer la razón de lo que hace, es decir, persigue con libertad una finalidad u objetivo, tiene la capacidad de entender y de querer y, en

---

<sup>32</sup> Por tanto **somos valiosos porque somos irrepetibles**, por tanto, cuando acaba la vida de un ser humano, acaba algo único que no va a volver a existir.

consecuencia, de conocer la moralidad de sus actos y esto exige que el hombre sea tratado (por sí mismo y por los demás) siempre como un fin en sí mismo, no como un medio.

La dignidad de la persona humana es, por tanto, un atributo *inherente* a su naturaleza racional. En consecuencia, es algo que todas las personas poseen, puesto que lo natural no es algo que el hombre adquiera a voluntad propia, sino que es algo que se tiene desde el mismo momento de nuestra existencia y, por tanto, *igual* en todos nosotros. Por hacer una comparación, tan natural es al pájaro volar, como al hombre poseer dignidad. Esto es incuestionable. Todos los individuos que pertenecemos a una misma especie (en el caso de los hombres, todos los individuos que pertenecemos a la especie *homo sapiens*) poseemos la misma naturaleza racional. Ahora bien, tal y como advierte M. Rhonheimer, no se trata de que un individuo de la especie humana porque tenga racionalidad sea persona, sino más bien al contrario, porque es un individuo vivo de la especie *homo sapiens*, es persona y, en cuanto que persona, posee naturaleza racional.

La referencia a la “naturaleza” alude a que estas cualidades racionales no necesariamente tienen que estar desarrolladas completamente, en acto, sino que basta la *posibilidad de poder*. Por seguir utilizando el símil del pájaro, a nadie se le ocurriría pensar que un pájaro que aún no sabe volar, no posee por tal hecho naturaleza (esencia) de pájaro, o que es menos pájaro que otro adulto. Tampoco se cuestionaría ese dato si, por cualquier circunstancia, se le ha roto un ala y no puede volar. Ni siquiera cuestionaríamos su naturaleza de pájaro en el hipotético caso de que consiguiéramos que se comportara no ya como un pájaro, sino como otro animal no volador. Lo mismo podríamos decir de los monos que son capaces de reconocer determinados signos de escritura, o que pueden retener en la memoria bastantes datos: no son por ello más hombres y menos monos.

Por ello, *no se trata de que, en las situaciones en las que los hombres no hayan podido desarrollar fácticamente sus potencialidades o habilidades* (concebidos no nacidos, enfermos mentales, deficientes, en coma, etc.), *sólo sean personas potenciales*. Ni mucho menos: son personas en acto, puesto que, desde el momento de su existencia comparten con el resto de los que integramos la misma especie, la misma naturaleza; lo que es potencial es la capacidad de desarrollar las cualidades (poderes) inherentes a su naturaleza: racionalidad y voluntad. No existen “personas potenciales”, ni “pájaros potenciales”, como no existen “personas a tres cuartos o a mitad”: o se es persona o no se es: no caben posiciones intermedias. Y por ser persona, se posee dignidad.

Ser persona, o lo que es lo mismo, *tener dignidad, además de ser un atributo natural* (es decir, “dado”, atribuido por una instancia distinta, que no depende de nuestros actos libres o de nuestra voluntad) *constituye el principio de la igualdad natural de los hombres*: porque todos los hombres pertenecemos a la misma especie, poseemos la misma naturaleza y, en consecuencia, la misma dignidad. Todos los hombres somos igualmente dignos. Es decir, esta igualdad en la naturaleza o en la dignidad, es una igualdad que no admite grados, ni de unos respecto de otros (es la igualdad antes indicada), ni en un mismo hombre, *por lo que todo hombre tiene igual dignidad desde el primer instante en que comienza a existir hasta el último instante de su existencia*. Esto permite afirmar la inmutabilidad de la dignidad o excelencia del ser humano con independencia de las condiciones circunstanciales en las que se desarrolle su vida. *Es decir, permite una fundamentación de los derechos humanos que supere la reducción de la dignidad a la “calidad de vida”, con la consiguiente exclusión de la titularidad de los mismos a quienes* (según no sabemos qué criterios, variarán en cada contexto) consideren que su vida no es de suficiente calidad como para ser calificada de humana.

Sólo una fundamentación de los derechos humanos en la dignidad ontológica que estamos exponiendo permitiría afirmar la “inalienabilidad” de los derechos inherentes a ella, es decir, que no sólo son inviolables por terceras

personas, sino que tampoco el propio titular puede renunciar a ellos, por cuanto la persona no es libre para ser o dejar de ser persona.

## Capítulo 2º Elementos constitutivos

### El sujeto obligado

Es el elemento que menos dificultades suscita, pues los derechos humanos afectan a toda la colectividad y deben ser respetados por todas las demás personas. Otra cosa es que el reconocimiento de algún derecho puede implicar no sólo una abstención, sino también que se lleve a cabo alguna actuación concreta. En estos casos, normalmente es el Estado o las administraciones públicas el sujeto obligado, pero todos los demás ciudadanos tienen el deber también de abstenerse de poner obstáculos.

### El objeto o contenido del derecho

Al igual que alcanzamos un acuerdo unánime cuando hablamos de cualquier persona como sujeto de los derechos, también logramos este acuerdo cuando afirmamos que el objeto de estos derechos es posibilitar el pleno desarrollo de toda persona tal como cada uno lo desea de acuerdo con su naturaleza, o bien que toda persona pueda alcanzar el

“bien humano”. No se trata tanto de alcanzar una posición social, una profesión, una perfección física, etc., como de alcanzar un desarrollo de la personalidad que enriquece a cualquier ser humano. La dificultad la encontramos a la hora de concretar el “bien humano”, que parece que no se agota en conseguir y asegurar la supervivencia, sino -en la medida de lo posible- la perfección humana. John Finnis considera que en este camino hacia la perfección humana encontramos una serie de “bienes humanos básicos” que serán los que orienten la actuación del hombre con el objetivo de conseguirla. Estos bienes apuntados por Finnis son: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad o amistad, razonabilidad práctica y religión, aunque más tarde vuelve a incidir sobre ellos enumerándolos como vida (mantenimiento, transmisión, salud y seguridad), conocimiento y experiencia estética, excelencia en el trabajo y en el juego, amistad-paz-fraternidad, paz interior-autointegración-autenticidad y armonía con la realidad.

Afirma Massini que “sin derecho que determine lo debido a cada uno y sin derechos por medio de los cuales exigir eso que es debido, no es siquiera pensable la concreción o realización de los bienes humanos básicos; de aquí que sean estos bienes los que otorguen justificación racional y contenido a los derechos; en primer lugar, a los más fundamentales de entre ellos: los llamados derechos humanos”. De este modo el derecho a la educación tendría por contenido y fundamento el bien básico del *conocimiento*, que perfecciona la dimensión racional del hombre; el derecho al trabajo se corresponde con el bien humano de la *excelencia en el trabajo*, y así sucesivamente.

El descubrimiento o surgimiento escalonado de los derechos humanos a partir de los bienes básicos ha dado lugar a la expresión “generaciones” de estos derechos, que vienen a agrupar una serie de derechos de corte más individualista en la primera y más solidarios en la tercera. Algunos autores entienden que esta división responde exclusivamente a razones históricas y políticas, pero no a razones conceptuales. Es una cuestión discutida, pero para simplificar no tendremos más remedio que admitir, como lo hace la generalidad de la doctrina, tres clases de derechos con ciertas características propias:

a) **La primera generación, constituida por una serie de derechos que se presentan como libertades exclusivas o privilegios, que permiten excluir a todos los demás de nuestras decisiones.** Son los llamados

derechos civiles o políticos, que corresponden con el Iusnaturalismo moderno y las revoluciones de fines del siglo XVIII que acaban con el Antiguo Régimen.

b) **La segunda generación surge en el siglo XIX como reacción al excesivo individualismo de la primera generación; se pretende garantizar unos derechos sociales que se entienden fundamentados en las “necesidades” de las personas que conviven en una sociedad.** En estos derechos está más presente la intervención del Estado, cuya misión no es solamente garantizar el disfrute de estos derechos por parte de los ciudadanos que tengan posibilidades, sino que debe adoptar medidas para que todos sus ciudadanos disfruten de ellos. En este marco, en el que lo importante es la distribución equitativa de los bienes, se encuadran el derecho al trabajo, al salario justo, a la vivienda, al descanso retribuido, al subsidio de desempleo, a la prestación por jubilación, etcétera. Son denominados derechos económicos y sociales.

c) **La tercera generación de derechos surge impregnada de la idea de solidaridad y en su base encontramos no al individuo, sino a la persona, es decir, un ser que reconoce su interdependencia de los demás consciente de que no puede prescindir de esta interdependencia.** Las necesidades humanas se satisfacen con el disfrute común y responsable de los bienes de los que disponemos, de modo que la actuación humana se entiende limitada no sólo por el arbitrio personal o por el poder del Estado (como en los derechos anteriores), sino también por la responsabilidad personal.

A pesar de su validez en la mayoría de los casos, es obvio que esta clasificación no es perfecta. Así, por ejemplo, el derecho a la intimidad, reivindicado con fuerza en el siglo XX y positivado a mitad de siglo, está revestido de las características de la primera generación; y algo similar ocurre con los derechos de reunión y de asociación, reivindicados por los movimientos obreros y que, sin embargo, suelen ser incluidos entre los derechos civiles y políticos, propios de la primera generación.

No han faltado quienes han reivindicado **la contemplación de una cuarta generación de derechos, sobre todo en relación a los cambios producidos por los avances tecnológicos** (biotecnología, por ejemplo) y que pueden tener incidencia sobre la identidad de la persona, su desarrollo, etc. **Todas estas incidencias pueden ser reconducidas a los ámbitos ya protegidos por los derechos existentes, de modo que creo preferible la limitación a las tres generaciones.** Así se evita también la intención de incluir en esta cuarta generación algunas pretensiones que no llegan a convertirse en derechos y que algunos autores vienen reivindicando, con la consiguiente desvaloración de la figura de los derechos humanos.

### El titular del derecho

En esta cuestión nos encontramos con un asunto de especial trascendencia: **si todo ser humano es titular idóneo de los derechos humanos o si se necesita el cumplimiento de alguna condición adicional para adquirir el estatus preciso.**

La filosofía de las últimas décadas se ha ocupado del problema. Algunos autores han distinguido entre ser humano y persona a la hora de exponer quien es titular del derecho. Esta tendencia recibe el nombre de “personismo”.

El término personismo fue empleado por primera vez por Jenny Teichmann, profesora emérita de la Universidad de Cambridge, en una obra de 1998 titulada *Ética social*. No obstante, como suele ser habitual en estas cuestiones, la mentalidad que este término designa es anterior. En concreto, desde que R.M. Hare (1919-2002) distinguió entre persona y ser humano, otros autores han seguido su exposición para reconocer o negar derechos a determinadas personas.

**El personismo consiste en la discriminación de los seres humanos**, al negar el carácter de persona a algunos de ellos. El modo de argumentar es el siguiente: lo más característico de la persona es lo que el filósofo Zubiri (que no defendió el personismo) denominó la “personidad”. Según él, a todo ser humano que goce de esta

característica se le debe reconocer unos derechos y establecer los medios de protección de los mismos. Pero, para los partidarios del personismo, esa “personidad” no es una cualidad esencial, es decir, no se nace con ella ni se mantiene hasta la muerte, sino que es una cualidad accidental que se adquiere, como podría ser la altura, el peso, un desarrollo mayor o menor de la vista, etc., o se puede perder después de haber sido adquirida. Todos aquellos seres humanos que no llegan a adquirirla o la pierden, no son titulares idóneos de los derechos humanos.

De esta forma, el personismo degrada el concepto de persona, porque lo utiliza como base para la discriminación entre los seres humanos: los que no lleguen a adquirir las cualidades de “personidad”, no son personas y, por tanto, no pueden gozar de derechos humanos. El personismo actual aparece de dos maneras diferenciadas: el dualismo y el utilitarismo.

1. **El dualismo se remonta en sus orígenes a la filosofía cartesiana** con su famosa distinción entre *res cogitans*, conciencia, autodominio de la voluntad, y *res extensa*, cuerpo. Este modelo influye en la distinción de Locke, contenida en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*, entre persona y ser humano. Ser humano es ser miembro de la especie biológica humana. Ser persona es aquel ser humano capaz de vida consciente y libre, de vida biográfica, de mismidad, es el ser dotado de la capacidad de disposición.

Hay que advertir que ni Descartes ni Locke dedujeron consecuencias éticas de esta distinción entre persona y ser humano y por ello, el segundo, ha podido ser considerado como uno de los precursores de la noción de derechos humanos. Las consecuencias negativas del dualismo en el ámbito moral y jurídico se han manifestado sólo en el siglo XX, en los discípulos tardíos de Descartes, entre los que cabe destacar a T. Engelhardt, un bioético norteamericano de gran influencia. Para él, la persona es la *res cogitans* cartesiana, el sujeto desencarnado, titular de los derechos en cuanto que puede luchar por ellos. Por el contrario, el ser humano no es persona, es la *res extensa*, el ser simplemente biológico, el cuerpo, que carece de derechos y puede ser sometido como objeto al experimentalismo genético o a la biotecnología. Su posición se caracteriza por identificar al sujeto con la autoconciencia, y reconocer dignidad sólo a la parte mental en el ser humano, de ahí que niegue la condición de persona a los fetos, críos pequeños, retrasados mentales profundos y a los enfermos en coma profundo y, por tanto, les niega también determinados derechos. Según él, todos los derechos, incluido el derecho a la vida, deben quedar subordinados al derecho a la autonomía. El criterio ético fundamental es el de que no hay injusticia cuando hay consentimiento (*volenti non fit iniuria*) de tal modo que justifica el suicidio y su inducción.

2. **El utilitarismo es la otra versión del personismo**, que resulta aún más inhumanista que el dualismo al negar la distinción entre el ser humano y el animal. El gran representante del utilitarismo en la actualidad es el bioético australiano Peter Singer, discípulo de Engelhardt y fundador del Movimiento de liberación animal.

Para el utilitarismo en general y para Singer en particular, la base de los derechos no radica en el ser persona, sino en la capacidad para sentir goce o dolor. Desde esta perspectiva, niega la condición de persona a ciertas categorías de seres humanos (los que no pueden sentir placer ni dolor) como los embriones, al menos hasta la formación del cerebro y a los enfermos en coma y, al mismo tiempo, considera personas a ciertos animales que han demostrado esa capacidad. Por otro lado, en la medida en que el derecho fundamental es el derecho a librarse del dolor, se consideran rechazables los cuidados paliativos, ya que incrementan el coste económico alargando una vida con muy pocas posibilidades de placer y en su lugar se considera recomendable la eutanasia en sentido riguroso, como la eliminación activa y directa de la vida de aquellos que o pueden ser curados.

En general, el utilitarismo parte de una identidad moral entre algunos animales y las personas que se manifiesta, según ellos, en la autoconciencia, la capacidad de comunicación o lenguaje y la memoria. Ello implica negar la discontinuidad entre la especie humana y la animal y negar la condición de persona a ciertos seres humanos que



no poseen esas capacidades en acto (enfermos en coma, embriones, discapacitados psíquicos profundos, paralíticos cerebrales, etc.) y, al mismo tiempo, incluir en el concepto de persona a ciertas especies animales que sí las poseen. El Proyecto Gran Simio es un buen ejemplo de esta mentalidad.

**Pero el utilitarismo también se desenvuelve en otra dirección más “purista”.** Los autores anglosajones de la corriente utilitarista contemporánea, como es el caso de T.M. Scanlon, mantienen que los derechos humanos (o derechos morales, según su terminología) pueden ser derogados o suspendidos si de su respeto puede derivarse un daño para quien debe cumplir con el deber o para la sociedad. Es decir, puede resultar más útil el no respetar un derecho o suspenderlo temporalmente que el respeto absoluto hacia los mismos. Desde este punto de vista, M. Farrel escribe que el feto no tiene exactamente el derecho a la vida, sino un derecho a no ser muerto, pero éste queda subordinado a consideraciones de utilidad. De este modo, el derecho a la vida pasa de ser un derecho absoluto a convertirse en un derecho relativo.

Frente a estas consideraciones, R. Spaeman, al tratar la dignidad, pone de relieve que no cabe esta diferenciación entre unos seres humanos y otros: “la inviolabilidad de la persona depende de que a ningún hombre le corresponda juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad. Los derechos humanos dependen del hecho de que nadie tiene la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder. Esto significa que se fundamentan en el carácter de persona de todo ser humano y que deben reconocerse a todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural”. Si quisiéramos limitar la consideración de persona a aquellos seres humanos que no tienen desarrollada su racionalidad, porque la han perdido o no la han llegado a alcanzar, o aquellos que son demasiado gravosos para la sociedad, o aquellos que son un estorbo, etc., tendríamos que hacerlo mediante convenciones y a partir de este momento los que más fuerza tengan impondrán el criterio de quién debe poseer derechos y quién no.

## Lección X. La hermenéutica jurídica

### Teorías materiales de la justicia (II).

#### Capítulo 1º Normas y contextos.

La lección anterior ha mostrado la relevancia de la noción de persona en el establecimiento de la justicia. Sin embargo, la posición de la persona es tan necesaria como insuficiente. En efecto, la existencia de la persona como ser digno marca las exigencias últimas de la justicia, pero no proporciona todos los datos precisos para la regulación razonable de los asuntos humanos. Para conocer la solución de los problemas concretos tanto legisladores como juristas han de acudir a otras instancias, en las que la persona desenvuelve su cotidianidad. Quizá una de las aportaciones teóricas actuales más interesantes para aclarar el origen de esa normatividad concreta venga de la mano de una corriente teórica denominada Hermenéutica jurídica.

La palabra Hermenéutica ha designado desde hace siglos una disciplina encargada de ofrecer una metodología interpretativa de textos bíblicos, religiosos, jurídicos, literarios, etc. Era, en resumen, una técnica. Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, el vocablo Hermenéutica ha pasado a nombrar una corriente filosófica independiente. Su iniciador fue el alemán Hans-Georg Gadamer (1900-2002), que parte de las enseñanzas de su maestro Martin Heidegger (1889-1976) para ofrecer una nueva ontología de carácter interpretativo.



Gadamer explica que la vida humana no es un mero objeto, una cosa de perfiles precisos y terminados susceptible de captación por medios puramente empíricos tal y como propugnan las ciencias naturales diseñadas al modo moderno. La vida es más bien una realidad que surge de la propia autointerpretación que lleva a cabo cada ser humano, y esa interpretación no es factible como si el individuo fuera una esfera de libertad flotando en el vacío, sino mediante la inserción en contextos y tradiciones determinadas. Gadamer no pretende que esa tradición determine rígidamente nuestro acontecer como humanos, al contrario, afirma que todo el conjunto de criterios que forma una tradición se actualiza constantemente ante las nuevas incitaciones que la cotidianidad lanza. La vida consiste en esa interpretación y transformación de la tradición. Es un diálogo inagotable entre el horizonte vital al que pertenece el intérprete y la situación nueva que reclama respuesta. Lo que somos, según Gadamer, es esa reinterpretación inacabable ante las circunstancias concretas de la vida. Este filósofo cita a Aristóteles y a los juristas como ejemplos de conocimiento hermenéutico. Indica que el derecho sólo puede conocerse realmente cuando la ley general es interpretada ante las circunstancias concretas de un caso, que no pueden ser recogidas completamente en un mandato legislativo. Gadamer otorga especial relevancia a lo que denomina “horizonte interpretativo”. Inevitablemente nos movemos dentro de una situación que nos proporciona los criterios desde los que movemos.

No es extraño que algunos juristas se interesaran por esta filosofía. No obstante, sería un error considerar que la actual Hermenéutica jurídica es la mera traslación de una especulación filosófica a la explicación del concepto de derecho. La relación es más compleja. La Hermenéutica jurídica entronca con las tendencias que a fines del siglo XIX mostraron las insuficiencias del denominado Positivismo legalista. Recordemos que estas tendencias ya habían planteado la imposibilidad de predeterminar completamente la decisión desde la norma y esa mentalidad siguió, acrecentada, en el siglo XX. Los representantes iniciales de la Hermenéutica jurídica, Josef Esser y Arthur Kaufmann, iniciaron el desarrollo de sus teorías antes de que Gadamer publicara su obra principal. Ocurrió que cuando esos juristas conocieron las teorías gadamerianas encontraron una afinidad y decidieron emplearlas para fundamentar de manera intelectualmente prestigiosa sus intuiciones como profesionales del derecho. A partir de ese momento, los juristas que conforman la Hermenéutica jurídica han desarrollado una teoría jurídica alternativa al Positivismo de normas, aunque sin volver al iusnaturalismo moderno. Es una teoría que intenta fundar la juridicidad en principios y criterios dotados de contenidos concretos; no es meramente procedimental.

Los representantes de la Hermenéutica vuelven a prestar atención a la distinción entre ley y derecho, defendida por romanistas y aristotélicos, pero olvidada por iusnaturalistas modernos y positivistas. En efecto, los hermeneutas distinguen entre el plano general de la realidad jurídica –la norma, sobre todo legal- y el plano concreto –el derecho.

A diferencia de otras corrientes críticas con el Positivismo legalista, como el Realismo (en sus versiones escandinava y norteamericana) la Hermenéutica no niega el papel de las normas generales y en especial de las leyes en el proceso de conocimiento del derecho. Al contrario, alerta de que el desprecio de las reglas conduce a la arbitrariedad y, por tanto, a la desaparición de la noción misma de derecho. Estos autores entienden que la existencia del derecho implica la posibilidad de resolver de manera razonable y relativamente previsible ciertos problemas que surgen de las interacciones humanas; si no existen criterios previos para esas soluciones y todo queda al albur del sujeto decisor, el derecho se desvanece para dejar paso al poder en bruto. Pero el reconocimiento de la necesidad de reglas no significa que éstas puedan regularlo todo.

La regla proporciona más bien una serie de directrices, fines, proyectos, planes regulatorios que deben ser puestos en práctica por los aplicadores de la norma. Este concepto de norma que podemos considerar teleológico (aunque ellos no lo llaman así) es una toma de postura de los hermeneutas frente a la concepción imperativista. La norma jurídica no es una mera manifestación de voluntad del soberano cognoscible como un objeto empírico y presto a la aplicación mecánica. Al pensar así marcan distancias claras con los positivistas. Pero es preciso subrayar que la Hermenéutica defiende el papel de las normas generales, que deben ser elaboradas por el poder político: el establecimiento de los fines sociales es competencia del legislador, no del juez.

De manera parecida a lo que afirmaban los romanistas, estos juristas sostienen que la norma jurídica tiene un contenido más amplio que el expresado en su textualidad literal. Josef Esser explica al respecto que toda norma posee una superestructura y una infraestructura. La primera es su inserción en el orden jurídico general; la segunda el conjunto de conceptos, principios, construcciones dogmáticas, etc. que están detrás de las palabras empleadas. Cuando entra en vigor una ley reguladora de un tipo específico de contrato, por ejemplo, el contenido de esa ley depende en buena medida de la tradición de derecho contractual de esa sociedad, de los estudios de los juristas y profesores universitarios sobre la materia, de la jurisprudencia, etc. De nuevo esta característica los distingue de manera muy clara de todos los positivistas. Si hay derecho fuera de la voluntad del legislador, está claro que el derecho no puede reducirse a la fuerza organizada del Estado. El Positivismo es incapaz de captar la realidad del derecho.

Para la Hermenéutica jurídica la norma elaborada por el legislador es un proyecto de regulación vinculante para todos, pero que sólo puede ser comprendido cabalmente a la luz de las circunstancias de un caso concreto. Y de esta forma llegamos al otro polo de la realidad jurídica: el caso.

Señalaba antes que estos juristas rechazaban los Realismos por disolver el derecho en el puro decisionismo. Pensar que el derecho es un mero agregado de decisiones inconexas sobre casos particulares ignora el carácter ordenador del derecho, que requiere normas. El caso en sí mismo considerado no porta su regulación. La solución a un problema jurídico sólo aparece cuando contemplamos el caso desde el punto de vista de una norma previa. Claro que la norma tampoco puede entenderse sin la conexión con el caso. Se trata de una interacción entre los dos planos, el llamado “círculo hermenéutico” que aparece en todo proceso de comprensión.

La unión de norma y caso presupone que este es algo más que una masa amorfa receptora de la impresión normativa que “cae” sobre ella (tal y como pensaban los positivistas del siglo XIX). Lo cierto es que el caso ofrece ya un cierto indicio de sentido jurídico. Sería imposible aplicar una norma a un problema si no existiera algún tipo de elemento común; ese elemento es la finalidad. Como hemos visto, la norma es un proyecto de regulación u ordenación establecida con el objetivo de conseguir una determinada finalidad social. El caso tiene relevancia jurídica porque en él está en juego también una cierta necesidad, interés, utilidad social que tienen relación con la intención normativa contenida en la ley; por eso puede recibir la regulación contenida en la norma, que también se refiere a ese tipo de necesidades y demandas sociales aunque en un nivel más genérico.

A partir de estas reflexiones podemos concluir que para la Hermenéutica jurídica el derecho sólo surge mediante la interacción de norma y caso. Pensar que reside sólo en el plano general o sólo en el problema específico lleva a planteamientos unilaterales, en los que incurren tanto el Positivismo legalista y el Realismo jurídico. Los hermeneutas afirman que el derecho en sentido estricto sólo podemos conocerlo mediante la comprensión de la norma en el contexto de un problema concreto; pero esa comprensión necesita tanto de la norma general como de las demandas de regulación que emanan del problema.

A causa de esa interrelación de planos, los representantes actuales de la Hermenéutica jurídica definen el derecho como una “práctica social interpretativa”. Esta expresión resume la idea de una interpretación que se retroalimenta indefinidamente. En efecto, el derecho no es sólo un conjunto de normas, sino el modo en que esas normas se interpretan, aplican y en cierto grado (subrayo: sólo en cierto grado) se reelaboran constantemente a medida que aparecen nuevas manifestaciones de los problemas jurídicos típicos, con circunstancias y aspectos imprevistos hasta entonces. El conjunto complejo formado por las normas, principios, interpretaciones, soluciones, etc., forma el orden jurídico, que dista mucho de ser una estructura sistemática cerrada emanada desde una voluntad estatal entendida como único punto de emanación de la juridicidad.

Aparentemente las explicaciones de la Hermenéutica sobre la concreción del derecho no resultan tan novedosas. En efecto, Hans Kelsen, aunque positivista, reconocía la imposibilidad de una aplicación completamente mecánica de las normas; la sentencia judicial era una norma individual elaborada en el marco de otra norma general previa, pero dotada de un contenido concreto dependiente en mayor o menor grado de la elección judicial entre diversas posibilidades interpretativas; era la decisión judicial la que convertía en jurídico el criterio seleccionado, porque no es factible racionalizar ese proceso. Recordemos que para Kelsen no existe la racionalidad práctica.

En este punto reside otra diferencia entre Positivismo y Hermenéutica jurídica: frente al primero la segunda afirma la capacidad del saber jurídico para ofrecer algún tipo de racionalidad en la determinación del derecho. Esta procede de su concepción sobre el lenguaje y la interpretación.

Para explicar su teoría sobre la determinación del derecho concreto, estos autores recurren a la dimensión lingüística que tiene el derecho. Ya he mencionado la relevancia que tiene el lenguaje en el pensamiento filosófico desde el siglo XX y la Hermenéutica no es ajena a esa tendencia.

Sus representantes parten de un hecho difícilmente rebatible: las normas jurídicas son proposiciones lingüísticas. Y su aplicación es una forma de comprensión textual. Racionalizar ese proceso presupone automáticamente la posibilidad de que la interpretación en general puede llevar a resultados que superen la mera decisión arbitraria del intérprete. Hay que recordar en este momento que la filosofía actual mantiene dos posturas acerca de la interpretación de textos:

1. Los textos son siempre inevitablemente ambiguos. El significado de las palabras depende del intérprete; este es el verdadero autor del texto. Trasladada al derecho esta actitud coincidiría con la realista: el derecho no es más que la decisión del juez, porque el texto legal puede cubrir cualquier interpretación posible. Pero la Hermenéutica rechaza esta manera de entender el problema interpretativo que conduce a la desaparición del derecho como orden normativo, y defiende otra vía:
2. Aunque exista cierta ambigüedad inherente al lenguaje humano, existe la posibilidad de determinar con cierta objetividad un significado preciso. En el ámbito jurídico esa racionalidad permite establecer una serie de criterios y elementos para encontrar el significado de la ley y evitar la arbitrariedad del intérprete.

Los hermeneutas han señalado la presencia de las siguientes garantías de racionalidad: A. El significado de las palabras de la ley puesto por el legislador.

Aunque varias teorías interpretativas afirmen que el significado de un texto (incluyendo el jurídico) depende sólo del intérprete, la hermenéutica se niega a aceptarlo. Las palabras de la ley no son infinitamente elásticas. Es cierto que la literalidad de las palabras de la ley sólo en escasas ocasiones proporciona límites absolutamente precisos, pero esa relativa plurivocidad y ambigüedad típicas del lenguaje ordinario no suponen la inexistencia de límites a la interpretación. En efecto, las palabras siempre imponen algunas fronteras significativas que al intérprete no

le es lícito sobrepasar si quiere seguir siendo verdaderamente intérprete y no creador de un significado nuevo. Este criterio tiene además relevancia política: exige respeto al significado puesto por el legislador, aunque ese establecimiento no solucione todos los problemas. No es sólo una cuestión metodológica, sino política: si el significado de la ley depende sólo el intérprete judicial, no hay separación de poderes.

Dentro del ámbito más o menos amplio de posibles significados legales, el jurista ha de escoger el más razonable. Los métodos o criterios interpretativos tradicionales de la ciencia jurídica proporcionan algún apoyo en esa tarea, aunque no sean determinantes; existe pluralidad de criterios interpretativos y finalmente el aplicador de la norma escogerá el que le parezca más razonable. Entre esos diferentes criterios, la Hermenéutica jurídica presta especial atención a la finalidad de la ley. Como ya he indicado, estos autores ven la norma legal como un proyecto regulativo inspirado por un sentido determinado; investigar esa finalidad y sentido proporcionará apoyos para saber que quiere decir el texto legal. B. El contexto.

El estudio detallado de la importancia de los contextos en la determinación del derecho quizá sea el núcleo de la teoría jurídica hermenéutica. Tengamos en cuenta que la Hermenéutica general ha dedicado muchas páginas a mostrar la imposibilidad de la comprensión en abstracto; el significado de una proposición lingüística sólo surge dentro de un contexto determinado. Esto no supone que el significado dependa completamente del contexto en el que se emplea la proposición (aunque algunos filósofos sí defiendan esa completa dependencia), pero los indicios de sentido contenidos en las palabras de la ley han de ser actualizados siempre en una situación de uso.

Trasladar estas explicaciones a la realidad jurídica implica afirmar que el significado de una norma depende en cierta medida del contexto de su empleo. Por eso, como hemos visto ya, la Hermenéutica distingue entre los planos general y particular del derecho. Sin embargo, el alcance del contexto va más allá de esa referencia al caso. Tiene otras vertientes que ofrecen asideros para evitar la arbitrariedad de la decisión.

Veamos primero las variadas acepciones del término contexto en esta teoría jurídica.

**En primer lugar, el entorno normativo en el que se inserta la norma interpretada.** Cuando interpretamos un artículo de una ley debemos tener en cuenta el resto de preceptos de esa ley; también debemos tomar en consideración el sector del ordenamiento al que pertenece la ley interpretada junto con los conceptos y construcciones dogmáticas propias de esa rama del derecho. **Esta acepción de contexto está relacionada con el denominado criterio interpretativo sistemático.**

En segundo lugar, aparece el “**horizonte interpretativo**” del jurista. Algunos autores han denominado a este tipo de contexto “**precomprensión**”, una palabra procedente de la filosofía hermenéutica pura. **Cuando alguien interpreta un texto lo hace desde un conjunto de principios, valores, ideas que influyen en la comprensión misma.** En el ámbito jurídico esto supone que el significado de la norma siempre brota dentro de un marco de nociones valorativas sobre las instituciones jurídicas. Ese marco puede tener una dimensión amplia (la llamada “comunidad de interpretación” que abarca principios compartidos por la sociedad o por un grupo profesional de juristas o jueces) o ceñida al intérprete individual.

Por tanto el horizonte interpretativo surge de la suma del derecho con el entorno en el que nos encontramos.

El papel del horizonte interpretativo puede ser peligroso cuando conduce a una alteración de la norma avanzando más allá de los posibles significados lingüísticos y de la finalidad de la norma. Si esto ocurre, el derecho se convierte en un instrumento de la ideología dominante o de la ideología del jurista. Para evitar esta consecuencia,

debemos incluir en ese marco previo las necesidades sociales, los valores y principios propios de una determinada tradición jurídica y cultural, las necesidades sociales entendidas en un sentido que vaya más allá del utilitarismo egoísta. El carácter compartido permite superar la simple arbitrariedad particular; la referencia a los criterios comunes facilita también la posibilidad de argumentar razonablemente una decisión determinada.

La Hermenéutica nos recuerda que este tipo de horizontes son inevitables: no podemos acercarnos al fenómeno de la comprensión desde el vacío; y si obviamos toda precomprensión seguramente no lograremos comprender nada. Imaginemos que nos acercamos a *Don Quijote*; aunque no lo hayamos leído antes, sabemos que se trata de una obra fundamental de la Literatura universal, que abre el camino a la novela moderna, conocemos su trama, los personajes, tenemos algunas nociones de las interpretaciones que se han hecho del libro, etc. No es posible olvidar todo ese bagaje en el momento en que leamos esas páginas; y la lectura será parcialmente diferente a la que hicieran los españoles del siglo XVII. Asunto diferente es que el resultado de la interpretación esté completamente determinado por el marco precomprensivo. Podemos superar, dejar apartados o matizar el conjunto de nociones que marcan la precomprensión. También es falso que la interpretación sea producto exclusivo de la decisión del intérprete: la cosa interpretada tiene siempre algo que decir y dirige el curso interpretativo.

En el derecho esta precomprensión hace referencia a los presupuestos y principios que sustentan el ordenamiento jurídico (que a veces son de carácter moral), las necesidades y problemas sociales, las elaboraciones propias de la dogmática jurídica, etc. La presencia de estos elementos no determina el contenido de la ley, pero sí influye en su comprensión. No olvidemos que la ley no es tanto un mandato, como la expresión de una finalidad reguladora que debemos insertar en un ordenamiento general, no sólo compuesto por las decisiones del legislador positivo.

El tercer tipo de contexto interpretativo, que contribuye a limar los posibles riesgos de arbitrariedad, es el problema mismo que reclama solución. En efecto, el contexto problemático permite discernir entre posibilidades interpretativas. El jurista observa la conformación de un problema, los fines y necesidades en juego, y a partir de los principios y pautas del ordenamiento intenta llegar a una respuesta adecuada tanto al proyecto regulador pretendido por el legislador como a las específicas circunstancias del problema. La atención a estas exigencias del problema proporciona cierta objetividad en la medida en que son llamadas de atención lanzadas por la estructura misma de la situación y por las necesidades humanas que ahí están en juego. Logran imponer límites a la potencial subjetividad de la decisión.

En resumen, según la Hermenéutica jurídica las garantías para una solución razonable para un caso provienen de dos vías:

-**La adecuación al derecho positivo** (el fin recogido en la ley, el contexto sistemático).

-**La atención a los contextos formados por la precomprensión y el caso.**

No obstante, es preciso hacer una advertencia. Esta explicación un tanto compleja que ofrecen los hermeneutas no resulta apta en el mismo grado para todas las manifestaciones del derecho. En el derecho público, la aplicación suele ser más mecánica (pensemos en las normas tributarias que regulan los impuestos, en el procedimiento administrativo) y el margen de valoración del juez a partir de las exigencias del caso, la precomprensión, etc. suele ser reducido. Es cierto que en líneas generales también puede decirse que en esas ramas del derecho encontramos asiento para la noción de práctica interpretativa, pero el papel de las reglas legisladas y la capacidad creadora del poder político es mayor que en el derecho privado, más receptivo a las consideraciones hermenéuticas.



La consecuencia de este juego entre los fines contenidos en la ley y los fines y necesidades existentes en el caso nos lleva inexorablemente a cuestionar el lugar donde reside el derecho. Como ya he indicado, para la Hermenéutica, ese lugar no puede ser sólo la legislación. Si así ocurriera, la aplicación de las normas resultaría imposible. Como ha señalado Arthur Kaufmann, para llevar a cabo la adecuación hermenéutica el jurista necesita unir una pretensión normativa general a la exigencia de regulación ínsita en una situación concreta; si se tratara de magnitudes heterogéneas (una norma y un hecho empírico) no habría posibilidad de unión. Para aplicar ha de haber algo que una los dos planos. Dicho de otro modo: la juridicidad debe estar presente en los dos ámbitos, tanto en la norma como en el caso concreto.

Esta correspondencia sustenta el concepto de derecho como práctica social interpretativa al que aludía más arriba. Esta idea presupone la existencia de principios, valores, necesidades, intereses, etc. a partir de los cuales se erige una estructura normativa, que posteriormente es objeto de reinterpretación constante. Conviene recordar que el origen de la práctica no es siempre la voluntad del poder legislativo. Lo cierto es que instituciones jurídicas tan importantes como la compraventa, el arrendamiento o el matrimonio no han nacido de la decisión expresa de un legislador en un momento histórico determinado; más bien se han desarrollado paulatinamente a partir de necesidades sociales (que siempre son también personales) que generan a su vez soluciones; a partir de esas soluciones se crean normas y principios que nuevamente son reformulados y transformados a veces por la vía de la interpretación y otras por mediación de reforma expresa. Toda esa constelación de contenidos que conforma una práctica jurídica encuentra su sentido inicial en la existencia de estos bienes y necesidades humanas que reclaman solución jurídica. Esa relevancia para el derecho otorga a tales bienes el estatus de juridicidad, aunque no haya sido establecida originariamente por el legislador. Cuestión diferente es que en aras de la estabilidad sean acogidas por los legisladores.

La existencia de elementos extralegales con papel importante en la vida jurídica había sido defendida ya por otras teorías jurídicas como los Sociologismos. Sin embargo, la Hermenéutica es diferente al Positivismo sociológico. En primer lugar, los hermeneutas conservan más interés por el aspecto legal y positivo del derecho que los sociologistas. En segundo lugar, lo extralegal no es un material sociológico o psicológico que se adhiera a la ley para completarla o sustituirla, sino un elemento más del derecho que se entrelaza con la regulación legal, irrenunciable en todo caso.

Cabe preguntarse, no obstante, por el estatus de esas exigencias jurídicas extralegales que modulan la interpretación contextualizada de las normas.

## Capítulo 2º Bienes y prácticas sociales.

Ante esta cuestión hay un interrogante que surge inmediatamente: si se trata de aspectos jurídicos que nacen fuera de la ley, ¿estamos ante un derecho natural? La respuesta no es fácil, porque los diferentes integrantes de la Hermenéutica jurídica han dado soluciones igualmente variadas. Un sector de estos autores afirma que la precomprensión y los contextos problemáticos sólo contienen valores y apreciaciones considerados relevantes por una sociedad en un momento determinado; carecen, por tanto, de una entidad ontológica firme que vaya más allá de la contingencia azarosa que cristaliza en una mentalidad social histórica. Forman sólo lo que una comunidad encuentra defendible y aceptable, pero carecen de otro fundamento que no sea la aceptación casual en un momento histórico.



Otro sector de esa corriente (de manera principal Andrés Ollero) advierte que algunas de las exigencias jurídicas radicadas en los contextos problemáticos están enraizadas en bienes y necesidades humanas dotadas de una realidad más honda que el mero acontecer casual. Consisten en indicios de sentido jurídico que un ordenamiento no puede ignorar si quiere tener un mínimo de racionalidad. En efecto, la compraventa, el arrendamiento, la persona jurídica, etc. obedecen a necesidades del tráfico jurídico que presentan una notable capacidad de permanencia a lo largo del tiempo. La falta de acogida de tales demandas de regulación produce irracionalidad dentro del derecho positivo: un ordenamiento que no las tenga en cuenta resulta inútil. En cierto modo esos indicios que brotan desde los contextos pueden ser considerados derecho natural. Desde luego no es un derecho natural inmutable y eterno, sino ceñido a las circunstancias históricas de una comunidad. Sin embargo, esa historicidad no se identifica con la arbitrariedad; los principios del derecho de contratos no gozan de la solidez de una esencia metafísica, pero en nuestra situación vital concreta son verdaderamente necesarios y expresan criterios de justicia objetivos. Desde este punto de vista, esos bienes desentrelazados en la práctica no son completamente convencionales, sino que habrán de estar referidos a alguna instancia o principio sobre el bien que escape a la diversidad contextual.

Aparece así, al hilo de la Hermenéutica jurídica, la tensión permanente propia de la teoría jurídica de los últimos siglos.

Si afirmamos que las prácticas son meramente convencionales y producto del azar (o del determinismo materialista) que dirige las actividades humanas, lo justo dependerá de las convicciones existentes en una sociedad. **Cada organización tendrá sus prácticas diferentes e incommensurables entre sí. Este planteamiento es, en última instancia, similar al propio del Positivismo en sentido amplio: no existen criterios universales de justicia que permitan medir la corrección de las prácticas.**

Si afirmamos, en cambio, que los bienes albergados en las prácticas obedecen a exigencias necesarias de la naturaleza humana, entramos en el campo del iusnaturalismo. En efecto, mantener esta versión hermenéutica implica defender también la existencia de la persona como ser dotado de una entidad ontológica propia en la que residen principios morales independientes de los contextos. Un iusnaturalismo auténtico debe tener un núcleo independiente de las variaciones propias de las prácticas sociales, por lo menos como tendencia o inclinación última. **Cabría, por otra parte, un baremo universalista procedimental, pero, como ya hemos visto, no es sino un iusnaturalismo encubierto.**

## Notas de Clase

### Capítulo 1º Lección 1

En el tema se nos habla de la actividad de los juristas en la edad media, partimos de este periodo, porque, esta asignatura relata la producción de las ideas del derecho que se desarrollan a lo largo del tiempo.

Empezamos en la edad Media debido a que nos centramos en la baja edad media (XI-XV) dado que en el siglo XI se redescubre el Corpus iuri civilis de Justiniano, por irnerio, por tanto haremos ahora un centrado en la Alta edad Media (XI-XIII).

En esta edad media comienza a gestarse o desarrollarse lo que en el siglo XX será base de la tónica jurídica, este algo que comienza a producirse, Glosas y Comentarios que surge a partir del Derecho Común; siendo la actividad fundamental de los Juristas de este periodo la de estudiar para interpretar el Derecho y poder aplicarlo a los problemas concretos y solucionarlo.

Por tanto lo que los juristas medievales tenían muy claro, que el estudio a través de glosas<sup>33</sup> y comentarios, así como el estudio del derecho común y de justiniano, formaban como razón fundamental que ese estudio sirviera para poder solucionar los problemas concreto, siendo un estudio practico y flexible, generando que a través de las glosas y comentarios, es decir, a teves de la interpretación y las soluciones a los problemas, se acababa creando un derecho nuevo, llegando posteriormente a formarse la metáfora “El derecho es un organismo vivo”, volviendo a la concepción de los juristas, hay un concepto jurídico de real importancia, siendo este concepto el “IUS”.

Podríamos decir que el “IUS” es una forma de entender el derecho de manera razonal, siendo un concepto que es plural, siendo por ello un concepto complejo, esto significa que por “IUS” los juristas medievales no identifican 1 sola realidad, sino que ven 3 realidades:

1. Como Equidad Ruda
2. Como ARS
3. Como Facultad

El concepto equidad ruda nos muestra, se asocia en nuestro temario con el concepto de Justicia diciendo “Equidad ruda o Justicia” , esto dice que la equidad ruda es un concepto para adquirir o lograr la justicia, siendo esta materialización de la Justicia. Entendemos por tanto que esta equidad ruda busca solucionar los problemas a través de las causas que surgen de las situaciones vitales (“accidentes, homicidios, etc.”) que necesitan solución por parte de los instrumentos jurídicos necesarios para ello.

Luego entendemos el Derecho (“IUS”) como “ARS”, entendiéndolo por tanto como arte, en materia de que se consideraría hoy, mas bien como una disciplina, y por tanto, hay que entender que para trabajar con el derecho hay que someterse a una disciplina, por tanto, se entiende por esto que el derecho es un hecho que hay que trabajar. Por tanto, se podría decir que esta disciplina se organiza de forma racional, de forma iusprudencial, con lo que a través de las ideas y soluciones pasadas se estudia el derecho.

---

<sup>33</sup> Facilitaban a los juristas, a él orden para estudiar sistemáticamente el estudio del derecho, siendo una labor de ordenación y sistematización, muy rústicos con respecto a lo posterior.

*Definición sobre el arte de la fábula del Dr. De Mora; "El arte es llegar en un instante a la raíz del ser", en parte el derecho es esto, es decir, llegar a la raíz del problema, en cierto sentido el jurista debe realizar tal actividad, por tanto, esto es algo que se desarrollará y que deberá ser defendido por el jurista ante todos.*

Como facultad, debemos decir que a partir del siglo XIV cambian las ideas, desapareciendo u debilitándose la idea de "IUS", evolucionando por múltiples factores, emergiendo por ello una nueva concepción del derecho que tiene que ver con la idea de Facultad, esta nueva mentalidad que relaciona el "IUS" con la idea de Facultad, es lo que gobernará este siglo.

Para los juristas medievales la ley debe recoger las exigencias de la justicia o de la equidad ruda, esto se da en una situación en la que se da un pluralismo jurídico, esto significa que existen varias fuentes de derecho, por tanto la mentalidad jurídica medieval entiende que el derecho está para solucionar problemas jurídicos concretos, por tanto acudimos a una instancia de que haya multitud de instancias jurídicas, sin embargo estos juristas consideraban que la ley de por sí no podía hacerse cargo del problema concreto, por lo que aun necesaria es insuficiente.

Para los juristas medievales, el Gobernante estaba sobre la ley pero bajo el derecho, esto quería decir que este debe cumplir siempre con los mínimos que permiten la convivencia, estando este derecho obligado a componerse de algo, siendo este algo la idea del Derecho Natural, siendo este, al igual que el "IUS" una idea compleja, que el "IUS Natural" es una realidad compleja de la que hablan los textos jurídicos, por tanto decimos que el derecho natural está compuesto por 3 cosas:

1. Aceptaban de forma general, una percepción, de que existen unos principios de conducta Básicos y Fundamentales.
2. De Ulpiano en el Digesto (1.1.1), es lo que la naturaleza enseña a todos los animales.
3. La libertad originaria del estado de naturaleza, (no le prestan gran atención en el medievo no hasta el desarrollo de IUS como facultad),

Provieniendo de la 3 encontramos la que en los apuntes nombramos como 4ª característica, esta es el derecho de gentes, aquí están las matizaciones y limitaciones posteriores a los conceptos del derecho natural, para solucionar la discordancia entre el Derecho de gentes y el Derecho natural, Accursio, lo soluciona a través de la argumentación jurídica, gestando una forma de "Lo natural no viene dado solo por la naturaleza, sino que también le es dada al hombre por su ejercicio de la racionalidad humana" considerando que el derecho de gentes es tanto derecho de gente como derecho natural, presentando una pluralidad de facetas, siendo este derecho natural, no es una regla sino que es un procedimiento por el cual no es función de este el ser un baremo estricto para el ordenamiento jurídico, esto se debe a la flexibilidad de la concepción jurídica de los juristas medievales, así como que en los conflictos humanos se da una serie de realidades diversas.

*Hay que incorporar la idea de que el derecho natural aun hoy y durante gran momento posterior se volverá a analizar a lo largo del tiempo, el derecho natural acabará explosionando, luego tenemos el derecho de gentes el cual nombra tanto Accursio como Tomas. Diríamos que el derecho de gentes es derogatorio del derecho natural, dando controversia hasta que Accursio plantea solución de derecho de gente como sección del Derecho Natural. En este momento se dará un pluralismo jurídico, mientras que posteriormente se dará un positivismo, que creará un monismo jurídico.*

## Capítulo 2º Lección 2

En este momento los filósofos eran ser más jurista, por tanto, en este momento el derecho permeaba la cultura, dándose que ser culto significaba tener nociones de derecho.

La idea de virtud de San Tomas de Aquino tiene como fundamento, y como base 3 cuestiones, descansa sobre estas:

Diversidad de **fin**es (pluralidad de fines), diversas **posibilidades** y diversas **facetas** {La virtud tiene distintas facetas dependiendo de la situación. ¿Como se mide la excelencia? *“La excelencia se mide en función de los fines”* Según tomas de Aquino una persona se comporta de forma virtuosa cuando su conducta es excelente. Por tanto, la excelencia es completar el fin, por tanto, dependiendo del fin, por tanto, la conducta excelente de una persona consiste en el hecho de que, en el caso concreto, la persona haga el mejor resultado posible dentro del fin y las posibilidades de la persona, es decir la virtud es el mejor resultado posible.

Por tanto, para Tomas “las virtudes varían en función las necesidades vitales, es decir, por el carácter circunstanciado de la vida humana”, por tanto, esto quiere decir que modula la virtud de la justicia.

Las distintas situaciones vitales que estan tocadas o permeadas por el derecho, demandarán en función de esas circunstancias que serán distintas y o similares en las que habrá de dar una solución, por tanto, por lo variados que son los asuntos del derecho, se dice que las circunstancias modulan las consecuencias.

Por tanto, vemos como el fin de la norma se atenúa o agrava según las circunstancias. Entonces los fines nos salvan de la arbitrariedad,

La idea de que Lajusticia se basa en realidades o ideas externas, por tanto, en la jurídica se afecta la realidad de la cosa, en muchas realidades jurídicas, lo importante suele ser la cosa, es decir el carácter real de la cosa, por tanto, lo importante es que tomas de Aquino, se centró en el carácter real, que se da en la relación jurídica, con alteridad, esto quiere decir que la norma jurídica puede alterar la realidad.

Luego se da la idea del derecho como algo que se debe, esto es algo que podemos ver en la frase típica “le debo una”. Obligación, se descompone en 4 realidades en el derecho romano: «Te doy para que me des», «Te doy para que me hagas», «Hago para que hagas», «Me das para que te dé». Con la coloquial frase “Te debo una” lo que estamos diciendo es que la relación de justicia no estará completa hasta que ya no realiza el “IUS”, la relación de justicia no estará completa, por tanto, el concepto al que queremos llegar es, que 1º hay una relación jurídica de justicia, 2º que hay una relación de bilateralidad, dado que sin que se sea reciproco la relación no esté completa, “esta relación de justicia no estará completa hasta que no se cumpla la relación.

Es decir que la Justicia se constituye por relaciones de conveniencia, por tanto, en ciertas cosas se imponen plazos y formulas por conveniencia, en el sentido de conveniencia que las circunstancias se han tomado por útil o necesario que el derecho sea más o menos rápido y o lento, por tanto, a lo largo del tiempo han acabado quedando marcadas.

Una sentencia es siempre concreta, por tanto, el derecho entiende que puede haber una solución para que haya respuestas más justas, una sentencia es una ley singular, es decir, el IUS para el caso concreto.

La idea del ius puede ser 3 cosas: “La solución concreta y la regla empleada”; “Es lo Justo o el Derecho, es decir ‘tiene derecho a...’ siempre en el ámbito o sentido concreto”; “Es el precepto que sirve para determinar el derecho”. De tomas podemos extraer esta triple dimensión del ius.

No existió en los juristas romanos ni en los medievales la necesidad de estructurar una concepción del derecho como facultas.

**IUS** → solución del caso → lo justo → el proceso → idea → como norma → como precepto que sirve para entender el derecho.

Leyes según tomas:

- La ley eterna, tiene una dimensión divina es decir sobre natural, se refiere a como dios domina la realidad como ser supremo, serían las leyes naturales, gravedad, etc. Así como el precepto natural que organiza la realidad exterior a nosotros, la cual no podemos gobernar. La clave es que estamos hablando de una realidad normativa, dominada por un precepto racional, como orden que gobierna al mundo, siendo un precepto que nos trasciende dado que no podemos dominarlo.
- La ley natural, es una realidad normativa, es decir, en una aproximación podríamos decir que está compuesta por normas de algún tipo, siendo una realidad jurídica de cierta complejidad, que través de este conjunto de normas, según Tomas nosotros conocemos ciertas tendencias.

El derecho es **Razón Practica**, es decir es la que a través de los conceptos actúa sobre los problemas jurídicos. La **razón teórica** es la que actúa sobre la teoría y las ideas.

Para tomas las cosas pueden ser justas de 2 formas, por:

- **derivación de la naturaleza de la cosa**; es desde la esencia de la cosa, siendo entendido por naturaleza, aquella que define a la cosa o al ser, y lo hace ser lo que es, luego por derivación lo justo puede entenderse de 2 formas:
  - Por la observación, por tanto, el derecho puede surgir por la derivación o comprensión de lo que una cosa es.
  - [Entra en examen]
    - Montesquieu
      - Señala el hecho de que, solo partiendo de la observación de una realidad social determinada, se la puede analizar y estudiar, hasta conocerla lo suficiente como para dirigirla y organizarla.
    - Savigny
      - La naturaleza de la cosa es el conjunto de condiciones prácticas que envuelve el destino del hombre, también, por ende, su destino jurídico.
    - Ihering
      - Conjunto de elementos extrapositivo (fuera de la legislación) que constituye la base del derecho.
    - Puy
      - Significa que observando atentamente las cosas o sea todos los elementos de las relaciones en estudio, podemos hallar la ley de su movimiento, este es el proceso de mejoramiento del ser

- Radbruch
  - Significa analizar la estructura concreta, de una concreta relación social para descubrir, los valores que se esconden tras las manifestaciones, de los intereses de los individuos, que participan en ello. Para extraer de ahí los principios que puedan definir esa relación social (o jurídica).
- Villey
  - Puede entenderse como naturaleza humana, y todo aquello relacionado con la actividad social del hombre.
- El derecho surgido por derivación de la naturaleza de la cosa.
  - La naturaleza de la cosa quiere decir que, podemos decir que la idea de que surge de las naturales de la cosa quiere decir que el derecho entendido como norma o entendido como quehacer del jurista, debe aprender y observar la estructura de la realidad social y de la actividad social del hombre, así como, a las condiciones prácticas y elementos extrapositivo, que ofrecen datos de valor, tendentes al mejoramiento del ser del hombre, o sea de su naturaleza humana.
  - **El derecho surgido de la naturaleza de la cosa** es entendido como la observación de las cualidades primarias, que determinan el destino de la cosa o del hombre en sus relaciones sociales del plano extrapositivo, la cual no es más que la naturaleza de la actividad social del hombre, así como de su estructura y principios de los cuales obtenemos el proceso de mejoramiento de esta.

[No estudiar elaborado por mi ↑]

- **por convención;**

---

## Capítulo 3º Lección 3

Podemos decir que la escolástica es una denominación general, por tanto, lo que ocurre es que las doctrinas jurídicas, modernas, se encontraran en Duns escoto y Guillermo de Occhlan.

El concepto de norma jurídica como imperativo, con lo que nos encontramos una época de cambio, de la que pasamos de la idea de un finalismo normativo, que comienza a perecer, para surgir el ambiente general de pensamiento jurídico, de la idea del voluntarismo, de lo que se habla es del intelectualismo sobre al voluntarismo.

Las bases antropológicas son distintas, dado qe pasan por una valoración diferente por parte de los autores, en materia a la capacidad de la inteligencia humana:

- Voluntarismo, valora la concepción de la inteligencia, OBEDIENCIA
- Intelectualismo, concepto de la inteligencia tomista

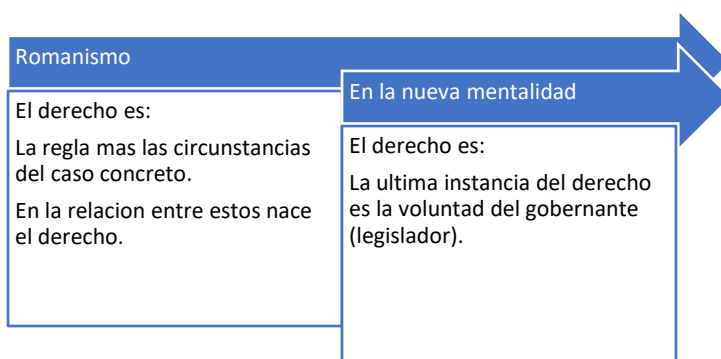
Esto genera un recelo ante el derecho, esto se materializaba, en que esa idea del tomismo, de que la observación de la cotidianidad humana es fuente del derecho. Esto desaparece, dado que para los ESCOTISTAS, hay un recelo hacia el mundo, mirando el mundo con recelo y temor, por tanto esta postura voluntarista, genera que todos los asuntos en los que no hay voluntad de dios, esto se da ademas en un momento en el que se da un conflicto entre el papado y el imperio, dado que los franciscanos entienden que lo mundano, no es o no puede ser tomado como



observación para obtener preceptos morales, por tanto, no son fuente de estos. De aquí aun con el desconocimiento de estos, genera los gérmenes del individualismo.

Esto genera ciertas consecuencias para el derecho (que Escoto no quería ni tenía en mente). El problema de la postura voluntarista de que todo proviene de la voluntad de dios, deja un claro vacío en los asuntos sin conexión a dios, al dejar este vacío, se le otorga, a la voluntad del gobernante.

Por tanto, vemos la siguiente evolución:



De esto el despliegue de la noción de derecho como facultad. Esta noción nace del IUS COMUNE, es decir, de los textos romanos, para algunos autores la idea del derecho como facultad es secundaria, dado que el recomienzo del derecho romano esta idea pasa desapercibida, dado que ni los juristas romanos ni los medievales se centraron en esta. Pero ahora comienza a coger fuerza, siendo usada para contradecir las ideas tomistas, de ahí que el

IUS sea entendido a partir de ahora como facultad o como poder de actuar, con lo que al llegar a Ockham, llegando a la idea del dominium en la que encontramos dos ramas:

- Dominio Originario, es un dominio prejuridico, generando que nada le afecte, este no es derecho natural, solo es un precepto prejuridico, el cual se sustrae del derecho, con lo que se queda fuera.
- Dominio Civil.

Ademas pone el dominium, como algo superior u más antiguo que el derecho natural, en este momento se produce un cambio radical, dado que el IUS, se convierte en órdenes del gobernante o bien en facultad de actuar. Luego la ley produce un mandato, siendo esta cierta causa de derecho, siendo así un mandato, considerando por ende al derecho como una facultad. Esto supone un cambio con el que llegamos a la escuela de salamanca, donde esto es descompuesto en partes: Mandato, Ley, Poder político. Ademas al acudir a los textos tomistas y romanos, considerando al IUS, como una facultad sobre la cosa de alguien, integrando Suarez la noción de facultad en el IUS, considerando ademas el derecho, como norma o como ley. Para Suarez la ley se convierte en el derecho pasando a ser este último el vehículo de la ley, considerando que lo que antes considerábamos como cierta causa del derecho, pase a ser el derecho en su totalidad.

Lo más útil sería la causa intrínseca de la ley y la causa extrínseca de la ley, esta última es para Suarez la Justicia, y la intrínseca es la voluntad política del legislador. Esto tiene una reflexión y consecuencia importante, dado que debemos considerar que si la justicia es causa de la voluntad del legislador, luego, por tanto, lo que Suarez quiere decir que lo constitutivo del derecho es la voluntad del derecho, dándose de forma externa el comportamiento aparente pero no constitutivo del derecho que sería la Justicia. Con lo que decimos que Suarez entiende que *la justicia es un añadido complementario al derecho, siendo algo que no es esencial de la constitución de la ley,*

siendo este elemento esencial el que es la voluntad del legislador. Con esto se considera que, si puede haber ley injusta, rompiendo con lo que decían los romanistas.

De los textos romanos además se puede obtener las ideas de **la libertad como derecho natural que radica en la naturaleza humana**, siendo esta **la tesis moderna de la libertad**, entendemos como naturaleza humana al concepto metafísico, que la entiende como la esencia física que puede tender a la perfección, o a la degradación, pero dado que en el pensamiento, tomista-aristotélico, naturalmente se tiende a la perfección, lo obviemos. Lo que obtenemos es que, frente a la ponderación tomista, emerge una idea deductivista, es decir una idea del derecho como elemento deductivo. Limitando además el derecho natural a ciertas instituciones, consiguiendo un Deductivismo jurídico Puro.

Con esto llegamos a un agotamiento del IUS commune, que da paso a la llegada de una nueva mirada jurídica, que busca nuevos fundamentos, que se basan en las ideas de razón y de libertad. Llegando a la idea de que se da la eclosión del humanismo jurídico.

En los humanistas se da que el fundamento del derecho deja de ser el derecho natural para pasar a ser la razón natural, de aquí ciertos autores dan una tensión entre lo más nuevo y lo viejo en las ideas dando que Vázquez una las ideas de razón natural y las de libertad natural, así como emplea el derecho natural, para explicar el origen del derecho, utilizando para ello la idea de la libertad natural. En este momento que vemos, cambian 2 cosas: la situación del derecho natural como explicación de fundamento del derecho, y utilizar las ideas de pacto y de utilidad individual para entender el derecho en clave individualista; generando que a partir de este momento surjan las ficciones, siendo estas modelos teóricos para explicar la realidad, siendo las más importantes: la teoría del origen contractual del poder político; dándose por tanto la idea de pacto, basándose en la idea de la libertad individual.

Buscando por tanto para el derecho otros fundamentos, generando que el derecho romano que es reelaborado por glosadores, etc. queda teóricamente muy herido, aun así este seguirá siendo derecho vigente hasta pasados el momento en el que las ideas jusnaturalistas consiguen plasmarse en el movimiento codificado, se da en 1804 en el código de Napoleón.

## Capítulo 4º Lección 4

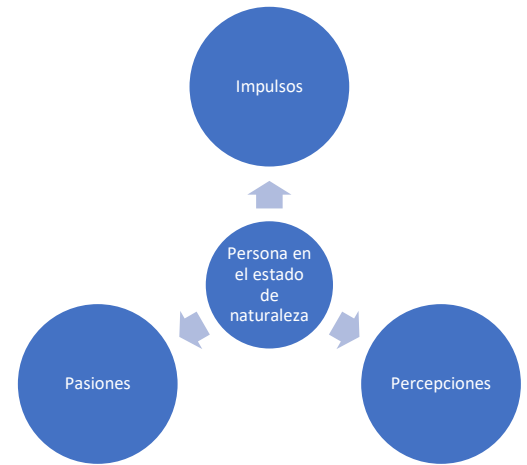
Nos encontramos en el momento del auge de un pensamiento que cambia las dimensiones de este, este proceso podríamos llamarlo u denominar, como -Fabula DM-.

Dándose que estos cambios se dirigen hacia la concepción del derecho, que discierne plenamente de la concepción anterior, es decir, aunque ciertos autores preservan conceptos, lo importante, cambia.

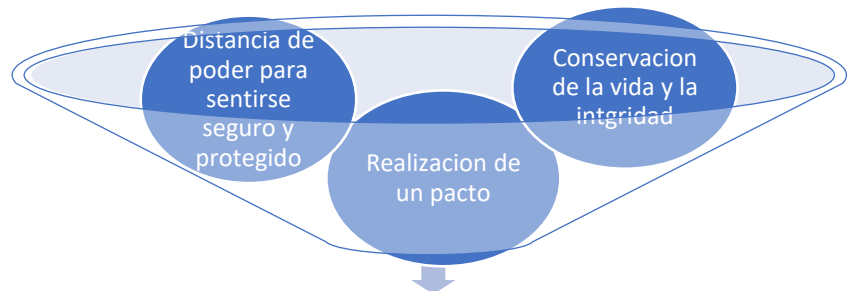
Este cambio se da debido a la idea o concepción del derecho como facultad personal, esto es una ruptura con las primeras ideas de IUS, que hemos estudiado, cambiando así, por ello de forma que junto a ello se da la apertura de la pretensión de construir un nuevo ius commune, esto comienza de la mano de Hugo Grocio, este pone tres conceptos, que en cierta manera se Derecho, facultad y ley. Este se orienta más en la idea de facultad como entidad moral que se proyecta en las personas en las bienes, y en las cosas debidas. Entendiendo con ello que hay 2 vías principales que comienzan a abrir camino, 1- Derecho natural como algo eterno, siendo así rupturista con lo anterior, pretendiendo crear algo muy pétreo y que no tiene en cuenta los elementos de la cotidianidad, dejando esta de ser fuente del derecho; 2-Se da la idea de pacto, esta será el individualismo pactista, que será la idea principal.

Hobbes, produce aun hoy ciertos recelos, dado que su idea abordaba concepciones totalitarias, como la hubo con escoto este tiene una antropología distinta que rompe con lo anterior, este emprende dirigiendo su pensamiento hacia la construcción del derecho de forma distinta a través de ficciones y conceptos:

1. FASE ANALÍTICA <sup>34</sup>, este sentido analítico seria entendible como la descomposición de un todo para entenderlo por partes, en esta parte Hobbes procede a realizar un examen detallado de todo. Principalmente se centra en el hombre obtendrá, la base de su sistema, ademas de un estudio sobre política que genera 2 conceptos: la idea de sistema y de medio. Esto lo realiza mediante un método analítico. Dando a 3 conceptos básicos que se dan en Hobbes al entender al individuo, estas son: (derecha); con estas Hobbes caracteriza el estado de naturaleza para construir su teoría, diciendo que esl estado de naturaleza es un estado de inquietud y ajurídico, donde no hay ni ley ni norma, siendo por tanto el derecho natural, es el poder que se encuentra a la mano de los humanos para satisfacer sus necesidades.



2. Aparece por tanto la FASE SINTETICA, lo hacemos a través de lo conocido por Hobbes como la ley de la naturaleza, buscando un interés finalista, para salir del estado de naturaleza, obteniendo algun elemento estable, por tanto la ley de la naturaleza es un consejo u instrumento para lograr la paz, teniendo por ende un carácter instrumental estas son lo mínimo a lo que aspira la persona: (derecha);



El pacto es frente al estado de naturaleza es un estado juridic, por tanto este está viculado al poder

este estado es un estado sin ley, siendo con lo visto en el esquema que lo jurídico será lo que dicte el poder, obtenido esto según la razón estratégica, esta razón nos lleva con los racionamientos de Hobbes, salimos del estado de naturaleza, por tanto el poder crea derecho, y lo impone. Por tanto estamos ante un imperativismo voluntarista, por el cual el poder impera y la voluntad de este crea el derecho. Tenemos por ello las leyes de la naturaleza, que justifican el poder y por tanto el estado, siendo compuesto el estado por este, considerando decir que estas no son leyes sino recursos, que permiten cerrar la teoría. Dándose que ambos sean instrumentos para justificar el estado.

Pasando de aquí a Jon LOCKE, este hay que decir que su filosofía ca en la postura o concepción empirista, este tambien sigue el mismo esquema sobre el estado de naturaleza, considerando que el estado de naturaleza es una situacion jurídica, pero precario, es decir es jurídico pero presidido por la precariedad, estando, por tanto bajo

<sup>34</sup> Para Kant la analítica es aquella ciencia on modo de pensar que intenta resolver todas las operaciones del entendimiento y la razon.

la idea de que el derecho es un poder del individuo materializándose este en el llamado y entendido como, una serie de derechos individuales fundamentales que son: la libertad y la propiedad.

Con lo que se da que en este estado los derechos son estos, naciendo de aquí la cuestión debatida de la propiedad como derecho natural, naciendo aquí y desarrollándose en el marco protestante, y ajena a la concepción romanista y de san tomas de Aquino. Dándose que se genere una confusión.

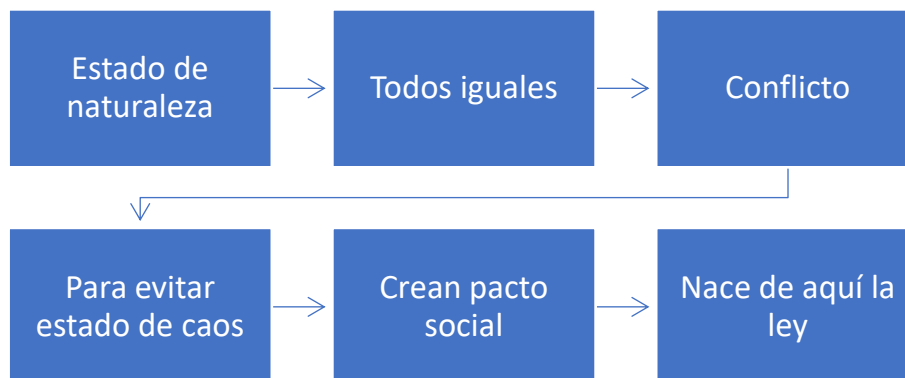
## 1. AP puerto falta demora

Para tomas de Aquino, la solución justa, la justicia de la situación depende de las características de esta, por tanto para los juristas del IUS COMUNE depende de factores externos,

Para la escuela natural moderna, la idea principal es el individualismo, idea según la cual se desvincula de la idea romanista, si para este último el derecho recae y surge de la cosa y de la finalidad, para estos primeros el derecho recae, surge de la personalidad, entendiendo que la naturaleza del ser humano es ser un ser individual, dando la idea de que el ser humano es "El hombre es un animal político" por lo que esto quiere decir que los seres humanos por naturaleza viven en una comunidad que es política, social, moral y religiosa. Que el ser humano no podía concebirse de esto, entendido así por los griegos como la "polis". Volviendo a la escuela, es que esta plantea que lo natural para el humano sea lo contrario a lo dicho, indicando que lo natural, y lo que había en origen era la individualidad, por la cual todos son libres y iguales. Para estos juristas, nadie tenía un poder natural. Por tanto entienden como clave la idea de derecho natural como el concepto de ser todos libres e iguales

- Romanistas → Cosas y finalidades
- Naturalista moderna → En la persona, libres e iguales.

Si considerando que somos por naturaleza libres e iguales, partiendo de esta concepción, ¿Cuál es la única forma de justificar una obligación? Obtenemos esta legitimización en la idea del pacto social, por la cual la voluntad de las partes



- Hobbes
  - Individuo como ser egoísta
  - La única racionalidad solo está el individuo que desea satisfacer sus deseos
  - Concepción natural, es
    - Dado que por naturaleza somos egoístas
    - Lo racional es otorgar el poder a algún órgano justo
  - El derecho subjetivo es una cualidad personal esta expresión nace con Sabini en el siglo XIX

Locke empirismo legitimación del poder

Pucendorf camino que inaugura Grocio, ius entendido como cualidad real.

La libertad se limita por la voluntad del individuo

Para los kantianos esta libertad surge de los llamados imperativos.

## Capítulo 5º Lección 5

El positivismo jurídico es la rama del derecho que mas ha influido en el pensamiento filosófico del derecho.

Petra en la Revolución y Eva en el caso de Art. De la norma de reconocimiento que el positivismo jurídico es el movimiento en torno a una concepción del Derecho que mata influido e influye a. En el tratamiento de la concepción la idea, como nosotros, como los juristas, pueden entender. Si bien contestado a lo largo de las épocas por diferentes corrientes, pues la Escuela Libre Cholo sociología, mismo en el siglo 20 tras la Segunda Guerra Mundial, pues toda la rehabilitación del atópica jurídica de las teóricas de derechos, pero lo cierto y verdad es que. El Positivismo. Frente a vamos a llamarlo así, a los críticas o los ataques. Que se han dirigido contra el puesto. EH parece indicar que si bien muy matizado en muchos de los aspectos de ese positivismo decimonónico sigue conservando una cierta capacidad una cierta utilizando una metáfora americano, un símil médico sigue conservando una cierta. Razonable salud entre los bonistas a la hora de. De clic a entender eso sí, viene lo veo enseñar que sería el modelo positivista por excelencia, el modelo de Hans Kelsen. Los suscita un cierto rechazo, según algunos autores, hay cierto rechazo generalizado. Ya es una opinión personal de un autor completamente de un filósofo del derecho de nuestro día. Pero si bien es cierto que ese positivismo es contestado el Positivismo que el sevillano, el modelo que él señaló. Y las distintas variables, porque no podemos hablar de Positivismo como algo único, como algo que tiene unas mismas características abrir. ¿Cabría hablar de Positivismo, distintos positivismo, verdad? Digita maravilla ciones distintas, digamos.¿Reelaboración, ego o? O transformaciones del año originales, ideas positivistas con ciertas matizaciones. Pero con todo, lo cierto es que las distintas corrientes siguen una nueva otra red. En general, los caracteres genéricos del positivismo jurídico siguen conservando puesto una foto. Razonable salud jurídica en general. Y. Y yo siempre digo que. Que todo es algo que repito desde hace tiempo. Lo comento mucho con el Profesor Rodríguez Puerto, él lo comenta también conmigo, no hablamos de estas cosas. Lo digo un poco para ilustrar lo que vamos a ver. Yo siempre digo que todos los juristas somos, en mayor o menor medida positivistas.¿No hay ningún jurista que sea estrictamente iusnaturalista, no? Aunque. Vuelve a existido existan turistas y un naturalista, siempre, todos los militantes. Solo algo positivo, porque KK. Por una sencilla razón, porque entendemos que existen unas normas jurídicas dictadas las dictadas por el por el poder legítimamente establecido a través de unos procedimientos legales, ya esas normas debemos prestar consentimiento a tratamiento y cuando liza, intenta solucionar un problema, una cuestión jurídica. Acude entre otros materiales normativos, acude a las normas jurídicas positivas, al Derecho positivo, al Derecho puesto al Derecho, que está ahí ya. A partir de ahí, junto con ese material normativo, el jurista, a la hora de solucionar cuestión jurídica. Acuda a todo la doctrina interpretado tal fe que.¿A lo que dice la jurisprudencia en torno al artículo tal OA la norma, tal cómo interpreta la flota decisiones de los tribunales de los tribunales de menores en el sentido de jurisprudencia de las audiencias provinciales de los tribunales superiores de Justicia, de los legales o bien de lo que está jurisprudencia? Con mayúscula del Supremo, con independencia de que acudan diferentes materiales jurídicos. Evidentemente la norma es clara, siemprehay y el hambre acudirá siempre admiró siempre

a lo que dice la luz, no se plantea un supuesto De hecho. ¿Qué revista determinada característica que seguirá nuestra mente publicado? Ubica en un ámbito o en otro por nuestro conocimiento del Derecho. Y ya en ese primer paso de ubicar la situación que se plantea para nuestro conocimiento y para nuestra solución ubicarla. Un u otro ámbito del ordenamiento jurídico, en un en 1 u otro sector derecho, ya a partir de ahí va una norma jurídica aplicable y como y si la norma jurídica aplicable, susceptible en mayor medida de interpretación, función. De cómo esa norma jurídica casa con la realidad, sino perfiles de la situación De hecho que estamos analizando y a la que queremos dar una solución jurídica. Casa en casa, bien con la nueva. O por contra, si esa sí es encaje de la norma en el supuesto De hecho, no está muy claro que acudir a distintos criterios interpretativos que ya conocemos, que nos suministra el Código Civil. O tenemos que acudir a las opiniones doctrinales OA las prudencia, etcétera, pero siempre. Lo decía a los niños en instituciones, para instituciones básicas de la normalidad. ¿El jurista trabajará siempre, trabajaremos siempre con normas públicas y qué es lo que hace el positivismo jurídico? El positivismo jurídico tiene una fe, vamos a decirlo así, que una fe. Absoluta total de la norma. Entiende que la norma jurídica es la la formación perfecta. Velicia y por tanto a ella tenemos que atenernos siempre. Con independencia de las interpretaciones que podamos hacer, ese sería el primer positivismo, el Positivismo fuerte, el positivismo que podríamos denominar positivismo legalista. Agregó, catedral no Sofía del Derecho de la Universidad de Granada fue magistrado del Tribunal Constitucional, publicó hace ya muchos años un libro muy interesante. ¿Que muy saludable para entender muchas cosas de de qué estamos hablando? Que se llama interpretación del Derecho y Positivismo legalista donde va repasando, pues todo esto de lo que estamos hablando atravez, por ejemplo, de 5 autores de la A través, por ejemplo, de la Concepción del Derecho, o etcétera, etcétera. Bueno. Es positivismo, no se entiende, positivo, no se entiende sin el Estado. El positivismo jurídico para que podamos entenderlo o para que podamos, digamos tener en una primera aproximación una idea cabal, una idea. Lo más deprimente. En una primera aproximación. Una idea lo más completa del Positivismo. No sé. Tienes inestable y al mismo tiempo sin su oposición. ¿Al naturalismo OA la Escuela de Derecho natural? No hay un naturalismo por que porque el naturalismo moderno pecaba de una. Excesiva abstracción en sus consideraciones, prácticamente la práctica totalidad de los naturalistas no fueron nunca juristas. ¿Lo que sucede es que, a diferencia de otros autores como Tomás de Aquino, que tampoco fue jurista, no entendí Nobel estaban familiarizados con el fenómeno jurídico como Tomás de Aquino, podía estar familiarizado? Como el fenómeno jurídico a través de su inserción en una cultura medieval que tenía el derecho por puri como 1 de los elementos. Importantes y a la actividad de los turistas como una de las actividades. El derecho era considerado como un instrumento oculto, como un ámbito de Cultura superior. Los naturalizar que rompen con todo ese pasado, intentan reelaborar o reflexionar sobre una idea de derecho completamente distinta y se lanzan hacia un camino de abstracciones y de conceptualizaciones que el positivismo jurídico rechaza. Estamos. En un nuevo en una época que ya demanda las exigencias de la época, demanda otra cosa. Sí, y se produce y que se levanta carente a esa frente a lo abstracto OA las consideraciones abstractas del del naturalismo. La vuelta a lo real, la vuelta a la experiencia. Bien, pero no debemos confundirnos porque esta vuelta a lo real y esta vuelta a la experiencia no debemos entenderla como esa vuelta a los regalos, experiencia que nos puede que nos pueden llevar a la idea a la que ya hemos hecho referente, que ya hemos visto. D el trabajo de los juristas medievales de la prudencia romanista, de la jurisprudencia del bien común ejemplo, cuando estamos hablando y el Positivismo de la vuelta a los reales experiencia. No estamos hablando de que estamos hablando lo real y lo empírico, los los cognoscibles en el mismo se va a hablar realizar. En dos realidad en las normas jurídicas positivas y en el en las normas jurídicas positivas y el Estado como productor. Todo productor de norma. Y frente y en uni, en un primer momento frente a ese. Frente a esas concepciones abstractas y ahistóricas, sin historia, ahistórica fuera de la historia de las reflexiones de una dura



disfraz y. Se va en un primer momento en un primer momento en esos primeros proveedores de lo que luego será el Positivismo se va a ir aprendiendo o se va a aprender frente, se va la vida jurídica, va a fijarse. Desde lo abstracto a las particularidades concretas, bien a la A la una a fijarse en todo aquello todas aquellas particularidades concretas que puedan o que se consideran que pueden formar o que forman realmente una idea de Derecho. Y una idea de derechos del derecho, de una reacción de una comunidad histórica, de una comunidad política e histórica, concreta. Y eso es lo que hace la escuela histórica del Derecho. Lo que hace la escuela del Derecho. Con la idea del volcadas del espíritu del pueblo. Frente a la inserción de una naturaleza del del Derecho. Como una evaluación, ya lo hemos dicho, empujándolo con una emanación de la libertad individual, la escuela histórica. El primer, el primer frente que se le abre de crítica al al naturalismo moderno, vuelve la mirada hacia otra realidad y esa realidad, ellos la hablan en el Grupo Concept en el concepto de folk gays espíritus. ¿Y qué es el podcast? ¿El espíritu del bien, la escuela histórica del Derecho? Por eso se llama. ¿Podemos que haga sellará la escuela histórica del derecho para acentuar ese componente historicista? Ese componente de atención a la historia, es decir, ese componente de atención a las particularidades, a la herencia, al acervo común de un pueblo. De una comunidad que, en mayor o menor medida, tiene rasgos, aspira a ser una comunidad nacional. Piensen en la Alemania de aquel momento, que hasta 1870 no será una realidad nacional, pero en la que late un sentimiento de pertenencia. A una misma cultura con un mismo idioma. Con un mismo territorio y con una misma herencia cultural, y él con esa comunidad histórica en la que nace nuestros juristas. Entiende que el derecho de esa comunidad histórica nace de lo que ellos denominan elegir y que sería escribir bien el espíritu del pueblo. Ellos entienden que en la sociedad en general Volváis del pueblo, el folk. ¿En la comunidad general, la sociedad en general existe o existía algo así como? Una serie de ideas de concepciones, de sensibilidad jurídicas compartidas y comunes. Entre. Los ciudadanos de Anderson entre el pueblo griego. Y esa conciencia pública común. Que puede ser conocida a través de. Tráves de. De las costumbre de las leyes de los sentimientos. Que pueden ser conocidos, pues a través de una trabajo socio de una investigación más o menos sociológica de una recopilación. De la idea de los sentimientos o de las concepciones que existen en el pueblo de cómo se solucionan los asuntos jurídicos, no todo eso del modo de solucionar da que sea pelao, que se invoca cuando. En los tribunales se solucionan determinado asunto jurídico. Todo eso. Que puede ser que todavía no está codificado, no está puesto en un libro, pero que está bueno recopilado en opiniones tratados en disertaciones en distintos materiales dispersos de juristas, de juristas y de. Y deportes y de profesores de Universidad y el relacionado con el resto. Con todo eso, según la escuela histórica, como ese material diverso por aquí y por allá de legisladores de turistas, de abogados, de jueces. Las decisiones de los tribunales que se apelan o que se invoca en la decisión de un Tribunal para solucionar un caso. Todo esto si los recopilamos, si los gringos si vamos coleccionando los bien, dicen los los dirían los representantes de actualidad van viendo mejor que hay. Dicen los los historicistas. Veremos. Podemos percibir que hay una serie de elementos comunes de sensibilidad o de conciencias e conciencia de cómo solucionar un problema que se va repitiendo. Y con todo eso, que es un poco en una, valgan un tanto heterogénea. Algo monolítico, una manera un tanto heterogénea. Todo eso va constituyendo lo que ellos dominan en el volcán. FF, el derecho que vayan del volcá y debe tener. Un ese derecho debe tener un reflejo en la legislación que debe ser a su vez una consecuencia de ese volcán que se destila, por tanto, se produce. ¿Tenemos que la arqueología absoluta rápido, con la tecnología a través de la cual vamos articulando o se articulan las ideas? De la escuela histórica del Derecho. Por un lado, la idea del pueblo, la idea de juristas, los juristas son los que interpretan el volcán hay, si pasa algo, vale, se han perdido, no van bien vale lo jurista, el pueblo. Los juristas que son los que interpretan el colgar los que interpretan y estructuran y dándole forma a ese pongáis que se plasma en la legislación. Y llega la figura de Federico Carlos de Sabina. 1 de los juristas más importantes de la historia del pensamiento. De saguía y

una. Desarrollan una historia muy. Curiosa. ¿Qué? ¿Por seguir la tradición jurídica de la transmisión oral de esta de esta anécdota o de esta historia? Se las dio un cumplido con esa tradición moral que se repite de generación en generación. El profesor Sáez, el doctor Sáenz de Derecho procesal. También la cuenta, algunas veces porque ahí se la contó. Un catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla hace ya muchos años que era era doctor Cosido del Maestro Cossío. 1 de los grandes feministas, tratadistas y catedráticos de Derecho civil y jurista experto en Derecho civil, que ha tenido que ha tenido. Pues el doctor Rocío contaba de su clase en una anécdota que a su vez él había escuchado de sus maestros, probablemente tuviera ciertos rasgos fuera cierta, porque era algo que se transmitía de generación en generación. El doctor, sabe el profesor Sáez, la corto, cuando yo era estudiante y siempre todos los años la cuenta para continuar un poco esa tradición de transmisión moral de ciertas historias, no que no son determinantes para. Para su estudio para el conocimiento del Derecho, pero sí son determinantes para conocer un poco más de la personalidad de de salud. Ese se cuenta que esa vivienda estaba casado con una rica señora de perteneciente a la más alta cracia germana de aquel momento. Pero que adolecía de una absoluta falta de Cultura y de conocimiento prácticamente de forma. Y entonces, esa ignorancia desde la señora frente a la cultura enciclopédica y extraordinaria de Xavi jueces. Fue aprovechada de la mejor manera posible, fue positivamente aprovechada por Xavi de la siguiente. ¿Sabeis fue redactor del primer código que tuvo su hija de en la época de la codificación? Cuando comienza el movimiento codificador y surge la conciencia de plasmar en unos instrumentos legales concreto, pues todas las normas y las leyes. Para. Disciplinar el derecho y. Recopilar el derecho y tener un número seguro al que acudir para solucionar los problemas jurídicos, pues al. Fue el redactor del primer Código Civil que entonces se llamaba código de obligaciones su hijo. De la región sur fue por su prestigio llamado a redactar, me imagino que como una comisión de juristas presidida por él no se iba a cargar él solo fue la totalidad de los artículos, pero digamos que él. El coordinador de toda aquella es de toda aquella labor de puesta en marcha de un código como nosotros conocemos hoy el Código Civil, pues es un código de obligaciones y recayó en la responsabilidad de salud y cuenta la historia. Cuéntala la historia transmitida universitariamente de generación en generación. ¿Esa mini? En las partes que le tocará o en los ámbitos o en los capítulos o en los títulos, o de aquellos ámbitos en los que sale. Tocaré realizar la redacción de los artículos que componía las distintas partes del código de obligaciones sin realizaba la siguiente operación. Saben y redactaba el artículo. Y una vez que estaba redactado el artículo se lo leía a su mujer. Y le decía. ¿Cómo se llamará? No sé cómo se llamaba la mujer esa vida, a ver si dice aquí, profesor Sainz, nunca me lo contó. Si el nombre quizás, ha permanecido en el olvido y le decía más o menos, iba hasta donde estaba ella. Y le decía, Te voy a leer el artículo del. He redactado del código de obligaciones suizo que como tú sabes. Me han encargado la responsabilidad de ser el coordinador general del de la Comisión que está redactando el Código de Jesús, y le leía el año. ¿Y al final del artículo le decía a su mujer, lo entiendes o no? ¿Y si la mujer le decía que no? Sabin se retiraba y volvía a redactar. Lo relajaba tantas. Cuántas veces la mujer esperemos que no fuera mucha, su esposa le decía. Y lo volvía a ver hasta tarde otra vez hasta que su esposa le decía, si ahora lo entiendo. Cuando le decía si ahora lo entiendo, sabini. Esa redacción era la que transmitía o pasaba por utilizar una expresión colegial, pasaba limpio, no y pasaba al texto oficial del código de obligaciones. ¿Consecuencias de aquello? El código de obligaciones suizo. 1700 finales de 1700. Casi finales de 1790 y algo, el código de obligación, primer código que tuvo Suiza el primer código, la primera recopilación de derecho que tuvo Suiza y código de obligaciones fue. Durante muchos años, el instrumento más claro jurídicamente para entender el derecho. Y parece que se debió no solo al médico de Sabina, sino también al mérito de su señora esposa. A través de ese procedimiento singular que estableció esa vinís para. Dotar a la población su hija de hoy. Instrumento lo va a aclarar. Y entendible. El Rosal ni es el creador de la idea de institución pública. Y que es una institución pública y se define perfectamente e perfectamente es un entramado

de verdad, un entramado de relaciones jurídicas ordenadas a un fin. ¿Una entrada que significa decir que? Esas relaciones jurídicas no están cada una por su lado, sino que están enlazadas. Y ese enlace de relaciones jurídicas va destinado a un. Por ejemplo, el ejemplo que se. El derecho de contratos, el derecho de contrato, que es un entramado, es decir. Una relación, un, una Unión. De relaciones jurídicas distintas. Contrato de arrendamiento contrato de. De donación contrato de depósito, contrato de comodato. Contrato de compraventa. Pero todas esas relaciones públicas que cada una de ellas posee, los perfiles propios van destinados a un fin. ¿Cuál es el fin del derecho de comprar? Dotar. De seguridad jurídica otro de los grandes de los grandes fetiches de la época. La idea de seguridad es esencial para entender el Positivismo público porque porque la edad y ahora lo veremos. Esta. La época es la conciencia jurídica de esta, reclama. Técnica. Reclama seguridad, reclama legislación, reclama ordenación, reclama orden, legislación, ordenación, seguridad.

Y todo su trama, la que va dirigido a. A la seguridad jurídica, dotar a los intercambios entre las personas a los cargos al tráfico. Entendiendo por tráfico la distinta interacción entre bienes y servicios que se producen entre las personas a lo largo de un instrumento que discipline y que establezca que organice y que estructure como de la mejor manera posible, se debe realizar. Esas transacciones, esas relaciones. La idea de institución jurídica. Isabel. El. Digamos el que establece esa división del Derecho. Y la establece porque ya saben y viene, evidentemente. Y se ha formado en una época donde la idea jurídica están presentes y vienen a través de los siglos, no y tienen ahí. Se ha formado en jurídicamente a través de unas ciertas influencias que vienen galopando por las llanuras del Derecho y del arte. IDI de la ID úrico y de la justicia, del Derecho y de la justicia tiene esas. Esas ideas viene desarrollando. Y sabía que esa división del Derecho entre derecho, objetivo y derecho simple. El derecho objetivo son reglas, normas, leyes. No de cuesta mucho trabajo a venir realizar esta división porque ya está división o ya está esta división de alguna manera, así que viene derecha por lo que saben y. Su población muy rica. Ha venido tu amigo. ¿OA podido aprender? Y el Derecho es sintético. El derecho a su motivo, entendido como y esto es una idea y naturalista, esto es una idea de la escuela del derecho natural, algo de lo que es hábil la tiene y la recoge. Son ámbitos de actuación, decían los naturalistas. El derecho, sobre todo en libertad, posibilidades de actuar. Derechos subjetivos. ¿Pero saben? Precisa un poco más bueno hay un trecho que es objetivo que se basa en reglas, que son las normas, pero hay intereses subjetivos. Que se basa fundamentalmente en ámbitos de actuación. Cuando yo despliegue mi derecho subjetivos lo despliegue en unos determinados ámbitos de actuación. Posibilidades de acceso. ¿Pero de dónde votas el derecho subjetivo? ¿El derecho subjetivo? Lo dices a mí brota siempre de la institución jurídica. Por eso, por eso, el Dark eldar a la definición clásica de Derecho subjetivo como un poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la voluntad para la satisfacción de un interés jurídicamente protegido. Eso es desarrollar de una manera más técnica. ¿Lo más jurídica o más precisa esa idea? De que el derecho subjetivo brota desde la institución. ¿Cómo está diciendo salud?

¿Qué es el poder de actuación que ese ámbito de actuación debe estar legitimado siempre por una norma preexistente? De tal manera que la guerra existente es la que me otorga la capacidad de actuación. Por tanto, estamos aquí en si se fija, estamos aquí en un intento bastante logrado y bastante trabajado, a mi juicio, de tratar de. Dominar o tratar de domesticar que se. ¿Esa concepción del Derecho y un naturalista como una evaluación de la libertad como un poder para actuar como una Facultad de poder hacer? ¿Sabines consciente de que eso? Está quizás muy abstractamente considerado o abstractamente manifestado e intentar. Digamos domesticar ese ámbito o esa concepción de los jurídicos a través de su engarce OA través de su. Incardinación el. Figuras jurídicas positivas, figuras jurídicas de derecho real concreto de derecho, legislado de normas jurídicas, completa. Y de ahí

su ideal de la institución jurídica y de ahí su idea de derecho de la división de Derecho entre derecho, objetivo y derecho sintético.

No tiene que estar en la época donde, frente a lo al histórico OA lo abstracto, estamos en la época, en una época en que la conciencia jurídica demanda ya otra cosa, demanda seguridad. Demanda a figuras jurídicas, instituciones jurídicas, normas jurídicas que establezcan de un modo preciso, seguro y concreto qué es lo que podemos actuar y qué es lo que no podemos hacer. Porque el Estado están haciendo, al menos en esta. ¿Pero crees que a menos en esta parte del del Occidente o del mundo conocido esta entiendo el Estado en estos momentos? En esas áreas geográficas está emergiendo, lo que posteriormente serán los que están en otras áreas geográficas han han ido ya desde hace muchos siglos. ¿O desde hace varios siglos? España es el primer Estado moderno de la historia. Isabel y Fernando los Reyes Magos es el primer Estado mod. Por eso se han moderno, que nace por Isabel y Fernando, permite como fuerza organizada el desplegarla, el desplegar la potencia que luego se despliega en la consecución o el arte, extensión del imperio. A mí sucede en distinta manera. Aquí el Estado están haciendo. Y por tanto, la mentalidad. Sobre todo la mentalidad dirigente, la mentalidad de los juristas, porque todo esto quienes lo llevan a cabo, quienes lo estructuran, tienen, organizan, son las élites intelectuales. Dirigentes, como todos los procesos históricos, políticos y jurídicos, detrás de. De movimientos de actuaciones pretendidamente populares revolucionarias. Siempre hay una gente dirigente intelectual que establece el camino a seguir o que va marcando la pauta de las ideas de acuerdo, bien.

Institución jurídica. Guardando el derecho subjetivo, brota desde la institución y sabe quien sí cree. La existencia de una serie de elementos permanentes en el Derecho. El derecho, entendido en sentido amplio, no como no, no ya como norma jurídica, concreta el derecho, entendido como el podríamos. Como con todas las reservas del mundo, el derecho entendido como un fenómeno. Con un fenómeno general. El derecho contiene, siempre dices algo, hay siempre dos permanentes del Derecho. Pues la idea de Murcia, la idea de. De la consecución de la justicia y de las salvaguarda de determinados valores, estarán siempre presentes en el derecho. Y de la escuela histórica vamos transitando hacia una, una hacia un movimiento que pro. No sé o llega algo con realiza una excesiva formalización del derecho, que es la vencida. La gráfica, que curiosamente toma su nombre de la franquicia Sonic. Se precipita o su consecuencia inmediata en la realización y la consecución de un derecho que excesivamente formalizado de la actitud de la puesta en marcha de la estructuración. Y de la creación de. Concepto jurídico de ahí se va formando entre el nivel positivismo jurídico, fundamentalmente el positivismo jurídico centroeuropeo, porque hay otro positivismo jurídico. Que no será formado de esta manera, pero que evidentemente tendrá rasgos comunes con este nuevo movimiento. Que de alguna manera este mandado por la conciencia jurídica de aquella forma parte cómo se produce esto, no cómo se produce esa emergencia de una nueva conciencia jurídica que va entendiendo que el Derecho debe discurrir. Todos los cauce sería muy complejo que entramos ahora en dilucidar los mecanismos psicosociológicos que van creando esa conciencia pública, algunos si se lee, si se le manifiesta que la elección o se produce un Castillo, un cansancio intelectual. Por las teorías de un naturalista griega. La conciencia, la elite jurídica que en aquel momento va reflexionando va estar al frente de la producción normativa, de la producción jurídica. ¿Entiende que tiene que haber un cambio? Que viene de alguna manera empujado por la importancia que en estos momentos va adquiriendo, repite en este área geográfica o en este área de influencia que va adquiriendo el. Bien que el Positivismo es único. Británico tampoco es muy diferente del positivismo jurídico en general en cuanto a determinadas ideas, no. Pese a esa variante, pero pese a ese matiz utilitarista e frente o pese a ese matiz del utilitarismo, desde un Jeremy Benja muy preocupado por la legislación. Y enemigo acérrimo del

del. Del caso Float, enemigo del que hizo flow, enemigo del casuismo enemigo de la interpretación judicial en Jerez nivel Jam, también anda esa idea del Derecho como derecho positivo, como derecho emanado del Estado como mandado del poder, no, pero ahí hay una mentalidad utilitarista. Que se pone al servicio de positivo. ¿Bien la la, digamos las connotaciones utilitaristas de Jerez, no recuerdan muchos a las connotaciones jurídicas de otro autor que nos hizo hacer relativamente poco, que es POP? ¿Recuerde, no sensaciones lo útil, el dolor los gacetero es congruente? Que se repiten que esté presente esta influencia. Si el nivel es un inglés, Thomas Fox es un inglés yo loros, un inglés evidente. Tercera filosofía la filosofía oficial a los que ahora ha estado presente y está presente en la formación habrá estado evidentemente. Presente en la formación de El utilitarismo, ha sido la corriente dominante al rango, con distintas variantes del utilitarismo. Ha sido la corriente jurídica y filosófica dominante. En en Inglaterra en. En Hyundai estilo no, en lo que se cree en las Islas Británicas, prácticamente hasta el siglo 20 que ya comienza a haber unas variantes. Utilitarismo ha sido monolíticamente incuestionable. En en el área de influencia de los Arjona, pues hasta prácticamente el siglo 20 y por tanto es coherente que vengan nos. Suministre o vender. ¿No sabe de estas de estas cuestiones o en la filosofía de ventas estén presentes a cuestionar la idea de luz y de lo útil de lo placentero, de las sensaciones individuales? Y la idea del Derecho la idea del derecho, que tampoco es nueva. Que tampoco es Huelva, pero que ya está sentada asentando progresivamente la idea del Derecho como mandato del poder. La idea del Derecho como maldades del poder. Pero lo mismo tiempo es a ir. Que tenemos que combinarla con nuestra con. Tenemos que con qué maridar ahora que está tan de moda en Madrid no tenemos que maridarla con nuestra. Concepciones con nuestra concepción. ¿Puff con nuestras concepciones utilitaristas, por eso la juridicidad, lo jurídico de una norma del mandato del poder, de dónde van? Diferente emana de la utilidad que produce. La mayoría famosa, frase o la famosa máxima, la mayor utilidad para el mayor grupo, la mayor utilidad para el mayor. ¿Pero qué sucede con el derecho que es rechazado desde la crítica al derecho, ese derecho basado en la utilidad y como entendido, como mandato del poder? Que sigue siendo derecho. Había desaparecido ya totalmente la idea de que el derecho injusto. No sea verdadero derecho o no sea un derecho que deba vincular al ciudadano como existía, la ley injusta no es verdadera ley como existía en los juristas, como existía en la concepción romanista romanista y prudencial del derecho aquí. ¿El derecho que se rechaza desde la crítica moral derecho sigue siendo de esto es positivismo que está oscuro? El derecho injusto sigue siendo derecho. I griega, un poco más, Austin en sus lectura de mi prudencia, un autor. Yo creo que es muy importante para entender el Positivismo británico y esa distinción. Del Derecho entre el Derecho como es y el derecho como debe ser. ¿El derecho, como es, en qué se traduce el Derecho? Como es se traduce en. En los mataron, lo mismo que la verga en los mandatos del poder, el derecho, como es, es la ciencia pública. El derecho, como es, es el código, la norma, el derecho positivo. Y el griego. De la crítica moral al derecho, que no es derecho, es derecho, como debe ser, pero no es derecho positivo.

Reportó la juridicidad. Si el derecho. Como es el derecho, que es la ciencia jurídica, digámoslo de otra manera, le mataron el legislador. Por tanto, la clave de la juridicidad, la clave para que algo sea considerado. ¿Como derecho, cuál será? ¿Será la voluntad efectiva del medida? ¿Será la voluntad vos? Pero claro, ahí surge un elemento discordante con esta teoría, el elemento discordante. Cuál elemento discordante es la literatura, los jueces, los jueces, no son delicados. Novela, novela. Los jueces no son el poder, entendiendo el poder, el poder político, los jueces son los que nosotros conocemos como Poder Judicial, pero no sobre el poder venir aquí, pero esto. Diario, hecho que los jueces producen decisiones públicas a través de sus sentencias. Bien entonces este elemento que de alguna manera se salen. Del sistema que construye el Positivismo y que nos explica Austin. ¿Cómo se explica cómo se maneja, cómo se incardina? En un sistema positivo. A través de la teoría de la delegación.



A través del recurso a la llamada teoría delegado de la delegación, Louise dije. Los jueves emiten normas jurídicas, en este caso singular sentencias como delegados del legislador, con lo cual. La ubicación. Del elemento judicial en el esquema positivista. Encaja perfectamente a través del área y adelante de la teoría de la delegación, porq no porque si no. El Poder Judicial se queda fuera.

¿El derecho son los más raros del poder del poder soberano del poder que legisla pero y los jueces? ¿Qué hacemos con los? Lo vendimos a través de la teoría de la delegación. Portal. Y esto es. Claro está también la influencia de Hegel en su filosofía del Derecho. ¿Cuando dicen en los reales, los racionales y los racionales, los reales? Frase aparentemente contradictoria. Bueno fase frasno, aparentemente contradictoria aparentemente. Que incurre en una petición de principio. ¿Qué es lo real, racional y lo al final? ¿Qué es lo real? Nos llama un poco. AA confusión, no, pero. ¿Jejejeje esta queriendo decir algo que los juristas están diciendo de otra manera, no? Cómo lo dicen los juristas, los juristas los dicen los reales, la ley estatal. A lo que tenemos que atender a la venta. ¿Bing y porq noveles jurídica qué es lo que atribuye? Juridicidad a una ley. aquí hay un cambio con con la agrícola. ¿Con la concepción romanista prudencial, un cambio radical, evidentemente que se que ya se ha ido produciendo a partir del codo y de otras que ya hemos visto cómo, cómo se va conduciendo la evolución? La publicidad, la la juridicidad, el hecho de que algo anormal código lo podamos considerar jurídico Nobel. Nobel no lo es. ¿Cuál son tonterías? Esto lo recuerda un poco a su Alfa cuerdas ya en Suárez, lo apunta todas estas ideas. Que parecen ya muy lejanas del siglo 16. Decir al siglo 19, pero estas ideas están circulando, han circulado intelectualmente por Europa y han permeado la conciencia jurídica de los juristas. Evidentemente, recuerda, cuando decía Suárez, no la la, la. Noticias la la dimensión de Justicia, la categoría de las noticias la idea de la justicia es la causa extrínseca de la ley. No, la causa intrínseca es algo que viene de fuera, que no está en la ley. Cómo lees lo mismo que está es muy parecido a lo que están diciendo ahora lo mismo. ¿Lo hizo realidad, no? Estriba algo, no es jurídico por el contenido, sino por el procedimiento que se sigue para llegar a la por el procedimiento establecido. Una norma jurídica es norma jurídica porque sigue un procedimiento establecido. Esto es una idea básica del Positivismo que. Ha pasado y continúa con 1 y continúa presente con. Con vigor fuerza nuestras conocimiento en nuestro entendimiento del Derecho, nuestro entendimiento del Derecho y de las normas.

Igriés, decir lo real es la ley estatal, la juridicidad es procedimental. Porque en este momento hay una considerable fe, una considerable confianza en. La figura del estar porque porque el Estado es una instancia que, frente a la dispersión normativa que frente a la dirección jurídica que frente a la dispersión. Del pluralismo de fuentes o del pluralismo normativo está estableciendo establecer un lo que se denomina un monismo jurídico frente al pluralismo jurídico. El Positivismo apuesta por un monismo jurídico. Una sola ley, un solo de nacimiento jurídico en un solo Estado. y cuya cúspide. Jurisprudencial para interpretar la ley es, con independencia de los tribunales inferiores, que cita, es un solo Tribunal. La idea de los Tribunales Supremos responde a esta concepción positiva. Tribunal Supremo. Español. Ricardo Tribunal como se llame cuatro veces la idea del Tribunal Supremo, no en vano, porque se llama Supremo, no por casualidad, porque es el último, es el máximo es el que. Establece, como ya vimos en su momento, en instituciones básicas, es el que establece la actitud en CIA en sentido fuerte, en el sentido que no puede o que pueden curar a otro Tribunal para tomar una decisión no necesariamente, ya lo sabemos, pero. Con bastante mayor fuerza jurisdiccional que las decisiones que puedan emanar de otros tribunales bien esto. Evidentemente, con todos los matices que se. Sí, pero lo importante es que quiero destacar que esta idea. Estas ideas del positivismo jurídico son fundamentales para entender. El positivismo jurídico es jurídicamente monista participa de una concepción de frente al pluralismo jurídico de monismo jurídico. Con info jurídico que significa que hay una sola fuente de producción de la norma, eso esto evidentemente hoy todos



conocemos que. ¿Ha saltado bastante por los Aires, no vivimos ya el sistema? Denomina jurídico. Vivimos en un sistema de pluralismo porque hay distintas instancias normativas a las que acudir para determinar el derecho según la situación en la que nos encontremos.

Derecho local, Derecho autonómico. Derecho nacional, derecho trans, Derecho europeo, derecho comunitario, incluso. Todo el conjunto de eventos que ya conocerán ustedes mucho porque se engloban en ese concepto tanto vago, un tanto fluido, no se sabe bien dónde van un código son todos incluyen la llamada Lex mercatoria todas las prácticas mercantiles y comerciales. Hay distintas instituciones. Es curioso ayer, cuando estaba rebasado en la elección me vino a la mente una idea, bueno, me vino de caí en una cosa. No es que evidentemente no he descubierto nada, pero me fijé en algo que me vino a la A la mente cuando estaba reflexionando sobre esto, que hoy les estoy contando. Toda esta nueva. Todo este nuevo entendimiento del derecho, el pluralismo jurídico frente al mismo jurídico Armando, explicando el monismo jurídico como una característica del positivismo jurídico cuyas concepciones siguen siendo concepciones alrededor del parque, determinadas concepciones. Que gozan de una razonable influencia y son seguidas todavía por mucho. Cada vez que escribo estas cosas, echo de menos aquí a mi querido compañero. Y amigo el catedrático de filosofía del Derecho de la Universidad de León, Juan Antonio García Amado, que explicaría estas cosas mucho mejor que yo, porque el positivista convencido. Y siempre me acuerdo de él cuando explicó esta cosa. Pero a lo que iba les estaba diciendo que ayer, cuando. Cuando estaba reflexionando estaba repasando mis notas, mis fichas para la explicación de hoy. Y estaba, digamos, pensando cómo les iba a transmitir la explicarlo a esta cuestión del pluralismo jurídico hay una. Hay un factor, pensé, hay un factor muy. ¿Curioso? ¿O hay un factor muy en el que pasa muy desapercibido porque nosotros lo hacemos, lo practicamos, nos metemos en el pero luego si no reflexionamos desde el punto de vista jurídico caemos en la cuenta, no? ¿Cómo se ha ido produciendo entre todos los cambios jurídicos y todos los cambios en el entendimiento de las relaciones? Jurídica y tal. ¿Cómo se ha ido produciendo un cambio? Que muchas veces para nosotros pasa pasa desapercibido, pero si nos paramos a pensar, caer en la cuenta que es así como se ha producido un cambio en el modo o en las formas de las formas tradicionales de contar en las formas contractuales.

Habitualmente 1 celebra un contrato y para mayor seguridad jurídica que hace. Cuando celebró en contra, les pregunto a ustedes. //se pone a hablar con MEL//

Vosotros características del Positivismo. Nosotros vivimos en una época donde. Lo que yo decía hace varias clases, no, no. ¿Los tiempos están cambiando, donde por ejemplo una forma contractual, cómo es contratar un determinado Pack? De prestaciones con una determinada línea telefónica o una determinada. ¿Con una determinada plataforma digital cambia totalmente, verdad? Luego importante instrumento ya no es frente al Positivismo. Vivimos en otro momento. Es lo que yo quiero. Espero para que vean ustedes el salto. Y luego, cuando yo tengo cole, reclamó a usted, pero usted sí. Frente a esa seguridad jurídica que preconizaba el Positivismo, quizás en esto hemos dado marcha atrás, porque ya no vivimos en esa misma seguridad jurídica que antes lo que usted decía, no hay un documento, yo no he firmado ninguna parte. Yo era un consentimiento. Luego estamos volviendo por eso. Esta época en la que vivimos, algunos lo han decidido como una época de Freud. Administración de los jurídicos, nos hemos vuelto como una especie de sistema feudal digital. ¿No hay distintos reinos, distintas plataformas, distintos poderes? No. Muy. Que no podemos determinar poder fluido que se nos escape. Bien, eso es importante. El Positivismo quería luchar en otra guerra. No existían estas cosas. El Positivismo quería luchar precisamente contra la inseguridad jurídica que debe usar contra la inseguridad. Por eso llega, llega.

Por eso llega, por eso aparece por eso el movimiento justificado, la codificación, la codificación, la red. Como a una idea de seguridad jurídica. ¿La estructura del Derecho cómo va a ser ahora la estructura fundamental del Derecho? Se plasmará en CO dos. Y que recogen los códigos, fundamentalmente dos recogen leyes y recogen facultades. Aquí aparece ya otra vez la idea, el concepto de facultad, luz, facultad. Recuerden, ha ido navegando y se ha ido colando por la historia del pensamiento y las ideas, y llega aquí otra vez. Está aquí presente otra vez. Vuelve lio, quizá nunca se fue pensando la idea de la facultad. Bien, pero. Ese movimiento codificador y en un momento cómo se produce, con el que un naturalismo llega un momento en que comienza a dar síntomas de cansancio o síntomas de. O síntomas de que existen en ese movimiento codificador pretendidamente, que aspiran a la seguridad jurídica total que aspira a la certeza, a la seguridad, a un único derecho. Comienzan a aparecer fallos. Y comienzan los juristas, comienza a darse cuenta de que el código contiene lagunas. Ya sabemos lo que son las lógicas, contiene situaciones a las que el Código no da respuesta. Esa vocación codificadora de la respuesta a todas las soluciones posibles no será en el estado de la dimensión de los precursores, perdón, que los impulsores de la modificación querían. Jesule. Los problemas derivados de. ¿La falta de regulación de algunas cuestiones, Laguna jurídica, el honor empleado por el Código qué hacemos entonces, no? Y surgen los problemas y surgen los sociológicos. Surge los sociológico.

Los sociolismo porque surge surge por una reacción. Surge por una reacción frente a las insuficiencias del positivismo. Ni su surge frente o por causa de una. Perfeccion. De la ciencia, del Positivismo, de la eficiencia de la codificación. Por tanto, que se que se constata, se constata la insuficiencia, se va constatando el sociológico es una reacción frente al Positivismo que constata la insuficiencia del modelo positivista. Insuficiencia que se manifiesta. O que se materializa en el SAT incapacidad que el Positivismo nuestra a través de su de 1 de sus instrumentos más depurado, el código la codificación para la respuesta para la respuesta a todos los problemas. Para dar cuenta a todos los problemas. ¿Y este sociolismo o? Positivismo sociológico, que es lo que contamos. Qué es lo que contesta quien junto a la normatividad junto a la normatividad estatal. Quizá un poco por la herencia del volcáis no espíritu del pueblo frente a la normatividad estatal. Frente a ese conjunto de normas que manda. Estados de la modificación de los códigos de los instrumentos legislativos que intenta no quiere agrupar todo el derecho para ofrecer una respuesta segura y cada caso, el código como productor de respuesta segura de todos los casos hay una norma, consta con esto sociológico. Porque son investigadores sociales, constatan la existencia. De una normativa extrae. De prácticas de modo D obligación de de un derecho que ya no está, que no está en los códigos, pero que muchas instancias es seguido por los actores jurídicos que. Frente a la normatividad. ¿Codificar sigue o se vinculan por otro tipo de norma? Y que entienden los sociológicos, entienden que el derecho legislado que el derecho, por tanto, constatar que el derecho legislado no tiene el monopolio del poder De hecho, de derecho si lo derecho no tiene el monopolio. Del orden y, por tanto hay, pues se constata la existencia de una legalidad extra estatal. Y por tanto. Se constata que frente a esa situación teórica o ideal de monismo jurídico, puede existir si existe una situación como la agilidad, es decir, actuales, que ya se pone de manifiesto en el siglo finales del siglo 19 con los juristas, sociólogos, una. ¿Situación o situaciones de pluralismo? Situaciones donde dos o más órdenes normativos, unos oficiales, un oficial y otro u otros oficios conviven en un mismo territorio en una misma realidad, una misma comunidad, en una misma, en un mismo ámbito de actuación. Imagen delante. Más adelante. Pero más adelante ya el Positivismo. Y hablamos de positivismo porque sus autores, siguiendo fieles. A los principales conceptos positivistas establecen ciertos matices. El Positivismo, psicólogo representado. Por el realismo. Por lo mismo está bien. Si lo vamos a dejar aquí, continuamos que horas claro, tío. vamos a dejar aquí continuamos en el

## Capítulo 6º Tema 6

La diferencia entre el positivismo incluyente y el positivismo excluyente, hay que decir que la clasificación de estos surgen a posteriori, por lo que por tendencia al ver una corriente que difiere en ciertos contextos, se plantea otro calificativo, por lo que los autores o los críticos de la teoría del derecho crean una clasificación más: Hay que decir que una gran diferencia no hay, dado que ambos son positivismos, es decir, ambos parten de la idea central de que el derecho nace de la norma. El positivismo excluyente lo que hace es expulsar del derecho la moral, eliminando por ello el elemento valorativo, pero esto nos da la cuestión de cuando podemos coger un concepto para crear derecho. Estos creen que solo la autoridad está legitimada para incluir un elemento moral, al producir la norma, luego como Kelsen, se considera a través del acogimiento judicial, por la cual el juez al justificar la sentencia usa elementos morales. Por lo que para este, se nos dice, que «cuando el Juez acoge en su interpretación un elemento valorativo porque entiende que es útil». Por tanto el elemento fundamental es el **acogimiento judicial**.

Además el incluyente tiene como elemento fundamental, la **compatibilización**, estos entienden que al recoger en la constitución principios morales, en forma de derechos fundamentales, se positiviza estos valores, por lo que son norma, además estos, consideran que el derecho a veces acoge elementos morales, es decir **los incluye y los potabiliza**.

El positivismo ético normativo, siendo el **concepto clave el de certeza**. En este se da que la interrelación entre conceptos morales y normativos, es algo dañino (tóxico) para la estabilidad social, porque si el contenido de la norma depende de la moral, no se da estabilidad. Sin embargo estos se olvidan de que la aplicación de una regla requiere de justificación. La verdad es que tanto el excluyente como el ético-normativo son muy parecidos.

## Capítulo 7º Tema 7

Norwits es un libertario anarco capitalista, que busca el mínimo del estado, dejando lo demás al capitalismo.

Lo estará ámbito político bien luego, por tanto, esa es la idea principal del ojo. En segundo lugar, y esa y esa ese modelo. Es el que no te quiere oponer confrontar. Establecer como un modelo alternativo frente a la teoría de la justicia de John. ¿Porque la teoría de la justicia del rol recuerdan ustedes ayer? De alguna manera y sobre todo la concepción especial de la justicia.

Para Nozick loke es una buena base, pero le da la sensación de que este no desarrolla suficiente hasta que punto nos podemos desarrollar como ciudadanos, sin que intervenga tanto el estado.

¿Qué espacio deja al estado los derechos individuales? Esto pretende parecer que nowitch respeta lo anterior, sin embargo pretende lo contrario, La pregunta correcta vendría a ser: ¿Qué espacio deja el estado a los derechos individuales? Nozick es forma parte de la tendencia de la desregulación, la cual considera que hay que quitarle competencias al estado, haciendo que la mayor parte se desarrolle en el mercado y la sociedad, en esto entra en acción el término de «Agencias de Protección», siendo por tanto la tendencia de dejar al ámbito privado ciertas labores. Para esto crea 2 conceptos: -El estado Ultramínimo -El estado mínimo, en este último es en el que Nozick se desarrolla es aquel que solo nos otorga protección Erga Omnes pero nada.

Nozick considera que un estado mínimo sería como un servicio de seguridad privado, toma que este hasta cuando llega, considerando que el estado Ultramínimo mantiene el monopolio de la fuerza excepto la defensa propia,

ofreciendo solo protección a quien le pague la póliza de suscripción de este. Sin embargo en el estado mínimo se protege a todos, en el cual una agencia dominante obtenta el monopolio de la fuerza (no hay permisión) frente y ante todos mediante un sistema impositivo para la retribución de la protección (Impuestos solo para seguridad).

## Recopilaciones finales:

### Capítulo 1º Temas 1, 2 y 3

Los temas comenzaron en el momento romanista, en el que se encuentran los glosadores, comenzamos en este momento de la edad media, por tal, (baja-plena) edad que aquí el derecho resurge para apoyar a la sociedad.

En sentido teórico el jurista se enfrentaba al problema con los instrumentos que se pusiera a su favor como es el *corpus iuris civilis*, de irnerio, el cual es visto como un elemento de mas calidad que el resto de elementos de derecho, viendo e en el código justiniano un elemento superior que es aplicable, el cual se aplica de forma flexiva por la falta de la rigidez normativa, considerando que la relación entre la norma y el caso crea el derecho, así como lo flexible de las glosas.

Con el IUS, hablamos de la equidad ruda, como ARS, y como facultad, en la que esta última tendrá carácter secundario en este momento.

La voluntad de los juristas era prácticamente heredada de roma, ademas las glosas y comentarios tenían siempre una función practica, a casos concretos, de ahí que, el ius tuviera muchas terminologías.

Vemos el IUS como la ley del derecho a posterior, diciendo que la ley es la que recoge las exigencias de justicia y equidad que se recogen en las normas.

Para Acursio el derecho es una disciplina que se usa para aplicarlo como disciplina (ARS), por tanto el derecho esta para solucionar problemas complejos con la ayuda de la ley con la ayuda de la interpretación. Lo cual tiene una teología, es decir esto plantea una exigencia lo cual nos suscita cuestiones, Los fines de la ley y las características del caso, la ley es necesaria pero insuficiente, ademas el derecho es una cuestión de racuionalidad, que trata de llegar a la solución justa.

La noción de causa, el derecho se funda en necesidades y bienes humanos, el derecho se funda en bienes en necesidades y en bienes humanos, en el centro de esta reflexión surge el concepto del derecho natural, el cual tiene una triple dimensión: principio básico de conducta, inclinaciones morales, y como, libertad originaria.

La libertad originaria, según los textos, junto al derecho natural, aparece ademas el concepto del derecho de gentes, el cual se considera derogatorio del derecho natural. De aquí la abilidad entre derecho de gente y el natural y la afiliación de estos a las instituciones. Arcusio da solución, considerando que "lo natural no solo viene dado por lo naturaleza, sino, que tambien viene dado por la razón de la persona" de ahí que todo lo que provenga de la razón humana tambien proviene del derecho natural, de aquí una relación de distintas facetas del derecho natural, esto dará lugar a la idea de que el derecho natural no es una forma de medición o baremo;

Tomas de Aquino continua esta línea del pensamiento, con lo que dice que el derecho esta presente en la cultura, dándose que los humanistas del momento tenían saber en jurídica, dado que en el momento el derecho era lo importante en la formación de las personas. Con esto con tomas llegamos a la idea de virtud, la cual es la idea de la relación de esta con la excelencia, considerando que la vida humana, político social, se den distintos fines, diversas facetas y posibilidades, dando se que la virtud se a la excelencia en cuestión al fin, dándose que dependiendo del fin el camino a la excelencia variará y con ello llegara a la virtud, dándose que haya situaciones

vitales que den como necesarios que se den distintas virtudes en cuestión a los fines. Esto es así dado que lo humano se desarrolla en distintos ámbitos que suscitan distintas virtudes.

En estas circunstancias son las que alguna forma conforman las respuestas que se den en la solución de los problemas que se susciten en los problemas de ámbito humano en los que la persona se ve embuelto.

La idea de justicia como virtud en el que la persona se ve embuelta, aquí se da que en el problema allá una res o elemento sobre el que debemos dar solución justa, las relaciones de justicia por tanto están intermediadas por una res, en la que se proyecta el derecho o el problema, de aquí que el ius se entienda como lo que en estas circunstancias tengamos que descubrir como lo más justo para solucionar el caso. Generando que el derecho atienda a situaciones, dándose que estas sean cosas tanto materiales como inmateriales. De aquí lo justo es de dos formas: por derivación de la naturaleza de la cosa, en la cual con la observación de las características podemos discernir lo justo o lo injusto; o por convención, que se basa en la conveniencia o en la utilidad, dándose aquí la búsqueda de soluciones para cosas más mundanas, de aquí que se den por conveniencia los procesales, los cuales son considerados justos por lo conveniente a la sociedad.

Por ende, de aquí surge la ambigüedad entre la ley natural y el derecho natural, además se da la expresión del “carácter circunstanciado de nuestra cotidianidad”, dándose de aquí que digamos que antes el ius era determinado por la situación y la regla aplicada, es decir la observación concreta de la realidad ante la aplicación de la norma que consideramos útil o conveniente para la situación, y todo ello basados en la expresión anterior, con la cual queremos decir esto.

Con lo mencionado llegamos a la conclusión de que ese Ars o disciplina no se centra o agota exclusivamente en el mandato puro (luego cambia), considerando que el derecho no es un puro mandato sino una ponderación e interpretación entre la ley y la situación. Esto juega un papel en la concepción de la idea de derecho de los romanistas y de Tomás de Aquino, de aquí que la coactividad, sea entendida por estos como un mero añadido, pero con cierta importancia, la cual radica en la diferencia entre lo necesario y lo esencial, siendo por ello un elemento importante de la norma, pero no definitorio, siendo este el fin de aplicar justicia.

Considerando por tanto que el IUS siempre es concreto, es decir la solución justa y concreta a un caso concreto, la ley es siempre general.

El ámbito humano se caracteriza por la **contingencia**, esta sería entendido como lo que puede ser o no ser, nadie es necesario, dado que somos contingentes dado que pudieron no ser, es decir metafísica, aristotélica, en nuestro caso de Tomás de Aquino, el único ser necesario es esencia, esta metafísica cristiana es DIOS, de aquí que digamos que las situaciones que ocurren en el ámbito humano dependen de distintos elementos o situaciones, de ahí que puedan ser o no por ello decimos que se caracteriza por la contingencia, es decir los hombres de hoy son, pero pudieron no ser y en algún momento no será.

Las distintas dimensiones del IUS: la solución concreta y la regla empleada; lo justo o el derecho que siempre es concreto; también es el precepto que sirve para determinar el derecho.

En este punto se caracteriza un cambio que se caracteriza por entender el derecho como imperio y facultad, en esta rama se da el voluntarismo y el intelectualismo y una tensión entre estos



En el voluntarismo se da un desprecio al la razón, y hacuia al derecho, así como la consideración primaria de la obediencia ademas la cotidianiialidad para estos no es fuente de preceptos morale. Para ellos gana la voluntad sobre la inteligencia, estando la primacía de la voluntad de dios y luego la del gobernante.

IUS: facultad de poder actuar

Dominium originario contra el dominium civil, así como el concepto de la ley como mandato, siendo en base el derecho como la norma y por ello como la voluntad del legislador. Se da que la idea de facultad se integre en el IUS, de forma primaria, cambia tambien la consiuderacion del derecho dándose este como ley; y el concepto de libertas, así como la tesis moderna humana.

Con esto llegamos al humanismo jurídico, en este vemos la idea de razón natural, mas la de libertad natural, dándose que el cambio que se dan sean dos cosas, siendo la primera el aupamos y erguimos la idea de libertad natural como fundamento del derecho; ademas se usa las ideas de pacto y de utilidad individual, apareciendo las ficciones, la teoría del origen contractual del poder político.

Escoto el carácter incomunicado de la humanidad, con esta expresión escoto quería destacar la especial situacion de la persona en el mundo. Con el quería dar a entender, bajo el principio de la relación del hombre con dios, en la que se basaba su filosofia, el consideraba que la relación del hombre con dios aun en sociedad es unipersonal e intransferible.

## Capítulo 2º Temas 4, 5 y 6

### 1. Tema 4

Nos encontramos un nuevo ius commune (iusnaturalismo moderno) que está representado en primer lugar por Grocio: lo justo, facultad y ley. Luego para Grocio el derecho es una cualidad moral que se proyecta sobre la persona y las cosas.

Hobbes, fase analítica y fase sintética: En la analítica el hombre son impulsos percepciones y pasiones, esto se da en el estado de naturaleza. Para Hobbes el IUS es el poder para obtener los deseos, luego para Hobbes en la fase sintética, a través de “las leyes de la naturaleza” que son consejos para salir del estado de naturaleza, estas hacen que el derecho se imponga y que por ello y derecho sea poder. Descasando así esta teoría en u n imperativismo voluntarista.

Locke, para este el derecho es una cualidad personal, siendo el ius un poder que emana del individuo, que se manifiesta en los derechos naturales. Para este el poder se legitima solo cuando este protege los derechos naturales.

Pufendorf, para este el ius es una cualidad moral que consiste en la libertad para actuar. Para este el concepto de LEX es una limitación de la libertad, lo cual para este se contrapone a la libertad e igualdad que se da en el estado de naturaleza, pero para este esté es incómodo e inseguro. De este salimos a través de la ley natural que obliga a pactar, siendo la clave que las obligaciones jurídicas, surgen del consentimiento. Siendo el derecho la libertad y la ley (LEX) o que la restringe. Dándose que del consentimiento a su vez surge el poder civil. Para Pufendorf algo importante para preservar esto, es necesario la coacción.

Los Kantianos (no Kant, sino los que lo interpretan) hacen la distinción entre la naturaleza y la libertad, siendo para los kantianos el derecho parte del ámbito de la libertad, siendo a su vez considerado la libertad por estos como: un poder general de actuación. Siendo por tanto el derecho entendido como que es: una emanación hacia

el exterior de la persona misma. Un concepto clásico Kantiano es: «Las esferas de libertad» para estos vivimos en esferas de libertad y esta es intocable, ¿Cómo limitamos la libertad? Por la voluntad de cada individuo, por lo que cada individuo limita la suya propia. ¿y como lo limitamos? Para los kantianos la libertad brota de una serie de preceptos racionales, que son anteriores a toda experiencia.

## 2. Tema 5

En esta en el positivismo se produce, que el derecho se relaciona con el estado, esto que se da en los países centro europeo, viéndose en el código Napoleónico, siendo tendente el estado.

En esta época se produce un descontento hacia el iusnaturalismo y sus abstracciones, ocurriendo que de lo abstracto se transite a lo real, dan en el Vold Gay (volvo gais)

Se da que es Savigny se da la idea de que una institución jurídica es un conjunto de relaciones jurídicas entramadas y unidas entre sí.

División del derecho, se da un derecho objetivo (las reglas) y el derecho subjetivo (ámbitos de actuación que brotan de la institución)

La pandectística considera al derecho y lo crea como uno perfectamente estructurado.

Para Bentham el derecho es mandato del gobernante, y el utilitarismo está con el concepto de utilidad máxima.

Además considera que el derecho rechazado sigue siendo derecho, por lo que sigue siendo derecho aunque nos parezca injusto.

Austin, el derecho como es (ciencias jurídicas materializado en los mandatos) y el derecho como debe ser (crítica moral al derecho) La clave será la jurisdicción efectiva.

En centro Europa, el derecho es entendido como ley estatal, y es entendido así no por la moralidad de la misma sino por el procedimiento, recordando todo esto en la bondad del estado, esta fe considera que el estado siempre creará elementos de bondad.

A partir de aquí se dará el movimiento codificador, que considera que el derecho se recoge en los códigos, que a su vez recogen leyes y facultades, al mismo tiempo surgen los sociologismos, que defienden que frente a la norma del estado hay unas realidades que no están recogidas por la ley del estado, pero que tienen capacidad de crear norma jurídica. Consideran que hay un pluralismo jurídico porque existe una legalidad extraestatal.

Positivismo psicológico, considera que la existencia de la ley se da por una aceptación de hecho de los ciudadanos, por la que los ciudadanos se vinculan a ella, y también de que al juez que le toca jugar se sienta vinculado a esta ley. Por lo que para estos existe la ley en la medida en la que me siento vinculado a ella, teniendo una dimensión psicológica y empírica.

Luego el realismo jurídico americano (luego escandinavo), esta aparece del juez OLIVER WENDELL HOLMES, este realismo es sociologista, por lo que también es empirista. Este vincula la jurisdicción al resultado producido por las sentencias, además este tiene cierto escepticismo hacia las normas jurídicas. Considerando estos que la ciencia jurídica son descripciones, que describen una realidad, por la cual el juez habrá

de decidir, en esta cuestión se podría considerar que estos ¿son positivistas? Si, dado que entienden que a la vez son positivistas mezclados con sociologistas y empiristas, y con cierta dimensión de utilitarismo.

### 3. Tema 6

Positivism, críticas a este en el siglo XX, positivismo incluyente, excluyente y ético-normativo.

El positivismo es exótico a la idea de justicia, considerando que el derecho sea una realidad de hecho, siendo esto criticado por Dworkin.

Wolke considera que existen principios que son instrumentos para el jurista con lo que en el mundo jurídico no solo hay normas sino que también hay principios.

Siendo el origen de los principios, no son dependientes de hechos sociales, pero como requisito deben ser coherente con las instituciones de este orden jurídico, además la interpretación de estos ha de ser acorde con el sistema que sustenta a este ordenamiento jurídico. Siendo estos argumentos morales de múltiple tipo, incluso culturales.

La diferencia entre el positivismo incluyente y el positivismo excluyente, hay que decir que la clasificación de estos surgen a posteriori, por lo que por tendencia al ver una corriente que difiere en ciertos contextos, se plantea otro calificativo, por lo que los autores o los críticos de la teoría del derecho crean una clasificación más: Hay que decir que una gran diferencia no hay, dado que ambos son positivismos, es decir, ambos parten de la idea central de que el derecho nace de la norma. El positivismo excluyente lo que hace es expulsar del derecho la moral, eliminando por ello el elemento valorativo, pero esto nos da la cuestión de cuando podemos coger un concepto para crear derecho. Estos creen que solo la autoridad está legitimada para incluir un elemento moral, al producir la norma, luego como Kelsen, se considera a través del acogimiento judicial, por la cual el juez al justificar la sentencia usa elementos morales. Por lo que para este, se nos dice, que «cuando el Juez acoge en su interpretación un elemento valorativo porque entiende que es útil». Por tanto el elemento fundamental es el **acogimiento judicial**.

### 4. Tema 7