



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**POSITIVISMO JURÍDICO Y
ORDEN CONSTITUCIONAL**

Autor: Alejandro-Fabio Gutiérrez González

5° E-3 B

Filosofía del Derecho

Tutor: Rafael Vega Pasquín

Madrid

Abril 2022

RESUMEN

La Filosofía del Derecho no es un compendio de teorizaciones y especulaciones acerca del Derecho. Es una disciplina viva y de gran incidencia práctica, sin la cual no se puede entender el Derecho del hoy ni su futuro.

En el Derecho de hoy sigue teniendo preeminencia fundamental la Constitución, expresión de la *forma de ser* de la Nación, vertebradora de su existencia y garante de la convivencia y paz social; de manera que la inadecuación de la Carta Magna a la realidad de la sociedad, su insuficiente flexibilidad, pueda quebrar la cohesión de la comunidad, sin la que una Nación no puede augurarse prosperidad futura.

A partir de la Teoría Tridimensional del Derecho y su dialecticidad, el Trabajo pretende analizar la evolución del Derecho desde la perspectiva del Positivismo jurídico -base del pensamiento jurídico contemporáneo- en diálogo con las demás corrientes jurídicas, para comprender el orden constitucional actual y su papel ante las exigencias de nuestro tiempo.

PALABRAS CLAVE

Orden constitucional, positivismo jurídico, dimensiones jurídicas, constitución, neoconstitucionalismo, evolución histórica

ABSTRACT

The Philosophy of Law is not a compendium of theories and speculations about Law. It is a living discipline with a great practical impact, without which neither today's nor the future's Law can be understood.

In today's Law, the Constitution continues to have a fundamental pre-eminence, as expression of the Nation's *way of being*, the backbone of its existence and guarantor of coexistence and social peace; so that the inadequacy of the Magna Carta to the reality of society, its insufficient flexibility can break the cohesion of the community, without which a Nation cannot predict future prosperity.

Starting from the Three-Dimensional Theory of Law and its dialecticity, the Work tries to analyse the evolution of Law from the perspective of Legal Positivism -the basis of contemporary legal thought- in dialogue with other legal currents, to understand the current constitutional order and its role in the face of the demands of our time.

KEY WORDS

Constitutional order, legal positivism, legal dimensions, constitution, neoconstitutionalism, historical evolution

ÍNDICE

. INTRODUCCIÓN	1
. CAPÍTULO I. TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y TRES CONCEPCIONES JURÍDICAS	4
. CAPÍTULO II. EVOLUCIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO.....	10
2.1. ANTECEDENTES	10
2.1.1. Sofistas, Pericles y Arquelaos	10
2.1.2. Thomas Hobbes	11
2.1.3. David Hume	12
2.2. NACIMIENTO Y DESARROLLO	13
2.2.1. Escuela de la Exégesis	13
2.2.2. Escuela Histórica	14
2.2.3. Jurisprudencia Analítica	16
2.2.4. Jurisprudencia de conceptos y de intereses	18
2.3. APOGEO.	22
2.3.1. Hans Kelsen	22
2.3.2. H.L.A. Hart	25
2.3.3. Norberto Bobbio y Peces-Barba	29
. CAPÍTULO III. POSITIVISMO JURÍDICO Y ORDEN CONSTITUCIONAL	31
3.1 SITUACIÓN ACTUAL.....	31
3.2. LA CONSTITUCIÓN	33
3.3. LA PROBLEMÁTICA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO	34
. CONCLUSIONES	43
. BIBLIOGRAFÍA	47

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo es mi primera incursión en la Filosofía del Derecho. Consciente de la brevedad de la vida y su ilusoriedad, la decisión de dedicar tiempo a esta disciplina tiene la siguiente justificación: Derecho, por ser elección de estudio académico y su carácter condicionante de la vida de las personas; Filosofía, por inquietud existencial y necesidad de realización. Mezclados pragmatismo y vocación, siento que la unión de ambos campos en la Filosofía del Derecho puede ayudar a entender la “cara oculta del Derecho”, ir más allá de la mayoría de conocimientos adquiridos en el Grado, consistentes en normas cambiantes y frías; en definitiva, satisfacer los por qué aparecidos durante la etapa universitaria que termina.

Consciente a su vez de mi curiosidad, ambición juvenil y de que mi única riqueza son mis dudas¹, que aumentan cuanto más sé; pero también de las limitaciones como neófito, el propósito de la tesina no es zanjar cuestiones largamente debatidas entre especialistas durante décadas, sino su estudio, reflexión y puesta al día, en consonancia con las exigencias de nuestro tiempo.

Al ser el Derecho invención humana, sometido por ello a evolución permanente, es necesario su entendimiento en relación con la realidad, histórica y actual. La Sociedad Occidental de hoy se caracteriza por el pluralismo y la velocidad en sus cambios, a un nivel nunca visto en la Historia, y el Derecho no puede abstraerse de las consecuencias que eso conlleva. Con el propósito de efectuar esa actualización, partiendo de la Teoría Tridimensional del Derecho de Miguel Reale como enfoque, como hilo conductor, se estudiarán las siguientes cuestiones:

. Las tres principales corrientes en la Filosofía del Derecho: iusnaturalismo, positivismo y realismo jurídico, realizando la comparativa y eligiendo una de ellas para explicar el devenir histórico de la teoría que nos permita explicar su presente, en diálogo con las otras y en consonancia con los factores históricos de cada etapa. Porque ninguna teoría jurídica resulta válida si no atiende a las exigencias de la sociedad actual y no se inserta en el desarrollo general de las ideas.

. La evolución del positivismo jurídico hasta desembocar en el neoconstitucionalismo. Sus antecedentes, ramas y autores fundamentales, enriquecidos con los aportes del

¹ Expresión recogida en el Discurso de aceptación del Premio Nobel de Literatura de 1957, por Albert Camus.

iusnaturalismo y el realismo jurídico, de los que empieza a nacer una nueva dimensión jurídica, llamada agente o institucional. Comprensión del constitucionalismo y la figura de la Constitución, reconociendo las características y desafíos a los que se enfrentan las sociedades y sistemas jurídicos actuales.

. El papel de la Constitución hoy, de acuerdo con las exigencias de nuestro tiempo, con una sugerencia del autor al respecto. Los problemas que se plantean al orden constitucional y sus posibles soluciones, investigando sus relaciones con las dimensiones jurídicas, y con mención particular a la situación en España.

En la situación de crisis actual de Occidente, el creciente malestar y división social y la indeterminación del Derecho, entre otros factores, hacen que nuestros ordenamientos jurídicos se encuentren en cuestión, el Derecho dé la sensación de operar defectuosamente, e incluso se ponga en duda la propia democracia en pos de una mayor efectividad, hasta tal punto de que las tiranías intentan apropiarse de ella y confundir o pervertir su esencia, cuando por ejemplo China habla de la “democracia que funciona”.

En esos regímenes el Derecho es eficaz, funciona perfectamente. Da la sensación de unidad política, de que la Ley no se discute, a costa de cualquier dimensión social, valorativa o institucional, con el sacrificio de derechos humanos y libertades, sin inclusión y partidos únicos. Si no queremos ni pretendemos renunciar a los avances realizados en el curso de los siglos, inspirados y obtenidos a cambio de la sangre de nuestros antepasados, la cuestión es: ¿es posible lograr eficacia y unión en nuestros sistemas sin menoscabo de los logros conseguidos o regresión en libertades, derechos y pluralismo? Aparecen numerosas cuestiones como: ¿cuál es la senda? ¿dónde están las causas de las críticas a los sistemas occidentales? ¿Acaso en los partidos políticos e instituciones, en la falta de juristas formados? ¿La Constitución sirve, es necesaria? ¿se puede estar fuera de ella, desobedecerla?

En ese contexto general voy a tratar de reforzar un orden justo, constitucional, donde el Derecho y la política formen parte de la solución y no del problema. Que se pueda ver que una verdadera democracia también puede funcionar, con respeto a los derechos humanos y libertades, y la legitimidad de la ley.

Como se puede observar, desde la Filosofía del Derecho surgen y se ramifican múltiples temas derivados de este Trabajo, muchos en conexión con la Filosofía Política o la Sociología. Excuso en las limitaciones propias del Trabajo de Fin de Grado el no poder

reflexionar sobre todas las cuestiones, por lo que en el desarrollo de la tesina ciertas cobrarán relevancia, otras no podrán ser abordadas, y varias se tratarán a pinceladas, lo suficiente para continuar el análisis -como pueda ser en el caso de los derechos humanos-, realizándose la conclusión sobre algunas con cierre en el marco constitucional.

CAPÍTULO I: TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y TRES CORRIENTES JURÍDICAS

El punto de referencia de este Trabajo lo constituye la Teoría Tridimensional del Derecho, desarrollada por Miguel Reale (1910-2006), principalmente en su obra homónima, a la que me remito.

Allí el autor no sólo asume la división tradicional del Derecho en sus tres dimensiones, común a tantos iusfilósofos, entre valor (justicia), hecho (eficacia) y norma (vigencia); sino que profundiza las relaciones entre ellas con el objetivo de obtener una visión más completa y precisa del Derecho. Conformarse con el esquema trillado sería un error, ya que “la norma jurídica no puede ser interpretada con abstracción de los hechos y valores que condicionaron su aparición; ni tampoco de los valores sobrevinientes, así como de la totalidad del ordenamiento en que se inserta”².

El ser humano se caracteriza por la consciencia de sí mismo, la capacidad de dar sentido a sus vivencias mediante el razonamiento, estableciendo valores que le permitan orientarse en la vida. A través del Derecho es capaz de establecer criterios de comportamiento que le ayuden a manejarse durante la existencia, en base a sus experiencias y valores. De ahí que, por un lado, cualquier conocimiento del hombre, y por ende del Derecho, que es la expresión de su vivir y convivir, privado de dimensión histórica sería equívoco y mutilado; y por otro, tampoco se puede prescindir de los valores, porque en el “modelo jurídico se tipifican tanto conductas como aspiraciones e intereses”³, que permiten al hombre mirarse a sí mismo y más allá de sí, al ser todo modelo social –jurídico incluido- dinámico, siéndole el movimiento inherente.

Por consiguiente, el Derecho es “una integración normativa de hechos según valores”⁴, resultado de la correlación e interdependencia entre hecho, valor y norma, en la que cada elemento tiene su rol:

Hecho, ya que “cada norma o conjunto de normas representan un momento histórico determinado en función de ciertas circunstancias”⁵. “Es todo aquello que en la vida del Derecho corresponde a lo ya dado en el medio social y que valorativamente se integra en

² Reale, M., *Teoría tridimensional del Derecho*, trad. Á. Mateos, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 75 y 76

³ *Ibíd.*, p.76.

⁴ *Ibíd.*, p. 103.

⁵ *Ibíd.*, p. 85.

la unidad ordenadora de la norma jurídica, resultando de la dialecticidad de dichos tres factores el Derecho como hecho histórico-cultural”⁶

Valor, “como uno de los factores constitutivos de esa realidad (función óptica), prisma de comprensión de la realidad (función gnoseológica) y razón determinante de la conducta (función deontológica)”⁷, pues “el proyectarse el hombre en el tiempo es la expresión misma del espíritu humano en acto, como posibilidad de actuación diversificada y libre”. La categoría del pasado es en cuanto hay posibilidad de futuro, dando significación al presente. Ese presente como “tensión entre pasado y futuro, el deber ser dando peso y significación a lo que se es y se fue” es lo que permite la correlación principal entre hecho y valor, historia y axiología.

Norma, que señala un momento de pausa, de objetividad relativa en el transcurso de las actividades constantemente efectuadas por individuos y colectivos, representando la manera positiva de calificación axiológica del hecho en una coyuntura dada. Esa pausa es la que ofrece certeza y seguridad. Por consiguiente, “toda norma jurídica señala una toma de postura ante los hechos en una función tensional de valores”⁸.

Una vez consideradas las relaciones entre las dimensiones, ayuda a entender el proceso de creación de las normas jurídicas y evolución del Derecho. La norma es creada en referencia a hechos y valores de aquel momento y, una vez emanada, comienza a estar sometida a cambios en los hechos y valores hasta que se hace necesaria su revocación. El mecanismo se repite sucesivamente, y demuestra “que ninguna norma surge ex nihilo, si no que presupone siempre una toma de posición ante hechos sociales, con vistas a la realización de determinados valores”⁹. Como toda obra humana, la jurídica se desvanecerá, con mayor o menor duración, si bien veremos que existen algunas que por ser expresión de “valores supremos”, de “constantes axiológicas”, pueden adquirir gran permanencia.

El cierre de presentación del eje interpretativo de este Trabajo se puede expresar con la propia conclusión que deja Miguel Reale. “Podemos aseverar, en conclusión, que tres estructuras jurídicas fundamentales se correlacionan y desdoblan en una proyección sucesiva: la del Derecho Natural, como esquema normativo de exigencias

⁶ *Ibíd.*, p. 86.

⁷ *Ibíd.*, p.76.

⁸ *Ibíd.*, p. 102.

⁹ *Ibíd.*, p. 106.

trascendentales; la del Derecho Positivo, como ordenamiento normativo de hechos y valores en el plano experiencial; y la de la Hermenéutica Jurídica, la cual, además de esclarecer el significado de las reglas positivas, les asegura una continua actualización y operatividad”¹⁰.

Desde esa base entenderemos el Derecho desde su dimensión final, con los problemas de legitimidad que se le plantean (Derecho Natural); como Derecho formal, a través de su validez (Derecho Positivo); y mediante su conexión e interacción con la realidad (Hermenéutica Jurídica), por lo que el olvido de alguna de las perspectivas nos llevaría a un conocimiento incompleto del orden jurídico

Y siendo cierto que no se puede mutilar ese entendimiento, conviene la explicación por separado de las derivadas jurídicas en las que se sustancian esas dimensiones para que después se puedan comprender en comunión y desarrollar una visión integral.

Si bien el análisis más completo de la situación actual del Derecho merecería un recorrido histórico por las tres principales corrientes del pensamiento jurídico, las exigencias de un escrito académico primerizo aconsejan optar –no porque sí, sino razonadamente- por una de ellas para facilitar la comprensión de su evolución. Eso sí, sin renunciar a su relato en diálogo con las restantes, como quedó claro en el Capítulo anterior.

Las corrientes hallan correspondencia con las 3 dimensiones del Derecho, y son: valor→ Iusnaturalismo, norma→ Positivismo y hecho→ Realismo. Advirtiendo de la diversidad de autores que se pueden clasificar en cada una de ellas, atendiendo al mayor enfoque a una de las dimensiones desde la que proyectan sus teorías, para facilitar la dialéctica se presentan sus rasgos comunes.

Iusnaturalismo

Manuel Atienza resume los postulados comunes en: 1) que por encima de un Derecho Positivo existe un Derecho Natural, un conjunto de normas y/o principios válidos para todos los tiempos y lugares; y 2) que el Derecho Positivo sólo es tal si concuerda con el Derecho Natural.

¹⁰ *Ibidem*, p. 116.

Ese Derecho Natural es cognoscible, de manera que las personas lo pueden conocer, si bien a lo largo de la Historia los diversos autores señalan distintas vías de su conocimiento: la revelación divina, la reflexión racional, la intuición, los sentidos...

Cabe destacar que el iusnaturalismo, en sus diversas variantes, fue la corriente iusfilosófica dominante desde sus inicios hasta el siglo XIX.

Positivismo jurídico

Su común denominador lo constituyen las tesis que siguen: 1) Tesis de las fuentes sociales del Derecho, por la cual “sólo es Derecho el Derecho Positivo, es decir, los diversos ordenamientos jurídicos positivos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente. Esta tesis insiste en que el Derecho es una creación humana e histórica (contingente, relativa en el espacio y en el tiempo), y no un producto de instancias trascendentes o metafísicas”¹¹. 2) Tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral, indicando que no existe una conexión necesaria entre ellos (un Derecho inmoral y criticable no dejaría de ser Derecho). Mantener esta tesis es compatible con cualquier postura sobre la moral. Por ejemplo, “en el terreno de la justicia, un iuspositivista puede ser emotivista (la justicia es algo emotivo e irracional, no hay criterios para justificar racionalmente nuestras preferencias morales: el discurso moral carece de sentido) (muchos juristas iuspositivistas -en absoluto todos- son además irracionalistas en ética, como Ross o Kelsen); o puede abrazar una determinada concepción de la justicia (utilitarismo, kantismo, historicismo, comunitarismo, marxismo, cristianismo...); incluso podría abrazar coherentemente (sin dejar de ser iuspositivista en cuanto al concepto de Derecho) una concepción de la justicia de tipo iusnaturalista: podría defender la primera de las tesis antes señaladas del iusnaturalismo y defender que lo justo consiste en ciertos principios naturales, universales, inmutables, etc. Simplemente dejaría de llamar Derecho a esos principios (y si no, tendría que aclarar que usa esta palabra en un sentido bien distinto: en el sentido de Moral); y en todo caso seguiría sosteniendo que el Derecho positivo, para ser Derecho, no necesariamente ha de ser conforme con esos principios morales naturales que él no obstante defiende (negaría la segunda tesis iusnaturalista): el

¹¹ Pérez Lledó, J.A y González Lagier, D., *Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin*, Universidad de Alicante, p.6.

Derecho positivo debería, según él, conformarse a esos principios morales, pero si no lo hace no por ello dejaría de ser Derecho.”¹²

Realismo jurídico

Relaciona el Derecho con la eficacia. El Derecho debe adaptarse a la realidad social y el juez cobra especial relevancia, al realizar su adecuación al hecho concreto. Lo relevante es el Derecho en la práctica, su incidencia en la realidad, y no el Derecho de los libros, siendo verdad lo que funciona, por lo que hay que entender el funcionamiento real del Derecho.

Como previamente se indicó, las anteriores corrientes son complementarias, como expresa con claridad Rafael Vega Pasquín:

“Y así, los iusnaturalismos han sabido mostrar la relevancia capital de la dimensión final o valorativa del derecho; pero también hemos aprendido que, si se reduce el derecho a unos fines o valores predeterminados, se cae en una inaceptable moralización del derecho. Por su parte, los positivismos jurídicos han contribuido a profundizar en el análisis y comprensión de la dimensión formal o normativa del derecho; pero la experiencia histórica nos ha enseñado que, si limitamos el derecho a los exclusivos márgenes de la forma normativa o la ley codificada, no se tardará en incurrir en los graves errores de los llamados formalismos jurídicos. Y finalmente, los realismos o sociologismos jurídicos nos han recordado la importancia y valor fáctico de la dimensión material o social del derecho; pero hoy también sabemos que, si se concibe el derecho como mero hecho social o como permanente adaptación a las variables demandas de la masa social, no podremos escapar del inevitable relativismo ligado a todo materialismo sociológico”¹³.

Sin embargo, la extensión requerida para este Trabajo de Fin de Grado exige el análisis del orden constitucional actual a través la dialéctica de las dimensiones desde una de las visiones, que en referencia a las demás faciliten la redacción y descripción de su desenvolvimiento.

La corriente elegida para realizar esa labor es el positivismo jurídico. Desde la dimensión normativa es más sencillo explicar las aportaciones de la evolución jurídica porque en el positivismo se incorporan, a partir de su génesis, la dimensión valorativa y,

¹² *Ibidem*, pp. 6 y 7.

¹³ Vega Pasquín, R., “Reflexiones sobre la concepción y el ejercicio del Derecho: neoconstitucionalismo y claves hermenéuticas”, *Revista DOXA*, n. 38, 2015, p. 288.

posteriormente, la dimensión fáctica del Derecho. Además, la concepción positivista se acerca más al uso que se hace del Derecho en las profesiones jurídicas, en la praxis, y en ella se contiene la nota de coactividad que distingue al Derecho de las demás disciplinas del saber humano, como podrían ser la Moral o la Sociología, más próximas al iusnaturalismo y al realismo, de manera que más decisivamente que en las demás dimensiones, sin la dimensión normativa el Derecho no sería Derecho, y los valores y hechos sociales deben ser normativizados para tener esa coactividad, para ser Derecho. De este modo, ser positivista jurídico es “semejante a ser evolucionista en el campo de la biología: no se puede no serlo, aunque sea posible defender distintas teorías de la evolución”¹⁴, distintas teorías jurídicas, pues sus dos tesis de partida constituyen “una especie de acuerdo indisputado por todos aquellos que hacen teoría del Derecho”¹⁵.

¹⁴ Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 2007, p. 45.

¹⁵ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Revista Isonomía*, n.27, Alicante, 2007, p. 21.

CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO

2.1 Antecedentes

Precursores históricos del positivismo jurídico, en el sentido de precursores de sus principales tesis, tenemos entre otros a los sofistas, Thomas Hobbes y David Hume. La principal intención del apartado es comprender que los cambios, en este caso en el desarrollo del Derecho, no son repentinos -nada puede nacer de nada-, sino que siempre tienen un sustrato previo que puede permanecer inadvertido o no ser predominante durante un tiempo, pero que después influye en el devenir de las cosas.

3.1.1 Sofistas, Pericles y Arquelaos

Los antiguos griegos, que inauguran el pensamiento occidental, ya distinguían entre *physis* y *nómos*, ley de la naturaleza y ley de los hombres. No obstante, el *nómos* “permanecerá todavía atado a lo cósmico-teológico y, en última instancia, controlado por una divinidad”¹⁶, y recibido de la voluntad de los dioses, ya sea directamente de Zeus o Dice. En este ambiente, los sofistas son los primeros que piensan que las leyes del hombre las hacen los hombres por y para ellos, separando la ley de la naturaleza de la humana.

Por ende, en los sofistas se hallan los cimientos iniciales sobre los que se sustentaran las tesis positivistas, que son el relativismo y el contractualismo. El relativismo no admite la existencia de unos valores universales e intemporales comunes, sino que al decir de Protágoras “el hombre es la medida de las cosas”, de manera que conceptos como justicia o injusticia dependen de la persona que lo aprecia. El contractualismo explica la Ley como resultado de convención humana, producto de intereses, a decir de Licofrón “garante de los derechos recíprocos, pero no en un medio para hacer ciudadanos buenos y justos”¹⁷. “Ni el derecho ni la justicia son absolutos; y no pueden serlo cuando son fruto de la convención y las maneras de convenir varían de tiempo en tiempo y de lugar en lugar”¹⁸.

¹⁶ Barbieri, J., “Physis frente a nomos: el eterno retorno”, *Dikaion*, vol. 20, n.1, Buenos Aires, 2011.

([http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422011000100004#:~:text=El%20n%C3%B3mos%20es%20algo%20humano,\(si%20es%20que%20existi%C3%B3\)](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422011000100004#:~:text=El%20n%C3%B3mos%20es%20algo%20humano,(si%20es%20que%20existi%C3%B3)))

¹⁷ Reyes Reyes, V., “Concepciones sofistas de la justicia”, *Jurídica anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*, vol. 28, 1998, p. 575.

¹⁸ *Ibidem*, p. 572.

Al respecto son también premonitorias y conocidas las sentencias de Trasímaco (“lo justo no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte”¹⁹) y Calicles (“lo justo: que el fuerte domine al débil y posea más”²⁰ y “es lo justo por naturaleza: que las vacas y todos los demás bienes de los inferiores y los débiles sean del superior y del más poderoso”²¹).

Según Jenofonte, para Pericles la ley era “todo cuanto el poder deliberante de la ciudad decide que hay que hacer se llama ley (...) también lo que el tirano en el ejercicio del gobierno decreta, también eso se llama ley”²²”, frase análoga a la atribuida a Arquelaos, pupilo de Anaxágoras: “no existe un justo por naturaleza, sino sólo por ley”²³; ambas expresiones que claramente anteceden al iuspositivismo.

2.1.2 Thomas Hobbes (1588-1679)

Padre del Estado Moderno y el contractualismo, del que hubo esbozos en algunos sofistas.

En su obra aporta “el primer intento de teorización de la ley, como suprema expresión de control estatal, proveniente de los hombres y no de los dioses y al mismo tiempo el primer intento de colocar la ley de origen humano en un lugar de privilegio dentro de las fuentes generadoras de Derecho, todo ello enmarcado en un esfuerzo de científicización de la filosofía política y moral, ante una búsqueda de soportes más sólidos que los explícitamente rechazados”²⁴.

Concibe por estado de naturaleza del hombre la guerra permanente de todos contra todos, que tiene por consecuencia la inexistencia de la injusticia (“donde no hay ley no hay justicia, (..) sólo pertenece a cada uno lo que quiera tomar, y sólo en tanto puede conservarlo”²⁵). Como el ser humano ansía tranquilidad y seguridad, impulsado por el temor a la muerte, las agresiones y desconfianza; la manera de lograrlo consiste en la renuncia del derecho a hacer lo que a uno le agrada y su transferencia al soberano, que se convierte en garante del contrato efectuado entre las personas, proporcionándoles a cambio protección/seguridad.

¹⁹ Platón, *La República*, Instituto de Estudios Políticos, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, Madrid, 1949, p. 23.

²⁰ Platón, *Gorgias*, Gredos, traducción de J. Calonge, Madrid, 1987, p. 81.

²¹ *Ibíd.*, p. 82.

²² Jenofonte, *Recuerdos de Sócrates*, Gredos, traducción de Juan Zaragoza, Madrid, 1993, p. 35.

²³ Laercio, D., *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, trad. J. Ortiz y Sainz, Luis Navarro Editor, Madrid, 1887, p. 105.

²⁴ Bolaños, M., “El positivismo jurídico en la filosofía política de Thomas Hobbes”, *Ágora*, n. 21, 2008, p. 150.

²⁵ Hobbes, T., *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, Méjico D.F, 1980, p. 104.

De ahí surge el Estado, entendiendo la ley civil como aquellas reglas que el Estado ha ordenado a sus súbditos “para que las utilice en distinguir lo justo y lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley”²⁶.

Con esa identificación entre Derecho y Moral es evidente que en la teoría de Hobbes se advierte lo que recibiría posteriormente la denominación de positivismo ideológico o formalismo jurídico radical, reduccionismo por el cual el Derecho es moral por el simple hecho de ser Derecho.

2.1.3 David Hume (1711-1776)

Adscrito al empirismo y al escepticismo, es un exponente del emotivismo ético al señalar que los juicios de valor son meras opiniones y no tienen explicación empírica; que el llamado Derecho Natural no existe propiamente sino como proyección de intereses, ideologías...

Para el filósofo escocés la moralidad deriva de la utilidad y el Derecho se identifica con un remedio-artificio que se plasma en una convención. Dicho remedio-artificio se basa, pues, en la utilidad pública que proporciona, por lo que se le suele considerar un precursor de los utilitaristas.

Así, cuando habla de justicia “no hace referencia a una instancia trascendente o abstracta, sino a las normas conformadoras de la sociedad, normas que giran en torno al derecho de propiedad”²⁷. A partir de una concepción del estado de naturaleza similar a Hobbes, en la que los seres humanos poseen un impulso hacia la riquezas y la posesión de bienes, las reglas de justicia son un contenido mínimo convencional y un remedio artificial ante esos instintos, naciendo la convención de la suma de los intereses de los individuos y no de una promesa o contrato, a diferencia de Hobbes, siendo ese interés el que “indirectamente restringe y canaliza el deseo de poseer los bienes de los demás y limita así el objeto de los conflictos entre los agentes, conflictos que son expresión del egoísmo”²⁸.

2.2. El nacimiento y desarrollo del Positivismo jurídico.

Las tres principales vertientes iuspositivistas que dan comienzo al Derecho Moderno comparten su adscripción al conocido por formalismo jurídico. El presente epígrafe dará

²⁶ *Ibidem*, p. 217.

²⁷ Martínez de Pisón Caveró, J., *La filosofía jurídico política de Hume*, Servicio de publicaciones Universidad de la Rioja, Zaragoza, 1989, pp.194 y 195.

²⁸ *Ibidem*, p. 196.

repasso a la Escuela de la Exégesis, identificada con el formalismo legalista; la Jurisprudencia Analítica, identificada con el formalismo jurisprudencial; y la Jurisprudencia de Conceptos, que se corresponde con el formalismo conceptual, y que desembocó en la Jurisprudencia de Intereses, que junto con la Escuela Histórica y la influencia del realismo jurídico introducen mayor pragmatismo en la Ciencia Jurídica, esenciales para nuestro Trabajo.

2.2.1. Escuela de la Exégesis

La Codificación es el germen del positivismo jurídico y a su alrededor surge la Escuela de la Exégesis.

Con el fin del Antiguo Régimen y el nacimiento de los Estados-Nación (proceso que se prolongará bastante para su culminación como en caso de Alemania o Italia), la Codificación representa la voluntad unificadora y centralizadora de aquellos momentos, una solución frente a la confusión jurídica originada por la coexistencia en la misma Nación de diversos ordenamientos y normas, tanto desde el punto de vista material, como territorial y estamental, ya que aún convivían, por ejemplo, la compilación justinianea con sus glosas y comentarios, el derecho feudal medieval, los usos de comercio, el derecho gremial, los privilegios nobiliarios y eclesiásticos o los estatutos propios de las ciudades y demás fueros.

La llegada de la Revolución Francesa y las revoluciones liberales consagran la igualdad de todos ante la Ley; y triunfantes sus ideas a lomos de Napoleón Bonaparte, se expanden por Europa con la promulgación del Código Napoleónico (1804), quedando esos valores de corte iusnaturalista-racionalista del siglo anterior allí consagrados.

Posteriormente, “el pensamiento jurídico se desentiende del Derecho Natural por considerarse que en su totalidad había quedado plasmado en el Código”²⁹, y en especial “la influencia del iusnaturalismo racionalista quedó reflejada en el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico. En estos códigos se establece la obligación del juez de dictar sentencia, pero no se le autoriza a recurrir a elementos ajenos al código para hacerlo, ni siquiera en caso de indeterminación de la norma, pues se presume que el Código es completo (carece de lagunas) o se autointegra. De esta manera, se trata de reducir el poder de los jueces (manteniendo la separación de poderes) y de asegurar la seguridad o certeza

²⁹ Emiliano Suárez, E., *Introducción al Derecho*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2020, p. 205.

jurídica. Ambos principios -separación de poderes y seguridad jurídica- son de inspiración iusnaturalista, y fueron a su vez los que generaron la creencia de que todo el Derecho está contenido en los códigos, que sólo el Derecho legislado es Derecho; esto es, el germen de la concepción que hoy llamamos positivismo jurídico.”³⁰

Éste hecho, la Codificación, es fundamental, porque con él se incorpora al Derecho Positivo la dimensión axiológica resultante, los valores victoriosos y filtrados a lo largo de siglos de pensamiento y civilización Occidental, en el discurrir dialéctico-histórico, desde Grecia hasta la Revolución Francesa, pasando por Roma, el cristianismo y la Ilustración. Marca, pues, el paso del Iusnaturalismo al Positivismo jurídico.

Resultante de aquello, la Escuela de la Exégesis sostiene que el jurista debe ocuparse del Derecho Positivo, que está constituido exclusivamente por la ley, entendiendo por ella lo prescrito en el Código, prescindiendo del resto de fuentes del Derecho como la costumbre. Al ser el Derecho ley, éste tiene carácter estatal.

La primacía, la identificación con la Ley, implica en un primer momento una interpretación literalista, y en su defecto impone una gramatical y lógica, en busca de la voluntad del legislador.

2.2.2 Escuela Histórica

La Escuela Histórica del Derecho tiene su origen en la reacción “contra los excesos racionalistas del iusnaturalismo (que confía incondicionalmente en los enunciados de la razón humana expresados por el legislador), como contra las conclusiones de la Escuela de la Exégesis francesa que considera como el único derecho al emanado de la ley”³¹. Hay que recordar que el Derecho Natural racionalista, particularmente el de los siglos XVII y XVIII, “partía de la existencia de un orden universal de las cosas, del que el hombre por el raciocinio podía extraer proposiciones válidas para el comportamiento humano”³².

La cristalización propia de la Escuela de la Exégesis, al suponer que en el Derecho (Código) están las respuestas a los problemas que se planteen, trasladando la

³⁰ Pérez Lledó, J.A y González Lagier, D., Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin, Universidad de Alicante, p.29.

³¹ Emiliano Suárez, E., *Introducción al Derecho*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2020, p. 207.

³² González Vicén, F., “Rudolf von Jhering y el método jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.4, 1987, p. 247.

inmutabilidad del Derecho Natural al Derecho Positivo, hace que no se adecue a los cambios de la realidad social que a su vez reclaman cambios en el Derecho. A su vez, la interpretación de la Ley atendiendo a la intención del legislador da lugar a variadas interpretaciones según el intérprete, ya que en ocasiones no es fácil conocer la voluntad del legislador o proyectarla en otro contexto.

Frente a ambos problemas, la Escuela Histórica señala que ninguna época surge porque sí, sino en continuidad indisoluble con su pasado, lo que ocurre con el Derecho, que no es una creación arbitraria del Estado, sino “un producto de la Historia, del espíritu del pueblo (volkgeist) que se expresa en forma directa e inmediata a través de la costumbre”³³, por lo que para conocer el Derecho hay que estudiar la historia. Aquí se puede observar la incorporación de la dimensión fáctica/histórica del Derecho.

Por consiguiente, puede afirmarse que la Escuela Histórica es opuesta a la Codificación porque inmovilizaría un Derecho cuya naturaleza le impulsa a un cambio mantenido; y al Derecho Natural porque el Derecho, debido al permanente devenir histórico, “no puede considerarse inmutable y universal, sino dependiente de los hechos particulares de cada pueblo o nación”³⁴. No es que se niegue la existencia de un Derecho Natural, debido a que el Derecho es producto de un proceso histórico y no de la razón; se rechaza también la existencia de un Derecho sólo, habiendo tantos <<Derechos>> como pueblos capaces de desarrollarlos.

No obstante, esa oposición a la Codificación no es óbice para reconocer que, pese a no ser el Derecho un sistema en origen, no deba ser sistematizado/positivizado debido a la gran cantidad y complejidad de normas procedente de la acumulación histórica, que hace necesario construir “un sistema de conceptos jurídicos que presente de forma ordenada el Derecho y saque a la luz las conclusiones que puedan derivarse lógicamente de él”³⁵.

Para efectuar la labor sistematizadora, la Escuela Histórica añade, además del lógico y gramatical propios de la Exégesis, los elementos de interpretación histórico y sistemático, aportando además por corolario que “la interpretación deja de ser una actividad que se pone en marcha sólo frente a una norma dudosa o imprecisa para ser una tarea necesaria

³³ Emiliano Suárez, E., *Introducción al Derecho*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2020, p. 207.

³⁴ Pérez Lledó, J.A y González Lagier, D., *Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin*, Universidad de Alicante, p. 54.

³⁵ Ídem.

a la aplicación”³⁶, ya que para extraer los principios básicos y hacer accesible el Derecho a través de la sistematización es necesaria la interpretación de las normas en su conjunto.

2.2.3. Jurisprudencia analítica

Las ideas de estabilidad y certidumbre del Derecho que circulaban por el continente también tuvieron eco en Inglaterra, pero de manera más limitada, ya que no se apreciaba con igual premura la necesidad de frenar a los jueces, cuya labor desde siempre contenía el despotismo de los monarcas; y por el menor absolutismo de sus reyes.

En consecuencia, no llegó a implantarse la Codificación, aunque surgieron relevantes aportaciones, de las cuales sus principales autores son Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859).

Bentham:

Fundador del utilitarismo, concibe el Derecho como conjunto de mandatos procedentes de quien ostenta el poder. El fin del ser humano es alcanzar la felicidad, por lo que la moralidad de una acción pasa por causar la mayor felicidad del mayor número de personas.

Por ende, niega la existencia de la ley natural, al no ser la razón innata al hombre, que se guía en términos placer/dolor, pues “si efectivamente existiera una ley natural que dirigiera a los hombres hacia el bien común, lo que ocurriría es que no serían necesarias las leyes”³⁷. Por eso, pese a ser en principio partidario de la Codificación, no compartía el iusnaturalismo inspirador de la mayoría de los códigos.

Ese rechazo al Derecho Natural, su concepción del Derecho y la negación de la fundamentación del Estado en un pacto o contrato, debido a que su base es simplemente la ostentación de mayor fuerza, provocan que también rechace los derechos humanos; entendidos como inmutables y previos al Estado, y reconocidos por éste mediante el contrato. Sin embargo, debe entenderse la crítica en sentido metodológico, al criticar sobre todo su sustrato iusnaturalista.

³⁶ Emiliano Suárez, E., *Introducción al Derecho*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2020, p. 208.

³⁷ Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 2007, p. 118.

Por último, el utilitarismo abre el paso a un tipo de moral “flexible, pragmática y realista que precisamente por eso puede ser más humana”³⁸ que aquellos modelos que pretender imponer ideales excelsos de conducta.

Austin:

Discípulo de Bentham, mantiene su definición de Derecho en conjunto de mandatos emitidos por un soberano y, puesto que el soberano tiene la mayor fuerza, puede sancionar su incumplimiento, siendo esos mandatos deberes para los súbditos, por lo que en la concepción del Derecho de Austin también mandato, sanción y deber están unidos de manera indisociable, no pudiendo haber norma sin sanción. Las normas lo son en función de provenir del soberano, cerrando su teoría jurídica en su figura, al ser el soberano “aquél que recibe obediencia habitual y no obedece a nadie”³⁹.

En relación a la pertenencia al Derecho de costumbre y jurisprudencia, la costumbre está comprendida en la medida que el soberano la imponga, y la jurisprudencia pertenece porque se entiende que el soberano delega en los jueces su potestad.

Esa concepción del Derecho dio lugar a las matizaciones de Kelsen y Hart.

Kelsen critica la asimilación de norma jurídica en mandato proveniente del soberano, por cuanto las normas jurídicas, “como juicios de deber ser, carecen de una voluntad psicológica”⁴⁰.

Hart ataca la vinculación entre mandato y sanción, y el cierre del sistema en la figura del soberano. En la primera cuestión establece que no toda norma lleva aparejada una sanción; es el caso de las normas que otorgan facultades, cuyo ejercicio puede incluso dejarse al arbitrio de su titular. En la segunda reprueba su fundamentación en la obediencia habitual, señalando que no explica la continuidad del Derecho tras la sucesión de soberanos. Es este sentido, remarca:

“Los hábitos de obediencia (...) no bastan para dar razón del derecho de un sucesor a suceder, ni de la consiguiente continuidad de la potestad legislativa. Primero, porque los hábitos no son normativos; ellos no pueden conferir derechos o autoridad a nadie. En

³⁸ *Ibíd.*, p. 120.

³⁹ Pérez Lledó, J.A y González Lagier, D., *Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin*, Universidad de Alicante, p. 38.

⁴⁰ Emiliano Suárez, E., *Introducción al Derecho*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2020, p. 88.

segundo lugar, porque los hábitos de obediencia a un individuo no pueden, a diferencia de las reglas aceptadas, referirse por igual a una clase o línea de legisladores sucesivos futuros y al legislador actual, o hacer que la obediencia a aquéllos sea probable. Así, el hecho de que haya obediencia habitual a un legislador no fundamenta el enunciado de que su sucesor tiene derecho a dictar normas, ni el enunciado fáctico de que es probable que sea obedecido.”⁴¹

2.2.4. Jurisprudencia de conceptos y de intereses.

Con la Jurisprudencia de conceptos, la senda marcada por la Escuela Histórica continúa hasta representar el punto álgido del formalismo jurídico, concibiendo el Derecho como un sistema de conceptos abstractos e interconectados. Al haber una variedad de Derechos, se trata de comprender el Derecho Positivo en todas sus manifestaciones y “esto sólo es posible por su reducción a sistema, es decir, por el conocimiento y exposición de la conexión interna o la afinidad, por virtud de las cuales los conceptos o los preceptos jurídicos singulares se combinan en una gran unidad”⁴².

Siguiendo entonces ésa influencia de la Escuela Histórica, que intenta conjugar “el método histórico con la elaboración de sistemas a partir de los conceptos jurídicos”, en la Jurisprudencia de conceptos se busca elaborar un sistema de conceptos (el Derecho científico) a través de los materiales jurídicos.

En su afán científico, autores como Ihering en su juventud tratan de depurar las fuentes del Derecho, eliminando lo accidental -menor o mayor número de normas, contenido de ellas, repeticiones, redundancias- para alcanzar su sustancia, la verdadera naturaleza del Derecho, los conceptos ordenados en sistema, lo que permita al jurista no tanto el conocimiento de un ordenamiento jurídico concreto sino examinar cualquier ordenamiento y “las categorías comunes a cualquier Derecho.”

Sin embargo, con el paso del tiempo, Ihering -exponente principal de la Jurisprudencia de conceptos- abandona el formalismo y va tomando una posición antiformalista. Adquiere conciencia de que “todo ese culto de lo lógico, que quiere hacer de la jurisprudencia una matemática del Derecho, no es más que un error y descansa en un

⁴¹ Hart, H. L. A, *El concepto de Derecho*, trad. Genero R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 75.

⁴² González Vicén, F., “Rudolf von Ihering y el método jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.4, 1987, p. 224.

desconocimiento de la esencia del Derecho. La vida no se da por razón de los conceptos, sino los conceptos por razón de la vida. No lo que la lógica postula, sino lo que la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico postulan es lo que tiene que acontecer, sea o no deducible lógicamente”⁴³.

La evolución del pensamiento de Ihering está marcada por la Historia. De la Restauración se pasa a una serie de estallidos sociales y revolucionarios, y la mitad del s. XIX asiste al desarrollo de la industrialización y el surgimiento de las nuevas clases sociales. La sociedad conservadora y tradicional que conoció en su mocedad ebulle en una sociedad en la que “cada uno es fin para sí mismo y todos los demás no son nada para él”⁴⁴. Resulta revelador cuando señala, burlándose del anterior movimiento en el que militó, que “los tronos se vienen abajo, los pueblos desaparecen, el mundo entero está sometido al cambio, pero en el terreno de la jurisprudencia conceptual hay relaciones jurídicas que se burlan de todo cambio, a las que el tiempo no puede afectar en nada”⁴⁵. Ahí se percata de la importancia de la función social del Derecho, y de la influencia decisiva de los hechos sociales, apareciendo de nuevo la dimensión fáctica con dominancia. También es crítico con la Escuela Histórica: “opondremos a la doctrina de Savigny, que nos presenta al derecho como algo que nace indolora y pacíficamente desde las entrañas de la convicción del pueblo, nuestra teoría, que es diametralmente opuesta; (...) los pueblos no llegan al Derecho sin penosos esfuerzos, sin trabajos innumerables, sin luchas continuas y hasta vertiendo su propia sangre, que es precisamente la que hace nacer entre los pueblos y su derecho ese lazo interno”⁴⁶.

Desde entonces Ihering postula que el Derecho es un medio para tratar de dar respuesta a las necesidades de las sociedades, es el “resultado de la acción consciente del hombre”⁴⁷, siendo los fines que se propone alcanzar el ser humanos los que crean el Derecho, o, mejor dicho, los Derechos, porque cada sociedad articula su Derecho en función de sus fines particulares. Nace la llamada Jurisprudencia de intereses.

⁴³ Von Ihering, R., *El espíritu del Derecho Romano*, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Editorial Comares, Granada, 1998, tomo III, p. 321.

⁴⁴ Hegel, G. W. F., *Principios de Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975, p. 227.

⁴⁵ González Vicén, F., “Rudolf von Ihering y el método jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.4, 1987, p. 233.

⁴⁶ Von Ihering, R., *La lucha por el Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, pp.57 y 59

⁴⁷ González Vicén, F., “Rudolf von Ihering y el método jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.4, 1987, p. 239.

Según él el fin supremo del Derecho, el para qué de su existencia sería la subsistencia de la sociedad, considerando el Derecho el conjunto de normas coactivas válidas en un Estado.

Para ser capaz de entrever los fines que con sus hilos guían la suerte del Derecho de los pueblos es menester descender a la observación histórica y de la realidad social, adquirir pulsión sociológica. Se añade el criterio de interpretación teleológica.

En paralelo a estos procesos, en Estados Unidos se desarrolla el formalismo jurisprudencial, de marcado impulso universitario, que posteriormente daría lugar a la aparición del realismo jurídico.

Si bien el formalismo jurisprudencial americano compartía creencias del formalismo continental, como la plenitud del ordenamiento jurídico, la identificación del Derecho con el de los libros, el recurso a la lógica, la importancia de la certeza y predictibilidad... aparecen las novedades del *case method* y el *due process*. Por una parte, en el *case method* el “estudio de las sentencias concretas no es más que la vía para abstraer y construir, a partir de ese material casuístico en bruto y desordenado, un sistema completo y lógicamente consistente”⁴⁸, aislando ese estudio de otros campos sociales ajenos a lo jurídico, con la pretensión de dar un carácter científico y puro a la investigación del Derecho. Por otro lado, la doctrina del debido proceso, en sus inicios referida a las garantías procesales, fue evolucionando al amparo del Tribunal Supremo, hasta significar un “derecho a que en el proceso se apliquen leyes razonables (..) por lo que esta cláusula del debido proceso permitía invalidar aquellas leyes que los tribunales no consideraran razonables”⁴⁹, dando lugar a un aumento de la discrecionalidad de los jueces y abriendo las puertas a una suerte de activismo judicial, tendencias que desembocarán en el realismo jurídico.

El realismo jurídico parte del pragmatismo y se nutre en sus inicios principalmente de las aportaciones de Oliver Wendell Holmes (1841-1935) y Roscoe Pound (1870-1964).

El pragmatismo busca lo práctico, lo útil, considerando *grosso modo* que es verdad aquello que funciona, con lo que se enfrenta a los formalistas acerca de sus aseveraciones

⁴⁸ Pérez Lledó, J.A y González Lagier, D., *Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin*, Universidad de Alicante, p.67.

⁴⁹ *Ibidem*, p.69.

sobre la absoluta verdad de la doctrina y principios jurídicos sustraídos a través de las sentencias o el análisis de las reglas.

En este sentido, y un poco antes de que Ihering comenzara la crítica del formalismo conceptual, Wendell Holmes rechaza el formalismo jurisprudencial, concibiendo un enfoque instrumental del Derecho e insistiendo en la separación entre Moral y Derecho. Según esa concepción, el Derecho ha de ser empleado “como un instrumento, un medio deliberadamente diseñado por el hombre para la satisfacción de demandas e intereses sociales que son extrínsecos al propio Derecho (frente a visiones del Derecho como un fin en sí mismo: como expresión de "la Razón", o de valores "objetivos" y absolutos no dependientes de deseos sociales contingentes; o como expresión de la libre voluntad de un soberano; o de una tendencia de desarrollo histórico)”⁵⁰, por lo cual lo relevante no es conocer el Derecho formal, abstracto, sino “su funcionamiento real (el Derecho en acción, en la práctica, sobre todo judicial), ya que lo que interesa es poder predecir las consecuencias jurídicas reales de nuestra conducta, y así actuar en consecuencia: si adopto esta estrategia, el Derecho me servirá para mis fines”⁵¹. Por consiguiente, se trata de efectuar predicciones jurídicas, prever la actuación de los tribunales con independencia de que resulte justo o injusto.

Por su parte, Roscoe Pound, influido por la revuelta antiformalista de Ihering y Holmes, sostiene la importancia de la investigación sociológica en relación con la Historia del Derecho y el Derecho actual, al ser el Derecho garante de la cohesión social, armonizador de las disputas que surgen en la sociedad, por lo que para mantener el equilibrio es necesario que el Derecho evolucione conforme al desarrollo de la realidad social.

Así surge el realismo y sus principales vertientes, el realismo norteamericano y el escandinavo. Los rasgos generales del realismo norteamericano son esa concepción dinámica e instrumental del Derecho, como algo que se encuentra en continuo movimiento, creado primordialmente por jueces y como medio para la consecución de fines sociales; la concepción dinámica de la sociedad, que está en fluir constante, debiendo el Derecho ser revisado para adaptarlo a los cambios de la realidad; y la desconfianza hacia la creencia de que “las tradicionales formulaciones de las reglas, en cuanto que prescripciones, son el factor decisivo en las decisiones judiciales. Esto supone

⁵⁰ *Ibidem*, p.72.

⁵¹ *Ídem*.

la adopción, para explicar las fundamentaciones de las sentencias judiciales, de la “teoría de la racionalización a posteriori” (una vez tomada ya la decisión, sobre la base de factores distintos de las reglas, ésta se fundamenta luego como si hubiera sido tomada siguiendo reglas)”⁵². Es relevante reseñar la influencia de la racionalización a posteriori, que en ocasiones se usa aún, especialmente en Tribunales Constitucionales. Más tarde el realismo escandinavo, con Alf Ross (1899-1979) a la cabeza, procura conciliar lo anterior con la noción de validez, acercar la dimensión fáctica a la normativa.

Por tanto, con la Jurisprudencia de intereses y el realismo jurídico la dimensión fáctica se incorpora definitivamente a la normativa, y se abandona el formalismo estricto de inicios del positivismo, el llamado positivismo ideológico.

2.3. Apogeo del Positivismo Jurídico.

A partir de Hans Kelsen, el autor más influyente del positivismo jurídico, y hasta el día de hoy se pueden diferenciar -a grandes rasgos- tres pasos en la evolución del positivismo jurídico. La 1ª etapa corresponde al desarrollo de la Teoría de la norma jurídica, cuyos máximos exponentes son Kelsen y Hart; en una 2ª etapa el enfoque se ampliaría hacia una Teoría del ordenamiento jurídico, siendo el estudio no tanto sólo de normas sino más focalizado en el sistema u ordenamiento, introduciendo en las teorizaciones los derechos humanos; y en la 3ª etapa, correspondiente a la situación actual, se habla de pospositivismo e incluso de una nueva dimensión jurídica con la irrupción de la corriente de principios.

2.3.1. Hans Kelsen (1881-1973)

Kelsen es considerado simultáneamente el heredero de la tradición anterior y el primer filósofo del Derecho moderno. Es el máximo adalid del denominado positivismo metodológico, que pretende una aproximación científica al fenómeno jurídico, entendiendo que el Derecho positivo es el único Derecho empíricamente demostrable, y por ello el único susceptible de ser explicado de manera objetiva y general.

En el propósito de elaborar una auténtica ciencia del Derecho, Kelsen se propone liberar el Derecho de las oscuridades y confusiones acumuladas en su rededor a lo largo del

⁵² *Ibidem*, p.80.

tiempo, junto con otras materias relacionadas con el Derecho como la Ética, la Sociología, la Psicología...

Esa liberación se consigue mediante la depuración del Derecho, el objeto de estudio, que requiere de dos purificaciones. La primera purificación comprende la distinción de Derecho y Ética, Derecho y Moral, toda vez que considera que “no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos”⁵³; y la segunda purificación consiste en separar las normas de los hechos, de consideraciones empíricas, psicológicas, sociológicas. Efectuadas ambas depuraciones, el resultado, el residuo es la ciencia jurídica en pureza. Aquí hay que aclarar, no obstante, que, aunque pudiera parecer lo contrario, Kelsen no niega la influencia de los hechos y valores en el Derecho, pero considera que su estudio no corresponde al científico jurídico.

Su definición del Derecho como conjunto de normas coactivas refleja ambas purificaciones, y permite superar los problemas de “explicar la permanencia de las normas cuando cambia el soberano o el carácter normativo de las costumbres”⁵⁴, como le sucedía a Austin, ya que no contempla las normas por producto de la voluntad del soberano, sino que “se independizan de la autoridad que las dictó”⁵⁵.

Por un lado, el Derecho tiene carácter normativo, es una ciencia normativa, que se ocupa del *deber ser*, que se distingue del mundo del *ser*, de las ciencias naturales y sociales, al regirse por el principio de imputación (si es A, entonces *debe ser* B; quien roba debe ser castigado a pena de prisión) y no por el de causalidad (si es A, entonces *es* B; si se calienta un cuerpo de metal, entonces se dilata). Las relaciones de causalidad son independientes de la intervención humana y su cadena de causas y efectos es ilimitada, mientras que las relaciones de imputación requieren del concurso de la autoridad, y su cadena de sucesos no es ilimitada, teniendo “un principio en el acto de creación de la norma y un final en el acto de aplicación”⁵⁶.

Por el otro lado, el Derecho se diferencia del resto de ciencias normativas, como la Moral, por su nota de coactividad, la sanción institucionaliza que imponen sus reglas. Las normas

⁵³ Emiliano Suárez, E., *Introducción al Derecho*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2020, p. 52.

⁵⁴ Pérez Lledó, J.A y González Lagier, D., *Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin*, Universidad de Alicante, p. 95.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 2007, p. 207.

se dirigen directamente a los aplicadores del Derecho, y de manera indirecta al resto de personas, ya que puede ser un factor extra de motivación para su cumplimiento.

El sistema jurídico está compuesto, pues, de normas primarias, que son las reglas sancionadoras, y normas secundarias, que son derivaciones lógicas de las anteriores y prescriben la conducta que permite evitar la sanción. De ello se deduce que una norma de deber ser cuyo contenido no sea un acto coercitivo sólo es norma jurídica si constituye una norma secundaria que derive de alguna norma primaria. ¿Y qué ocurre con aquellas normas presentes en los ordenamientos que confieren facultades, poderes, dan garantías o son dispositivas? Kelsen enfrenta el problema señalando que todos esos enunciados no son normas sino fragmentos de auténticas normas jurídicas, debiendo haber “una última norma de la serie que establezca una sanción”⁵⁷. Un ejemplo completo de norma jurídica kelseniana sería:

“Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice ‘el que mata será castigado con prisión de 8 a 25 años’; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado; si un funcionario lo ha acusado ante otro designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado con la función de resolver este tipo de asuntos; si el acusado ha prestado declaración indagatoria y un abogado elegido por él lo ha defendido; si se dio oportunidad para que se ofrezcan pruebas; si tales pruebas son suficientes según determinados criterios; si el hecho no se produjo en legítima defensa o por error, etc.; si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por el juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión”⁵⁸.

Con lo que se puede apreciar un cierto manierismo argumental, que roza con lo forzado.

Para Kelsen, el objeto de estudio de la ciencia jurídica son las normas válidas, siendo la validez la “existencia específica de una norma”⁵⁹. La validez de una norma se deriva de una norma válida precedente, y para solventar la duda sobre la validez de la norma en la

⁵⁷ Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México D.F., 1995, p. 70.

⁵⁸ Niño, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 198.

⁵⁹ Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1982, p. 23.

cúspide de la pirámide normativa –como podría ser la Constitución- introduce la *norma fundante básica*. En palabras del iusfilósofo alemán:

“Como se indicó, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema”⁶⁰.

La norma fundante básica no es norma de Derecho Positivo, es una hipótesis, una suposición que cierra el sistema, para transitar del mundo de los hechos al de las normas; y si bien su contenido no es explícito, al tratarse de una hipótesis, es de índole prescriptiva y consiste en el deber de obedecer al poder constituyente en sus manifestaciones jurídicas.

2.3.2. H. L. A. Hart (1907-1992)

Hart también desarrolla una concepción positivista del Derecho desde la perspectiva metodológica, intentando ofrecer un concepto del Derecho lo más objetivo posible, desprovisto de elementos particulares y singulares.

Para él el sistema jurídico también se compone de normas primarias y secundarias, pero son diferentes en su concepción a las kelsenianas. Sostiene que el esquema de Austin/Kelsen de mandatos respaldados por amenazas se adecúa correctamente a la estructura de las normas penales y algunas civiles, pero no al de otras características de los ordenamientos jurídicos, como las normas que confieren potestades. Hay normas referidas a la forma de celebrar matrimonios, contratos, testamentos... cuya función no es introducir obligaciones sino dar facilidades a las personas para satisfacer sus aspiraciones. Además, aparte de otorgar facultades en el ámbito privado, también hay normas referidas a potestades públicas, verbigracia, las que conceden competencia al juez para dictar sentencia, al legislador para legislar...

Una réplica a la posición crítica de Hart podría consistir en sostener que “la nulidad de los actos jurídicos celebrados incumpliendo las normas que otorgan poderes es un tipo de sanción”⁶¹. Sin embargo, podría contestarse no tiene por qué ser un mal (por ejemplo, si

⁶⁰ *Ibidem*, p. 202.

⁶¹ Pérez Lledó, J.A y González Lagier, D., *Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin*, Universidad de Alicante, p. 39.

un menor celebra un contrato de comercio engañado); o que, si bien las sanciones tienen por función desincentivar conductas, la nulidad cumple otras funciones, no reconociendo simplemente efectos jurídicos. “Así, no tiene sentido decir que la exigencia de una determinada mayoría en el parlamento para aprobar válidamente una ley es una medida que trata de desalentar que los miembros del parlamento presenten proyectos de ley”⁶².

Al concluir Hart que “la concepción que reduce el derecho a un solo tipo de reglas implica una inaceptable deformación de la realidad jurídica, propone considerar el ordenamiento jurídico como una unión de diferentes tipos de normas o reglas. Las clasifica en primarias y secundarias, siguiendo estos lineamientos”⁶³:

Las reglas primarias son las que guían la conducta de los individuos mediante el establecimiento de obligaciones, prohibiciones y permisos.

Las reglas secundarias complementan a las primarias y conceden facultades o poderes, públicos o privados. Hart distingue tres tipos de reglas:

a) Reglas de reconocimiento: permiten identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico, incorporando criterios de identificación del Derecho, estableciendo los requisitos de validez de las normas y de pertenencia al sistema. Es el criterio supremo y regla última, ya que “las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema y (...) no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas”⁶⁴, asemejándose en este punto a la norma fundante básica de Kelsen, si bien se diferencian en que mientras aquella es una hipótesis, ésta es una regla social positiva, ya que “sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”⁶⁵.

Por tanto, la regla de reconocimiento da unidad al sistema, permite distinguir los sistemas jurídicos (ya que cada uno tendrá su regla de reconocimiento particular, determinada por

⁶² Ídem.

⁶³ Anónimo, *Las Normas en la Teoría de Hans Kelsen*, Justicia 365, 2017 (disponible en <http://justicia365.esy.es/wordpress/introduccion-al-derecho/hans-kelsen-teoria-pura-del-derecho-2/>; última consulta 06/03/2022)

⁶⁴ Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. Genero R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 132 y 133.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 137.

un cierto nivel de práctica general de obediencia de hecho en la sociedad) y fundamenta la obligatoriedad de las normas.

b) Reglas de cambio: permiten introducir nuevas normas primarias en el sistema, dinamizar el ordenamiento jurídico determinando los procedimientos a seguir para aprobar normas, así como para sancionar su incumplimiento o vulneración.

c) Reglas de adjudicación: establecen el procedimiento a seguir en el caso de infracción de las reglas primarias, dotando de certeza jurídica al sistema. Adjudican competencias estableciendo la autoridad competente para aprobar las normas y juzgar su posible contravención.

Pese a mantener la tesis típica positivista de la separación conceptual entre Derecho y Moral, Hart reconoce las conexiones entre ambas, y considera que “se pueden justificar racionalmente unos mínimos contenidos de justicia -ciertas reglas básicas para la convivencia- que toda organización social debe contener para ser viable, y que él denomina *Contenido Mínimo de Derecho natural*”, ya que la validez o el cumplimiento de las normas no responde sólo a la presencia de una posible coacción, como señala Kelsen, sino también a una cierta identificación con el sistema, reconociendo que intenta garantizar un mínimo de justicia. Partiendo de la experiencia y ciertos datos empíricos sobre la realidad del mundo y la condición humana, y aceptando que el fin del ser humano es la subsistencia, considera por posibles mínimos:

. La vulnerabilidad humana, pues al ser las personas vulnerables a ataques de los demás, se requieren normas que restrinjan el uso de la fuerza/violencia.

. Igualdad aproximada, pues si bien los seres humanos no son iguales, ni en capacidades físicas ni intelectuales, no hay nadie tan poderoso capaz de someter al resto por un periodo indefinido. “Esta igualdad aproximada hace necesario un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación moral como de la obligación jurídica (como siempre habrá hombres dispuestos a violar tales restricciones, será necesario pasar de las formas simplemente morales a las formas organizadas e institucionalizadas, es decir, jurídicas, de control)”⁶⁶.

⁶⁶ Fuertes-Planas, C., “Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2007, p.138.

- . Altruismo limitado: ya que los hombres no son tan buenos ni tan malos, pues si fueran ángeles el Derecho no necesitaría existir y si fuesen como demonios sería inútil establecerlo.
- . Recursos limitados: al haber necesidades ilimitadas y recursos limitados se precisa alguna regulación sobre la propiedad.
- . Comprensión y fuerza de voluntad limitadas: como algunas personas no entienden el porqué de las reglas o no tienen la voluntad suficiente para obedecerlas, se requiere el establecimiento de sanciones, que no sería posible de no existir la igualdad aproximada.

Hay que dejar claro que la elaboración del Contenido Mínimo del Derecho Natural, pese a su nombre, no significa que Hart se pase al iusnaturalismo, ya que esos datos empíricos y observables en los que basa su teoría no son presentados como inmutables o perpetuos, pudiendo cambiar con el tiempo; y porque pese a las conexiones determinadas que puedan darse entre Derecho o Moral, lo que hace que una norma sea una norma jurídica es que cumpla los requisitos de la regla de reconocimiento, y no su corrección moral.

Más tarde, Ronald Dworkin (1931-2013), su sucesor en la Cátedra de Oxford y autor difícil de encasillar, postula que además de reglas existen en el ordenamiento jurídico los principios, otro tipo de norma jurídica. Se diferencian de las reglas en que se aplican gradualmente y mediante ponderación, mientras que las reglas se aplican directamente o no; y que pertenecen al ordenamiento en función de su contenido y no de acuerdo con su origen (por ejemplo, de la regla de reconocimiento).

Los principios, que se extraen de la práctica judicial, ayudan a cubrir lagunas e interpretar las reglas jurídicas. Puede haber casos -sobre todo los más complejos- en los que la solución no sea satisfactoria aplicando reglas, pero los jueces también disponen de los principios, por lo que siempre existirá una respuesta correcta al caso concreto que se examine.

Algunos autores señalan que Dworkin efectúa una “interpretación restrictiva de la regla de reconocimiento, en el sentido de que es posible interpretarla o modificarla de manera que incluya a los principios. Para ello, basta con ampliar la regla de reconocimiento de manera que tenga en cuenta el contenido de las normas”⁶⁷. También matizan sus

⁶⁷ Pérez Lledó, J.A y González Lagier, D., Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin, Universidad de Alicante, p.141.

conexiones entre Derecho y Moral basadas en la práctica judicial norteamericana exponiendo que en la Constitución Americana ya están incorporados estándares morales, que tienen peso jurídico por el hecho de estar positivizados allí y no por ser la Moral parte del Derecho.

2.3.3. Norberto Bobbio (1909-2004) y Gregorio Peces-Barba (1938-2012)

Ambos autores, representantes de la 2ª etapa, retomando las aportaciones anteriores dan un mayor enfoque al sistema jurídico, buscando elaborar una Teoría del sistema caracterizada por su unidad, coherencia y plenitud. Inciden y también teorizan sobre los derechos humanos, si bien en este Trabajo, por las limitaciones que les son propias, nos referiremos a ellos en lo que es más interesante para el desarrollo de la tesis, porque de lo contrario habría materia para un doctorado.

De Bobbio cabe destacar que descarta una fundamentación absoluta de los derechos humanos, que para él tienen sólo fundamentación histórica, en la Historia, y que se caracterizan por su heterogeneidad, relatividad e indeterminación.

Por lo demás mantiene posturas en consonancia con el pensamiento anterior, mantiene una tripartición del Derecho (validez, eficacia y justicia) y comparte la norma fundamental al estilo de Kelsen, manifestando que “ésta es una convención”⁶⁸.

Peces-Barba comparte los postulados básicos de Bobbio, con mayor pujanza en lo referido a los derechos humanos, hasta el punto de ofrecer teorías que podrían calificarse de positivismo ético, al estar dotado su positivismo de mayor carga moral. Llega a proponer lo que denomina como “positivismo corregido”, en el que “el contenido mínimo exigible para que sigamos en una concepción positivista abierta a valores, es que la ética de contenidos y de fines, relevante para identificar al Derecho y conformar su concepto se positivice por los cauces formales de identificación de normas”⁶⁹, destacando el papel de la Constitución para dar “mayor legitimidad democrática a esa positivación de valores, principios y derechos”⁷⁰.

⁶⁸ Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, trad. Jorge Guerrero R., Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 171.

⁶⁹ Peces-Barba, G., “Reflexiones sobre la justicia y el Derecho”, *Revista Derechos y Libertades*, n. 20, 2009, p. 27.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 28.

Por consiguiente, concluye que “todo ordenamiento expresa un punto de vista sobre la justicia, tiene unos determinados contenidos morales”⁷¹, que si bien son necesarios a la hora de identificar el Derecho no determinan su juricidad.

⁷¹ *Ibíd*em, p. 31.

CAPÍTULO III: POSITIVISMO JURÍDICO Y ORDEN CONSTITUCIONAL

3.1 Situación actual.

Después de la II Guerra Mundial, “del constitucionalismo inicial que surge en Europa con las grandes revoluciones modernas se pasa a una segunda fase que culmina en lo que ahora se denomina neoconstitucionalismo”⁷². Tras las atrocidades vividas, los derechos humanos empiezan a tener mayor importancia en la vida política y social de las naciones, de modo que, si antes los derechos humanos valían porque los recogían las leyes, ahora las normas valen en la medida que respetan los derechos humanos.

Se produce una constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, caracterizada por la presencia de constituciones rígidas que incluyen derechos fundamentales, entendiéndose como rígidas debido a la dificultad de su modificación; la fuerza normativa vinculante de la Constitución; la interpretación de las normas jurídicas conforme a ella; la posibilidad de la aplicación directa de sus normas y la “fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos”⁷³, lo que se observa cuando habitualmente grupos políticos mantienen en una misma materia posiciones antagónicas, ambas justificadas en referencia a la Constitución.

En ese contexto, los filósofos del Derecho florecen sus múltiples teorías, y estos cambios llevan a preguntarse si se está produciendo un nuevo paradigma jurídico, si las nuevas teorías -heterogéneas e incluso contradictorias- constituyen una continuidad o ruptura con el positivismo jurídico, hablándose de postpositivismo jurídico para resumir estas tendencias. Si bien hay autores que defienden la continuidad del positivismo jurídico, ya que con el neoconstitucionalismo el Derecho Positivo “disciplina positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de las normas, sino también las condiciones sustanciales de su validez”⁷⁴, reforzando el positivismo; se pueden apreciar elementos comunes en los autores actuales que advierten el cambio paradigmático del positivismo al postpositivismo (de corte constitucional):

⁷² Santiago, A., Neoconstitucionalismo, Fundación Centro Cultural, 2008, p.7.

⁷³ Aguiló, J., “Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Revista DOXA*, n. 30, 2007, p. 667.

⁷⁴ Ferrajoli, L., “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Revista Isonomía*, n. 16, 2002, pp. 7 y 8.

a) ahora también el legislador (y el resto de instituciones) está sometido a “las normas jurídicas positivas, como son los principios ético-políticos jurídicamente positivizados en las constituciones rígidas que están por encima de la legislación ordinaria”⁷⁵,

b) aparte de reglas se reconoce la existencia de principios, a la manera de Dworkin, resolviéndose los conflictos entre principios por ponderación y no por exclusión como en el caso de las reglas.

c) la creación y aplicación del Derecho se moraliza, adquiere un compromiso práctico del que antes carecía, al “incorporar un compromiso con los valores y fines constitucionales”, a diferencia de tiempos pretéritos en los que la aplicación de normas era una cuestión meramente técnica. En una sociedad cada vez más individualista, “para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida”⁷⁶.

d) la validez de las normas no descansa sólo en criterios formales sino materiales. Una norma puede ser formalmente válida pero expulsada del ordenamiento por ser inconstitucional. La ley no se crea *ex novo*, sino que es resultado de la concreción o desarrollo de los principios constitucionales.

e) “Dada la tendencia al crecimiento exponencial de las reglas (cada vez se dictan más) y la tendencia a la volatilidad de las mismas (al cambio y a una existencia efímera), el conocimiento de las reglas resulta imposible, si pretende ser exhaustivo, e inútil, si pretende ser práctico. En este sentido, los principios jurídicos tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas. Lo relevante en la excelencia jurídica no es, pues, la acumulación memorística de reglas, sino una adecuada combinación de conocimientos normativos (reglas a la luz de los principios que las dotan de sentido) y del desarrollo de habilidades metodológicas orientadas a la solución de problemas jurídicos”⁷⁷.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁶ Moreso, J. J., “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”, *Revista DOXA*, n. 27, 2004, p. 58.

⁷⁷ Aguiló, J., “Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Revista DOXA*, n. 30, 2007, p. 675.

Hasta tal punto tiene vitalidad, efervescencia la discusión que ya se habla de una nueva dimensión jurídica, la llamada *dimensión agente o institucional* del Derecho, que se añade a las dimensiones valorativa, fáctica y normativa previamente consideradas.

En esa cuarta dimensión la importancia la tienen los principios e instituciones. Principios no entendidos como previos o fuera de la Constitución; son los valores de la Constitución y los que demanda la sociedad que la constituyó. En la Constitución no sólo se recogen principios, también una estructura orgánica porque no basta con el empuje de la norma escrita o formal para la consecución de esos principios, sino que requiere de impulsores que velen por la realización efectiva de esos valores comunes, para que no queden en papel mojado. La actuación de las instituciones refleja esos valores y es determinante, en caso de legisladores y jueces, en su desarrollo. Sin esa dimensión agente no habría diferencias entre las constituciones democráticas o las de países antidemocráticos, en las que en el papel pueden sonar igual de bien, pero la realidad después es bien distinta.

Todo el acervo expuesto previamente es de vital importancia para entender el orden constitucional del presente, para comprender su mecánica. Pero ello no sería posible sin unas nociones básicas de lo que es una Constitución y su relevancia para las sociedades, expresadas a continuación con el objetivo de continuar la exposición posteriormente.

3.2. La Constitución.

La Constitución es “un acto consciente de configuración de la unidad política, mediante la que recibe la forma de su existencia”⁷⁸. Es la decisión política fundamental por la que la comunidad política define su forma de ser. Su creación es posterior a la existencia de la Nación, que es “aquella unidad política con capacidad de obrar y con la conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política”⁷⁹ (diferenciada del pueblo, que, a veces presentado como sinónimo, es una asociación de personas unidas de alguna forma por “coincidencia cultural o étnica, pero no política”⁸⁰), y con ella surge el Estado, que es el estatus político de una Nación.

Sin esta decisión política, “sus determinaciones orgánicas serían solo las normas de un funcionar sin sustancia y las prescripciones de sus distintas leyes tendrían sólo el significado de un éxito táctico logrado por una coalición de partidos en un momento

⁷⁸ Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 66.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 96.

⁸⁰ *Ídem*.

favorable para proteger los intereses particulares de los partidos contra las cambiantes mayorías parlamentarias”⁸¹.

La Constitución es, pues, “la manifestación más alta del Derecho Positivo”⁸², en la que se positiviza el ser de una comunidad política, y con ello, sus aspiraciones y creencias, ya que “cada sociedad estatal, cualquiera que sea su estructura social, posee ciertas convicciones comúnmente compartidas”⁸³ y “consciente o inconscientemente, estas convicciones y formas de conducta representan los principios sobre los que se basa la relación entre los detentadores y los destinatarios del poder”⁸⁴ posteriormente.

Una Constitución “es legítima -esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica- cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida”⁸⁵. Si no es reconocida por la propia comunidad existe un gran riesgo de destrucción e inestabilidad y enfrentamientos sociales, por lo que, desde el inicio de la experiencia constitucional, aún más en democracias plurales, se requiere obrar un consenso sobre la base de consideraciones generales que permitan armonizar los intereses en juego, y que esos acuerdos gocen de estabilidad. En los momentos constituyentes, “las voluntades se coordinan para la consecución de un objetivo común: dictar unos principios que, estando por encima de los intereses particulares, permitan la convivencia de todos”⁸⁶. Por ello, “la fundamentación de los valores superiores en el sistema constitucional ha de venir por la vía consensual, ya que los mismos reflejan el acuerdo mayoritario plasmado a través del poder constituyente”⁸⁷.

3.3. La problemática del orden constitucional desde la Filosofía del Derecho

⁸¹ *Ibíd*em, p. 57.

⁸² Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 116.

⁸³ Loewenstein, K., *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1979, p. 149.

⁸⁴ *Ibíd*em, p. 150.

⁸⁵ Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 104.

⁸⁶ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 115.

⁸⁷ Díaz, F. J., *Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018, p. 260.

A lo largo del Trabajo se ha seguido la evolución de la Filosofía del Derecho desde un prisma positivista, y se han ido acumulando sustratos que hoy conforman la base del orden constitucional:

Con la Codificación, los principios y valores del pensamiento occidental se positivizan, asegurando bajo la certeza jurídica la dimensión de valores de justicia, y permitiendo negro sobre blanco que sean reconocidos por y para todos. Se desarrolla la interpretación literal, lógica y gramatical de los textos jurídicos.

La Escuela Histórica descubre que el Derecho es el resultado de la evolución histórica de las sociedades, desarrollando cada una su propio ordenamiento con características singulares, por lo que el análisis del Derecho se debe realizar en atención a las particularidades históricas de la sociedad a que se refiere. Por eso, las aportaciones de este Trabajo se circunscriben a los ordenamientos jurídicos occidentales, a las constituciones democráticas tal como se entienden en Occidente, partiendo de su realidad, pues, de lo contrario, extender la investigación a otras sociedades sería poco riguroso e inútil. Se incorpora la dimensión fáctica/histórica y se añade a la interpretación jurídica las ópticas histórica y sistemática.

La Jurisprudencia analítica depura los derechos humanos de fundamentación iusnaturalista y parte de una moral flexible, que después tornaría en fundamento de la convivencia en las sociedades plurales, en las que coexisten diferentes convicciones incluso contrarias, pues una moral absoluta provocaría conflictos entre los distintos grupos con diversas creencias. La Jurisprudencia de intereses y el realismo jurídico fijan definitivamente la importancia de la realidad social en el Derecho, que en realidad es un instrumento más del que se dotan las comunidades para resolver sus necesidades y satisfacer sus fines, por lo que el Derecho no funciona si no se orienta en referencia a la sociedad actual. Se reconoce el papel de los jueces como facilitadores de esa adecuación del Derecho al devenir en constante cambio y se añade el criterio de interpretación teleológica.

Con Kelsen el rigor y afán científico en el estudio del Derecho alcanzan las cotas de máxima calidad, e inventa la norma fundante básica que constituye el fundamento del ordenamiento jurídico sin necesidad de buscarlo en el exterior. Hart afina aún más y coloca por base de la validez del orden jurídico no una hipótesis de carácter científico, sino una norma positiva, la regla de reconocimiento; y reconoce la necesidad de un

Mínimo de Derecho Natural en que se articule la convivencia social que es objeto del Derecho.

Dworkin profundiza, añadiendo la categoría de principios a la de reglas como normas jurídicas para satisfacer esos mínimos de los que hablaba Hart, que Bobbio y Peces-Barba reconocerían en sus sistemas positivistas, y que después asume la Constitución en las corrientes iusfilosóficas de hoy, siendo fundamento del ordenamiento jurídico y de la actuación de los agentes que contribuyen a su evolución y revitalización continua, dando lugar a la aparición de la *dimensión agente o institucional* del Derecho.

Esa realidad histórica, indispensable para entender la realidad actual, entra en contacto con las características de las sociedades actuales del presente, de las que el Derecho tiene que partir si quiere ser útil, tener razón de existencia.

Las sociedades occidentales actuales presentan los siguientes aspectos que no pueden ser eludidos si se pretende analizar la situación del orden jurídico:

- Pluralismo: dentro de las sociedades coexisten diferentes maneras de entender el mundo, a veces en ciertos puntos opuestas entre sí.
- Las sociedades están sometidas a cambios a una velocidad que nunca se había experimentado, debido a la mayor interdependencia y comunicación y al desarrollo tecnológico.
- Dada la creciente diversidad dentro de las sociedades, hay una multiplicación de las leyes, tanto de carácter sectorial como temporal para adaptarse a las situaciones particulares cambiantes (pérdida del principio de generalidad).
- El pluralismo social, reflejado en el pluralismo político, resulta en la heterogeneidad de la legislación, en las que se pueden reflejar a su vez distintos valores e intereses debido a los acuerdos entre distintas fuerzas políticas que son necesarios para sacar adelante la aprobación de normas. La ley, normas jurídicas en general, no dan ya por tanto estabilidad, si no inestabilidad a consecuencia de los múltiples intereses e interpretaciones -a veces incompatibles- que dan lugar a su creación.

Dada la situación actual, uno tiene la sensación de que el Derecho se está resquebrajando, descontrolando, diversificándose como una hiedra entre las grietas de sociedades que, cada vez más plurales y mutables, son más difíciles de armonizar. La avalancha de normas jurídicas tapa las grietas temporalmente, pero no soluciona el fondo de la cuestión: cómo

crear un marco que proporcione cohesión a estas sociedades del hoy, en el que sea posible la convivencia y a la vez se respeten los proyectos individuales de vida tan dispares de las personas. La respuesta la da el orden constitucional, la Constitución.

La creciente indeterminación del Derecho, su despiece en teselas arcanas e indescifrables debido a la especialización y mayor complejidad, provoca una percepción de falta de sentido jurídico, de espíritu en el sistema, que hace suspirar tanto a los receptores como los agentes Derecho por una legitimidad del orden jurídico, que claman por un orden jurídico justo, pues “la justicia configura la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza”⁸⁸.

Asimismo, la inestabilidad de la vida institucional, fruto del pluralismo y las luchas partidistas, llevan a una creciente erosión de las instituciones jurídicas que, a veces obligadas a bailar al son de intereses personales o electoralistas, pierden contacto con la realidad de las personas a las cuales sirven.

La respuesta precisamente puede venir por el orden constitucional, arreglando los problemas en la Constitución, la búsqueda de un orden jurídico justo, tratando de relacionar estas dimensiones a las que me voy a referir para depurarlas, perfeccionarlas, para que los juristas en las instituciones vayan haciendo las reformas apropiadas, identificando los problemas y buscando las soluciones en cada coyuntura y contexto.

La Constitución, con sus principios y reglas, asume un papel primordial. Dota de unidad al ordenamiento jurídico y de cohesión a la sociedad. Así se convierte en la norma básica fundante, en la regla de reconocimiento que da validez y unidad al sistema jurídico, a la jungla de legislaciones modernas, a través de esos principios y normas que dan los requisitos materiales y formales, en correspondencia con la parte de valores y orgánica del orden constitucional. Esos requisitos materiales, que son las constantes comunes que se pueden advertir en la pulsión social, son los que dan cohesión a la comunidad, y hacen que sientan la norma que da unidad al sistema como propia, como legítima. Así, a la jungla de formas jurídicas se les dará una dimensión final, que en correspondencia con los valores satisfará de sentido al sistema en su conjunto.

No obstante, en el desarrollo de estas funciones para adecuar el Derecho a la realidad social vigente, el protagonismo corresponde a los principios, que desempeñan el rol

⁸⁸ Kelsen, H., ¿Qué es la justicia?, trad. Leonor Calvera, Ediciones elalpeh.com, 2000, pp. 5-6.

propriadamente constitucional, constitutivo del orden jurídico, pues las reglas, aunque se hallen plasmadas en la Constitución “no son más que leyes reforzadas por su forma especial”. La creciente volatilidad social demanda el “anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y las voluntades políticas que se fuesen afirmando en el transcurso del tiempo (...) algo que pudiera tomarse como punto de partida, <<natural>> y no controvertido, de cualquier orden social y político, y del que nadie pudiese separarse”.

La Constitución, que define la forma de existencia de la Nación, y garantiza su convivencia pacífica en el respeto de unos valores comunes, debe estar dotada de la suficiente flexibilidad para poder aunar a toda la sociedad y adaptarse a la realidad cambiante, ya que de lo contrario surgiría una fractura entre el Derecho (mecanismo de control social) y la comunidad, y nacerían tensiones sociales. La Constitución se puede mantener por el recurso a la coacción, a la fuerza legítima del Estado, y por el cumplimiento voluntario de los ciudadanos, por el consenso; pero está claro que los problemas del orden constitucional no se solucionan -si eso por breve tiempo- con el recurso a la fuerza, sino mediante la obtención o renovación del consenso, la readaptación del orden constitucional a la realidad social, provocando que los destinatarios de la Constitución se identifiquen con ella, haya un sentimiento constitucional, ya que a las reglas se las obedece (presencia dominante de la coactividad) pero en los principios la adhesión es esencial.

El consenso necesario para garantizar un orden constitucional resistente a las contingencias sociales actuales requiere más que nunca el recurso a los *derechos humanos*. Los derechos humanos, pese a carecer de fundamentación distinta a la histórica, como pueda explicar Manuel Atienza, tienen ese carácter relativo y dúctil que permite la convivencia de intereses y convicciones diferentes. Todo el mundo los reconoce -aunque en la vía de los hechos todavía es un “proceso incompleto”⁸⁹-, pero resulta difícil explicarlos de manera inequívoca, y pocas personas podrían definirlos con rigor. Su adaptabilidad a diversas sensibilidades se observa en el debate político del día a día, en el que los distintos grupos defienden posturas antagónicas entorno a un tema mediante la alusión a los derechos humanos, y actuaciones contrarias encuentran justificación en ellos, lo que indica una comunión entorno a estos principios. Por consiguiente, “el precio

⁸⁹ Peces-Barba, G., *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p.173.

del consenso, en una sociedad cargada de conflictos, no puede ser otro que la imprecisión conceptual”⁹⁰.

Esa relatividad de los derechos humanos es imprescindible, pues una concepción absoluta de los mismos, en sentido iusnaturalista, sería incompatible con la democracia y el pluralismo, ligado al contraste de proyectos y opiniones; y además permite su ponderación, clave en la técnica jurisdiccional que se considerará posteriormente. Su carácter dúctil permite que los derechos humanos puedan ser susceptibles de actualizaciones en su significado, que permitirá a todo el orden jurídico seguir la evolución de la sociedad, las nuevas demandas de principios y valores de la comunidad.

Así, el orden constitucional puede mantener unidas y en paz sociedades divididas en su interior, “levantar la cabeza de las rencillas cotidianas y mirar más arriba y más lejos”⁹¹. La Constitución da valor jurídico a los derechos humanos, que se convierten en los principios que inspiran materialmente el sistema jurídico y la actuación de sus agentes. Y es que esos principios y valores constitucionalizados a través de los derechos humanos abren la puerta a un mayor protagonismo de los agentes jurídicos, particularmente de legisladores y jueces, en el desarrollo del Derecho en consonancia con las exigencias sociales; como inspiran la actuación de esas instituciones, contribuyendo al perfeccionamiento del ordenamiento en general (dimensión agente o institucional).

Por un lado, los jueces mediante su actuación resuelven conflictos, que en numerosas ocasiones requieren la aplicación directa de los principios, que ya no sólo inspiran su labor. Autorizados a “introducir puntos de vista cambiantes en la reconstrucción de las reglas jurídicas y su aplicación”⁹², contribuyen a la adecuación del Derecho, asumiendo un papel activo. La sociedad plural y cambiante en la que operan exige de ellos no sólo conocimientos técnicos sino razonabilidad, especialmente ante colisiones de principios, un “espíritu de adaptación de alguien respecto a algo o algún otro, con el fin de evitar conflictos mayores mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias lo permitan”⁹³. En la búsqueda de esa razonabilidad es importante la actividad de los tribunales constitucionales, que se sirven, de entre otras herramientas, de la ponderación y el razonamiento a posteriori, cuyos usos son posibles

⁹⁰ Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 2007, p. 149.

⁹¹ Bobbio, N., *Derecha e izquierda*, trad. Alessandra Picone, Taurus, Roma, 1995, p. 176.

⁹² Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 145.

⁹³ *Ibidem*, p. 147.

dada la pluralidad de valores presentes en el sistema, que carecen de una jerarquización formal y fundamentación absoluta. El empeño de los tribunales constitucionales mediante la resolución de casos y controversias permite ir perfilando el orden constitucional a las demandas de la comunidad.

Por otro lado, los legisladores se encuentran sujetos en su actuación a la Constitución, en sus requisitos formales y materiales, de manera que una determinada regulación puede ser formalmente válida, pero si no respeta los principios y valores del orden constitucional dotados por la sociedad, es expulsada del sistema en virtud de su inconstitucionalidad, de su incoherencia material, desconexión con la realidad social. Sin embargo, el reconocimiento de la Constitución “no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, habilita al legislador. Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas”⁹⁴.

Las instituciones y agentes, la llamada parcela orgánica de la Constitución, adquiere gran relevancia en la revalorización de los principios del orden constitucional, manteniendo la cercanía entre éste y la sociedad. Por tanto, se necesitan unos principios e instituciones fuertes para la pervivencia del orden constitucional y la cohesión de la comunidad.

En el caso de España, la distancia entre la ciudadanía y su Constitución parece a menudo cada vez mayor. El deterioro no viene por la parte de los principios y valores, presentes en la mentalidad de las personas y la opinión pública; tiene en buena medida causa en la parte agente e institucional del sistema, deficiente en su origen pero que degenera progresivamente.

La democracia, en nuestro caso constitucional, permite la participación de los ciudadanos en la vida de la Nación; y a través de su participación, directa o por representación, los principios y valores rejuvenecen en su significación y la convivencia social garantizada por el orden constitucional adquiere vida renovada.

La democracia, en términos de formalidad, requiere de representatividad y separación de poderes. En la práctica, en España la representatividad y división de poderes son,

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 152.

suavemente descritos, defectuosas; lo que dificulta el involucramiento de la sociedad y aleja su identificación con el proyecto de Nación, la forma de ser de la Nación que expresa la Constitución, al actualizarse el Derecho a la voluntad casi exclusiva de los partidos políticos y no de la sociedad.

Las jerarquías de los partidos políticos acaparan las instituciones del Estado e influyen en la labor de los agentes jurídicos, los legisladores y jueces. Las cúpulas de los partidos confeccionan las listas electorales, designando los candidatos, lo que resulta en que, tras su elección, si quieren volver a ser elegidos, deben obedecer a los que les han metido en la lista y no a los votantes, que no pueden votar candidatos concretos, sino que si votan a un partido votan a todos los candidatos propuestos. Esto se refleja en la llamada disciplina de partido, que es un “mandato imperativo” ante los jefes de los partidos, de manera que las leyes ya vienen negociadas al Parlamento y los parlamentarios no representan a electores sino a líderes de partidos políticos. Los mismos jefes de partidos, que a su vez serán jefes de Gobierno si tienen los votos necesarios, en virtud del control de sus parlamentarios eligen miembros del Poder Judicial, como se puede observar en las recientes noticias (TC, CGPJ, fiscal general del Estado), en las que se producen negociaciones y cambios de cromos sin ningún pudor. Estos líderes de partidos, en definitiva, forman las listas del Parlamento, del Gobierno y de los jueces.

Si los partidos políticos velan intereses (orgánicos, electoralistas o personales) ajenos a la sociedad, si las leyes ya vienen negociadas, si los tribunales están maniatados y sin renovar y si el fiscal general es un instrumento al servicio del Gobierno, las instituciones jurídicas se resienten y se produce desconfianza en el orden constitucional, en el régimen de convivencia común del que nos hemos dotado, que termina en su desacreditación y deslegitimación, conduciendo a una desafección que mina su propia eficacia y cuestiona su validez.

En vez de eso, una democracia exigiría terminar con el sistema proporcional (ni siquiera sólo con las listas cerradas) y avanzar a un sistema mayoritario por circunscripciones y distritos uninominales, donde se presenten personas y no listas, que sean responsables ante sus electores. La regeneración también requeriría elecciones distintas para el Poder Ejecutivo (Gobierno) y el Legislativo (Parlamento), como se hace por ejemplo en Estados Unidos, al ser dos poderes diferentes y con el objetivo de blindar a los agentes jurídicos de intereses partidistas y políticos ajenos a la expresión popular.

Las presentes iniciativas básicas propuestas permitirían que los legisladores rindieran cuentas exclusivamente a sus electores -los de su circunscripción-, sin necesidad de representar intereses de sus cúpulas dirigentes para mantenerse en el cargo, y su labor de agente jurídico se vería depurada hacia el bien común, obteniendo las reglas que regulan nuestra vida en sociedad mayor legitimidad al estar más cerca de la realidad y exigencias sociales. El Poder Judicial también debe ser despolitizado pues, si bien no admite comparación con los anteriores (si bien no es en la actualidad nulo o la boca de la ley), en el orden constitucional y su continua vigencia adquiere relevancia, debiéndose liberar de intereses ajenos a su razón de ser, no teniendo que devolver favores o decidir en base a expectativas de dádivas partidistas.

La situación actual requiere, pues, la apuesta por una Constitución fuerte, que haga del reconocimiento a la pluralidad y la adaptación al cambio la fuente de unidad de la Nación entorno a unos principios y valores firmes; pero no inmóviles sino en constante evolución, acompañando al progreso de nuestras sociedades; y que encuentra sus límites en las nefastas experiencias históricas atravesadas para llegar al momento actual, y en las sociedades dominadas por regímenes a los que se rechaza y amenazan nuestra civilización. Una apuesta que debe acompañarse del reforzamiento de la dimensión agente/institucional, para que a través de la emancipación de intereses partidistas pueda cumplir su función.

CONCLUSIONES

Durante la introducción se puso en duda la viabilidad del sistema jurídico Occidental, democrático, de derechos y libertades, ante el empuje de autoritarismos disfrazados de eficiencia. Durante la tesina se ha puesto de manifiesto que un ordenamiento constitucional y democrático también puede funcionar por lo menos al mismo nivel, siempre que se enfrenten los desafíos detectados y se empleen las herramientas descritas previamente. Una Constitución fuerte en sus principios y valores que garantice flexibilidad para respetar y aunar voluntades diferentes bajo un mismo proyecto de vida común, con los debidos retoques mencionados, y en conexión con la evolución social mediante un engranaje reforzado de agentes e instituciones puede demostrar que una verdadera democracia también puede funcionar perfectamente.

1. A lo largo del Trabajo hemos podido observar cómo el Derecho ha evolucionado paulatinamente, a través de la dialéctica entre distintas formas de pensamiento, los hechos y los valores humanos, hasta el momento actual.

El acopio de conocimiento sobre el Derecho y orden constitucional del hoy, del ayer y del futuro ha sido posible a través del estudio de la Filosofía del Derecho, que explica sus sustancias y ayuda a entender más allá, el trasfondo de los textos legales.

Desde perspectivas en sus inicios distantes, como por ejemplo el <<iusnaturalismo ontológico>> de autores como San Agustín o el <<positivismo ideológico>> de Hobbes, con el tiempo se han ido acercando hasta el punto de ser hoy comprendidas en su conjunto desde su complementariedad y no desde su aparente antagonismo.

2. Hasta el siglo XIX predomina el iusnaturalismo, en su postrimería de corte racionalista, si bien empieza a desarrollarse las bases del positivismo, como vimos en los antecedentes. Con la Codificación se produce la positivización del iusnaturalismo racionalista anterior, la incorporación de la dimensión axiológica, y nace el positivismo jurídico, prestándose mayor atención a la dimensión normativa del Derecho, en sus primeros pasos tendente al formalismo jurídico, que va dejando de lado la dimensión valorativa en pos de un tratamiento científico del Derecho, llevado al extremo como positivismo ideológico. Después, con la Escuela Histórica se consolidará para el desarrollo posterior del Derecho la atención a la Historia, a la dimensión fáctica, que se acrecentará con la llegada del realismo jurídico y la Jurisprudencia de Intereses, que remarca el Derecho como

instrumento creado por los seres humanos con el fin de facilitar la satisfacción de sus intereses.

Las teorías de Kelsen y Hart dotan de máxima rigurosidad al análisis del Derecho y abren la puerta a la incorporación de los valores al Derecho válido y eficaz, que se consolidará con las aportaciones de iusfilósofos como Peces-Barba y Bobbio y desembocará en el conocido neoconstitucionalismo.

3. Ha permanecido inmutable, en cambio, la función del Derecho como control de la sociedad, garante de la convivencia y seguridad de sus miembros. La cohesión social es el punto de partida de una comunidad próspera, en la los individuos puedan realizarse en plenitud. Esa función, latente en el devenir histórico, es puesta de relieve por el realismo jurídico y desarrollada por la Sociología del Derecho, que revela la imposibilidad de un normativismo que prescindiera de los factores culturales, sociales y económicos⁹⁵. Dentro de las funciones sociales del Derecho, entre las que se pueden hallar la prevención de comportamientos indeseables, la obtención de comportamiento deseable o la provisión de medios para la celebración de acuerdos entre personas, debido al carácter del Trabajo y las aportaciones derivadas de la investigación histórica y actual del Derecho y la sociedad, la función garante de cohesión y convivencia se afirma en imprescindible.

4. El resultado de este proceso y sus exigencias es la Constitución actual, que positiviza la integración de valores y dimensiones jurídicas con la adopción de un pragmatismo referido a la realidad social vigente e histórica.

La Carta Magna, norma suprema de los ordenamientos contemporáneos y expresión de la voluntad constituyente de la Nación, aspira también a aquella función.

Como expresión de la voluntad nacional y garante de la convivencia, una Constitución debe tener la pretensión de duración en el tiempo, con tal de conseguir cumplir con los fines de su creación. Para ello se requiere de la aceptación de los ciudadanos, que no se consigue sólo mediante la amenaza del uso del monopolio de la coerción del Estado, sino mediante el consenso que lleva a su cumplimiento espontáneo, pues “toda convivencia se basa en o sobre el compromiso o sobre la imposición”⁹⁶.

⁹⁵ Peces-Barba, G., “La universalidad de los derechos humanos”, *Revista DOXA*, n. 15-16, 1994, p. 622.

⁹⁶ Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 247.

Querer alcanzar esa aceptación voluntaria implica adaptarse a la realidad del hoy. Nuestras sociedades -refiriéndome a las occidentales- se caracterizan por el pluralismo y la rapidez en los cambios. En consecuencia, una Constitución que no sea pragmática y dúctil difícilmente dará cohesión y estabilidad, sino que se convertiría en un problema, al plantear discordias entre generaciones.

Por tanto, una Constitución debe incorporar, además del entramado orgánico del Estado, una serie de principios que constituyan el espíritu de la comunidad, con vocación de alcanzar al mayor número de ciudadanos y vigencia posibles. Dada la diversidad de opiniones, la velocidad en los cambios y el carácter heterogéneo de la sociedad, se confirma que esos valores positivizados a través de su reconocimiento en la Constitución en concordancia con la realidad son los reconocidos como derechos humanos.

Pese a no tener un fundamento más allá del histórico, los derechos humanos permiten adaptarse a los requerimientos en boga a la hora de configurar el Estado mediante su Constitución. Todo el mundo los reconoce y cree saber lo que son, aunque su conocimiento sobre ellos sea superfluo en la mayoría. Su carácter no absoluto y su pluralidad hacen de ellos la base idónea de los valores y principios del orden constitucional, que impregnan el ordenamiento y la actuación de los poderes públicos y permiten renovar el compromiso social.

Ahora bien, esos principios que cohesionan a la comunidad requieren del soporte de la actuación de las instituciones y agentes jurídicos (especialmente jueces y legisladores) para mantenerse en contacto con la realidad y satisfacer las demandas sociales, debiéndose, por consiguiente, apreciar y acentuar la dimensión agente o institucional del Derecho, de la que se empieza a hablar a partir del neoconstitucionalismo.

5. En España, ese reforzamiento se podría llevar a cabo mediante una mayor independencia de los agentes respecto de la clase política y los intereses partidistas, de manera que cada parte desempeñe su labor con independencia, los partidos políticos canalizando y formando la voluntad popular, pero sin dirigir la actividad de los agentes. Así se obtendrá una mayor comunión entre los ciudadanos y el orden constitucional en el que viven y del que se dotaron; comunión en revitalización constante que garantice la paz y cohesión social.

Las exigencias de representatividad y división de poderes son fundamentales de cara a perfeccionar la labor de las instituciones y agentes jurídicos, para que nuestro orden

constitucional goce de salud estable, y sea más fuente de referencia que de separación y discordia, más inspiración ante los problemas que su causa.

Una Constitución como la nuestra, fuerte en su adaptabilidad y flexibilidad, con ciertos retoques y un engranaje eficaz y cargado de legitimidad, será motivo de orgullo y unión, sin los cuales nuestro querido país -ni los que formamos parte de aquél y estamos vinculados a su destino- podrá augurarse felicidad futura. (no ser embrollado, redacción sin frases muy subordinadas).

BIBLIOGRAFÍA:

AGUILÓ, J., “Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Revista DOXA*, n. 30, 2007,

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Revista Isonomía*, n.27, Alicante, 2007.

ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, Barcelona, 2007.

BARBIERI, J., “Physis frente a nomos: el eterno retorno”, *Dikaion*, vol. 20, n.1, Buenos Aires, 2011.

BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. Jorge Guerrero R., Editorial Temis, Bogotá, 2002.

-*El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

-*Derecha e izquierda*, trad. Alessandra Picone, Taurus, Roma, 1995.

BOLAÑOS, M., “El positivismo jurídico en la filosofía política de Thomas Hobbes”, *Ágora*, n. 21, 2008.

DÍAZ, F. J., *Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2018.

FERRAJOLI, L., “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Revista Isonomía*, n. 16, 2002.

FUERTES-PLANAS, C., “Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 8, 2007.

GONZÁLEZ VICÉN, F., “Rudolf von Jhering y el método jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.4, 1987.

HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

HEGEL, G. W. F., *Principios de Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975.

HOBBS, T., *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, Méjico D.F, 1980.

- JENOFONTE, *Recuerdos de Sócrates*, trad. de J. Zaragoza, Gredos, Madrid, 1993.
- KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, UNAM, Méjico D.F, 1995.
- *Teoría pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico D.F, 1982.
- *¿Qué es la justicia?*, trad. Leonor Calvera, Ediciones elaleph.com, 2000.
- LAERCIO, D., *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, trad. J. Ortiz y Sainz, Luis Navarro Editor, Madrid, 1887.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1979.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *La filosofía jurídico política de Hume*, Servicio de publicaciones Universidad de la Rioja, Zaragoza, 1989.
- MORESO, J. J., “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”, *Revista DOXA*, n. 27, 2004.
- NIÑO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.
- PECES-BARBA, G., Reflexiones sobre la justicia y el Derecho”, *Revista Derechos y Libertades*, n. 20, 2009.
- “La universalidad de los derechos humanos”, *Revista DOXA*, n. 15-16, 1994.
- *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- PLATÓN: *Gorgias*, trad. de J. Calonge, Gredos, Madrid, 1987.
- *La República*, trad. de J. Manuel Pabón y M. Fernández Galiano, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- PÉREZ LLEDÓ, J.A y GONZÁLEZ LAGIER, D., *Apuntes sobre la Filosofía del Derecho de los siglos XIX y XX: de la Escuela de la Exégesis a Ronald Dworkin*, Universidad de Alicante.
- REALE, M., *Teoría tridimensional del Derecho*, trad. Á. Mateos, Tecnos, Madrid, 1997.

REYES, V., “Concepciones sofistas de la justicia”, *Jurídica anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*, vol. 28, 1998.

SANTIAGO, A., *Neoconstitucionalismo*, Fundación Centro Cultural, 2008.

SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

SUÁREZ, E., *Introducción al Derecho*, Ediciones Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2020.

VEGA PASQUÍN, R., “Reflexiones sobre la concepción y el ejercicio del Derecho: neoconstitucionalismo y claves hermenéuticas”, *Revista DOXA*, n. 38, 2015.

VON IHERING, R., *El espíritu del Derecho Romano*, trad. Enrique Príncipe y Satorres, Editorial Comares, Granada, 1998, tomo III.

-*La lucha por el Derecho*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995.