



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS DE LAS DIMENSIONES DEL  
DERECHO EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO  
ACTUAL. COMPARATIVA Y EVOLUCIÓN  
HISTÓRICA**

Autor: Carlos García-Hirschfeld Travesí  
5º E-3 B  
Filosofía del Derecho

Director: Rafael Vega Pasquín

Madrid  
Junio de 2020

## RESUMEN

Las dimensiones del Derecho suponen las bases del estudio del Derecho desde hace siglos. Por ello, este trabajo consiste en un análisis de dichas dimensiones a lo largo de la historia, siguiendo las evoluciones conceptuales que sufre el Derecho y realizando comparaciones entre los diferentes autores que tratan esta temática.

Se estudiarán en detalle a un gran número de autores, siguiendo una línea cronológica. Primeramente, se analizará el Derecho como valor a través del iusnaturalismo. Seguidamente, veremos la transición a una visión del Derecho como norma mediante el estudio del positivismo, con especial énfasis en Kelsen. Por último, estudiaremos el Derecho como hecho a través del realismo jurídico.

Finalmente, se analizará la *Teoría Tridimensional del Derecho* de Miguel Reale y se realizarán una serie de conclusiones en un plano más práctico. El trabajo nos permitirá obtener un conocimiento amplio sobre la cambiante concepción del Derecho a lo largo de la historia.

Palabras clave:

*Dimensiones del derecho, justicia, validez, eficacia, Reale, iusnaturalismo, positivismo jurídico, realismo jurídico*

## **ABSTRACT**

The dimensions of law have been the basis of the study of law for centuries. Therefore, this work consists of an analysis of these dimensions throughout history, following the conceptual evolutions that Law undergoes and making comparisons between the different authors that deal with this subject.

A large number of authors will be studied in detail, following a chronological line. Firstly, the Law will be analysed as a value through iusnaturalism. Next, we will see the transition to a vision of law as a norm through the study of positivism, with special emphasis on Kelsen. Thirdly, we will study the Law as a fact through legal realism.

Finally, we will analyse the Three-Dimensional Theory of Law of Miguel Reale and draw a series of conclusions on a more practical level. The work will allow us to obtain a wide knowledge about the changing conception of Law throughout history.

Key words

*Dimensions of law, value, norm, fact, Reale, iusnaturalism, positivism, legal realism*

## ÍNDICE

1. Introducción .....	5
2. La dimensión valorativa del Derecho.....	7
2.1 La dimensión valorativa y el problema de la justicia.....	7
2.2 Iusnaturalismo .....	8
3. La dimensión normativa del Derecho .....	24
3.1 La dimensión normativa y el problema de la validez.....	24
3.2 Iuspositivismo .....	26
4. La dimensión sociológica del Derecho .....	35
4.1 La dimensión sociológica y el problema de la eficacia .....	35
4.2 Iusrealismo .....	36
5. La concepción tridimensional del Derecho en el Estado Constitucional contemporáneo .....	41
6. Conclusiones .....	41
7. Bibliografía .....	45

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo un análisis exhaustivo de las dimensiones del Derecho, tanto en su evolución histórica como en la democracia actual. Para llevar a cabo este proyecto, realizaremos un estudio de las diferentes corrientes filosóficas que han dado lugar a lo que a día de hoy conocemos como la teoría tridimensional del derecho.

Como se aprecia en el índice, en el desarrollo del trabajo optaremos por seguir una línea cronológica, en la que estudiamos estas tendencias jurídicas y las diferentes corrientes que las generan. Este método nos permitirá comprender los cambios en las escuelas de pensamiento desde un punto de vista teórico pero concebido dentro de las circunstancias de cada época. En el análisis de cada dimensión, profundizaremos en sus diferentes corrientes filosófico-jurídicas y en los principales autores de estos movimientos. En el caso de la dimensión valorativa y su relación con el concepto de justicia, ahondaremos en las teorías iusnaturalistas. En la dimensión normativa, en la que se analiza la validez de la norma, es evidente que abordaremos la transición al positivismo jurídico. En el siguiente epígrafe, trataremos la dimensión sociológica y la eficacia que se persigue alcanzar con la norma. Para ello, resultará esencial el estudio del iusrealismo.

Una vez estudiadas las tres dimensiones de manera separada, es indispensable explicar la teoría tridimensional del Derecho. Como sabemos, esta teoría predica que a través de la combinación de estas tres dimensiones explicadas, surge lo que se denomina ‘la nación del Derecho’. Consiste en la creación de un Derecho, que sea al mismo tiempo válido, eficaz y justo. Esta combinación respondería a una coincidencia parcial, resultante de la intersección en la que estas tres dimensiones se encuentran, como ocurriría en un diagrama de Venn.<sup>1</sup> Para una mayor profundización de esta teoría, estudiaremos la obra de Miguel Reale, *La Teoría Tridimensional del Derecho*.

Reale, académico brasileño de enorme prestigio, ha escrito diversas obras de gran importancia para el estudio del Derecho, como *Introducción al Derecho* o *Filosofía del Derecho*. Sin embargo, de entre estas obras destaca sobre todas *La Teoría*

---

<sup>1</sup> Almoguera Carreres, J. (2009). *Lecciones de teoría del derecho* (2nd ed., pp. 66-67). Madrid: Reus.

*Tridimensional del Derecho*, en la que el autor define, delimita y construye este concepto jurídico. Para ello, Reale fundamenta el desarrollo de la obra en la persona como fuente de valores y derechos, en lo que se denomina personalismo axiológico. Todos estas teorías serán explicadas en mayor profundidad en su correspondiente epígrafe.

Finalmente, se realizarán una serie de conclusiones con diversos enfoques. Por un lado, trataremos de extrapolar lo observado en el análisis teórico a lo que sería un plano práctico. Básicamente, consiste en observar en qué medida las normas y los sistemas de Derecho actuales se ajustan a lo marcado por estas dimensiones. Evidentemente, este análisis se realizará principalmente respecto de la democracia española. Por otro lado, tras ver como están presentes estas dimensiones en la actualidad, trataremos de destacar aquellos aspectos en los que determinadas normas se pueden alejar de lo pretendido por las dimensiones. Podemos encontrarnos normas que sean válidas y justas, pero no eficaces o quizás válidas y eficaces, pero no justas. Se expondrán diferentes ejemplos y se explicaremos los riesgos que algunas de estas normas ‘descompensadas’ entrañan para un estado de Derecho a medio y largo plazo.

## **2. LA DIMENSIÓN VALORATIVA DEL DERECHO**

Como indicamos en la introducción, hemos optado por seguir una línea cronológica para el desarrollo del trabajo. De esta forma, podemos comprender el por qué de los cambios de pensamiento y el surgimiento de nuevas teorías como manera de responder a diferentes problemas que no se estaban abordando de la manera adecuada.

Primeramente, haremos una breve explicación de lo que supone la dimensión valorativa y la justicia. A continuación, entraremos a explicar el iusnaturalismo, deteniéndonos en sus orígenes y algunos de los principales filósofos y juristas que dieron nacimiento al Derecho natural.

### **2.1 La dimensión valorativa y el problema de la justicia:**

En esta dimensión, el problema principal reside en la justicia, y la manera de establecer si un Derecho es justo o no, será a través de juicios de valor. En resumidas cuentas, un juicio de valor consistiría en una comparación entre el Derecho (o norma) existente, y el Derecho que debería existir, como un Derecho superior o ideal. Por lo tanto, podría parecer algo tan sencillo como una operación de medición, marcada por un modelo. Consistiría en establecer cual es ese Derecho ideal a alcanzar, y tras un proceso de observación, determinar en qué aspectos la norma actual que estamos valorando difiere de los estándares marcados por el Derecho ideal.<sup>2</sup>

No obstante, a pesar de parecer simple la elaboración de estos juicios de valor, debemos tener en cuenta que la complicación de los mismos reside en la propia naturaleza del objeto de comparación. Como ya hemos dicho, hay que establecer la comparación entre el Derecho real o actual y ese Derecho ideal o superior. El primero resulta fácil ya que se trata de la propia norma, pero el segundo nos hace cuestionarnos la existencia de unos parámetros éticos firmes, con el suficiente arraigo en la sociedad como para poder considerarlos algo a lo que debe aspirar el Derecho en todo momento. Y aquí es donde surge la verdadera dificultad de la dimensión valorativa, en determinar cuáles son esos valores sobre los que existe un suficiente consenso como para aventurarnos a definirlos como lo que es justo. Como afirma Almoguera, este sistema comparativo no puede

---

<sup>2</sup> Almoguera Carreres, J. (2009). *Lecciones de teoría del derecho* (2nd ed., pp. 65). Madrid: Reus.

basarse en una serie de “*formulaciones abstractas*”. El autor se reafirma sobre la importancia del factor social en muchas ocasiones frente a ciertas formalidades propias de la norma. Pone de relieve la importancia de considerar no únicamente lo puramente formal del Derecho, sino plantearnos el por qué de la norma, el objetivo que pretenden alcanzar con la misma.

Vista esta concepción de la dimensión valorativa, resulta imprescindible ahondar en este desarrollo a través de la obra de Norberto Bobbio, por la estrecha relación que guardan en su interpretación del problema de la justicia.

Bobbio también realiza una explicación de los juicios de valor, concluyendo que una norma será justa en tanto en cuanto sea capaz de “*realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado.*” Por tanto, la comparación se habrá de realizar entre **lo que es**, norma real, y **lo que debe ser**, norma ideal. De esta forma, la norma justa será la que se corresponda en gran medida con el deber ser, y la injusta la que se aleje del mismo. Por todo lo explicado anteriormente, resulta lógico que este problema de la justicia se denomine también el problema **deontológico** del Derecho.<sup>3</sup>

## **2.2 Iusnaturalismo:**

Tras este primer avance teórico de la dimensión valorativa del Derecho y su relación con el concepto de justicia, debemos ahora comprender cuál ha sido el proceso para alcanzar estas conclusiones. Como hemos visto, existe un cierto consenso académico en cuanto a la delimitación de las dimensiones, pero todo ello proviene de una asimilación y un estudio filosófico llevado a cabo durante siglos. Toda esta doctrina encuentra su origen en la antigua Grecia, a donde nos remontaremos para poder seguir este hilo conductor del llamado Derecho natural. Conviene mencionar en este momento del proyecto que, lógicamente, debido a la tremenda amplitud de bibliografía referente al iusnaturalismo, resulta imposible analizar la misma en demasiada profundidad. Por tanto, se optará por detenerse en aquellos autores y las ideas que tengan una mayor trascendencia histórica.

---

<sup>3</sup> Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho* (2nd ed., pp. 20-21). Bogotá: Temis.

Lo primero que debemos tener en cuenta cuando hablamos de iusnaturalismo es que su piedra angular es la justicia, podríamos decir que ‘en detrimento’ de la validez. Matizando esta última frase, no es que se priorice la justicia independientemente de la validez formal de la norma a toda costa, sino que una norma únicamente podrá ser válida cuando sea justa.

Resultan útiles a este respecto las reflexiones de Gustav Radbruch, quien concluyó que cuando “*una ley niegue conscientemente la voluntad de justicia... adolece de validez*”. Acompaña esta declaración con ejemplos como pueden ser rechazar arbitrariamente los derechos de los hombres o situaciones en las que voluntariamente se vulnera la igualdad, al ser esta el núcleo de la propia justicia.<sup>4</sup>

El iusnaturalismo parte de la premisa de que los valores éticos por los que se rige una sociedad gozan de una cierta objetividad. Esta objetividad, por irónico que parezca, encuentra su origen de manera individualizada en cada persona. Se considera que todo ser humano conoce lo que es justo, y además tiende a buscar la realización de esa justicia.

Una vez expuestas estas primeras consideraciones de la teoría naturalista, procederemos a analizar las distintas etapas en las que podemos clasificar el iusnaturalismo. Para ello, nos es de gran utilidad el esquema marcado por Hans Welzel en su obra, “Introducción a la Filosofía del Derecho”. Dicho esquema estructura el Derecho natural en tres momentos distintos, siendo estos la Antigüedad, la Edad Media y la Edad Moderna.

- **El Derecho Natural de la Antigüedad:**

Como sabemos, en el siglo V a.C. se empiezan a consolidar en Grecia los primeros sistemas democráticos en torno a las *polis* (ciudades). En aquella época, los hombres libres comenzaron a resolver los asuntos de carácter público (aquellos que afectaban a la *polis*) de manera democrática. Con esta exposición al mundo público, comenzaron a surgir diferentes corrientes filosóficas y el Derecho empezó a coger forma.

---

<sup>4</sup> Radbruch, G. (1950). *Rechtsphilosophie* (4th ed., pp. 336-353). Heidelberg: Müller.

Cuando hablamos de los primeras bases del iusnaturalismo, existen dos conceptos esenciales que debemos conocer: **physis** (naturaleza) y **nomos** (ley). Estas bases se estructuran sobre la idea de que el Derecho natural, o nomos, tiene su origen y se deduce de la propia naturaleza del ser humano, o physis. Sin embargo, esta definición presenta las dudas de qué es realmente la naturaleza humana, principalmente en torno a la univocidad a la hora de determinar la misma. Esta se convierte en la cuestión principal sobre la que giran las teorías iusnaturalistas.<sup>5</sup>

De esta forma, damos paso a la **escuela sofista**. Estos surgen en el siglo V a.C. y supone el comienzo de la Ilustración griega, simbolizada en la transición de una concepción cosmológica a una antropológica, en la que el hombre ocupa el centro en estos debates filosóficos. Así lo declara Protágoras, al afirmar que *“El hombre es la medida de todas las cosas”*.

Será el propio Protágoras el que introduzca por primera vez la separación entre physis y nomos, sin implicar un enfrentamiento entre ambos conceptos. Esta diferenciación dará pie al **relativismo**, el cual se explica con la existencia de un orden natural y un Derecho positivo. El orden natural (physis) es aquel que afecta a todos los hombres por igual por el ser simple hecho de ser un ser humano, siendo por tanto Derecho natural. En cambio, el Derecho positivo (nomos) difiere de un pueblo a otro como resultado de un proceso democrático y una convención entre los ciudadanos que integran dicho pueblo.

Estas teorías reciben la crítica de que el hecho de que el Derecho positivo pueda ser modificado en cualquier momento por los ciudadanos permite cuestionar la validez y obligatoriedad del mismo. Ante esta cuestión, los sofistas argumentan que su obligatoriedad responde a una validez formal acordada por cada pueblo, la cual no implica una necesaria adhesión moral. Apreciamos aquí la base del relativismo, por la cual la verdad subjetiva es equivalente a la objetiva, ya que lo que denominamos verdad nace del conocimiento personal de cada individuo. Este conocimiento puede variar de un individuo a otro, como es lógico.

---

<sup>5</sup> Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho* (pp. 3-5). Madrid: Aguilar.

Tras estas afirmaciones, podemos apreciar el problema del relativismo, que rebaten los filósofos posteriores. El problema reside en que si toda verdad es subjetiva y está condicionada al ser humano, ¿cómo diferenciaremos lo justo de lo injusto? ¿Cómo identificaremos el Derecho natural?

Los sofistas argumentan su respuesta en el subjetivismo colectivo, el cual irá variando con el cambio de pensamiento marcado por las mayorías.<sup>6</sup>

El siguiente gran filósofo será **Sócrates**, que aun manteniendo la visión antropológica de los sofistas, se apartará del relativismo. Para ello, establece un orden vinculante en el que diferenciamos entre una vertiente interior, en la que se trata el concepto del alma como razón del sujeto, y la vertiente exterior, en la que intentará determinar una **verdad objetiva** formada a partir de contenidos morales claros. Por ello, Sócrates equipara la verdad a la moralidad bajo el convencimiento de que si el hombre identifica el bien, actuará conforme al mismo. En su aplicación al plano jurídico, Sócrates comparte la idea de crear la ley mediante un proceso democrático. Desde su perspectiva iusnaturalista, debemos recordar que la ley se enfoca en la justicia. Como consecuencia, entendemos que toda ley es justa y por ende, válida.<sup>7</sup>

**Platón**, al ser discípulo de Sócrates, recogerá su testigo y seguirá desarrollando estas ideas. Para comprender su vertiente jurídica, debemos comprender la base de su obra. Platón lleva la verdad objetiva de Sócrates más allá con su teoría de las ideas. Identifica por un lado el **mundo de las ideas**, el cual contiene un conocimiento objetivo, perfecto, inmutable y permanente, y por otro **el mundo sensible**, que representa objetos singulares, los cuales imitan y se nutren de las ideas sin alcanzar el grado de seguridad y certeza de las mismas. Por eso mismo, son susceptibles de mutar y ser modificadas con el paso del tiempo.

En su teoría política, Platón ‘otorga’ a los filósofos la responsabilidad de ejercer como gobernantes por un motivo. El autor entiende que los únicos capaces de acceder a esa verdad absoluta del mundo de las ideas son los filósofos, por lo que deben ser ellos los que extrapolen dichas ideas para determinar la voluntad del Estado. Bajo esta idea,

---

<sup>6</sup> Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho* (pp. 6-12). Madrid: Aguilar.

<sup>7</sup> Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho* (pp. 13-16). Madrid: Aguilar.

resulta evidente que en la filosofía de Platón se puede identificar un Derecho natural ideal, nacido directamente del mundo de las ideas. Por tanto, el autor interpreta que existirá una relación directa entre ley y moral, al nacer la primera de la segunda. Esta ley deberá ser determinada para la totalidad de los ciudadanos, asignando a cada uno de ellos lo que por ‘naturaleza’ les corresponde, incluso si implicase el uso de la coacción. Este ideario entraña una serie de evidentes riesgos políticos en su visión oligárquica de gobierno.<sup>8</sup>

El último gran filósofo griego que mencionaremos no es otro que **Aristóteles**. Continuará con el legado de Platón, aunque como es obvio, aportará importantes matices.

Para empezar, Aristóteles retomará el mundo de las ideas, llamándolo “Teoría del Conocimiento” y cambiando las concepciones dentro del mismo. En lugar de dos conceptos separados, considera que materia y forma se relacionan entre sí. Tratará la materia como una sustancia posible, un futurible al que se puede llegar, y la forma como sustancia real, observable en el momento concreto. Y aquí es donde apreciamos el gran cambio, ya que Aristóteles considera que podemos alcanzar el conocimiento a través de la observación del mundo sensible. Partiendo de esta base, Aristóteles desarrolla su metafísica teleológica por la cual todas las cosas tienen un fin natural, y únicamente alcanzan su realización, su perfección, si alcanzan esa meta. La consecución de ese fin implica encontrar la felicidad.

Además, Aristóteles recupera el concepto de las **virtudes** como medio para alcanzar dicha **felicidad**. Las virtudes son hábitos del ser humano que le dirigen a la realización de esos fines. La virtud parte de la base de que el ser humano, al ser racional y tener independencia de actuación, puede equivocarse. Por tanto la virtud se forma de manera racional, intentando alcanzar un término medio entre aquellos impulsos que serían excesivos y aquellos no lo suficientemente proactivos.

La virtud en su adaptación a la justicia adquiere un carácter social, ya que se considera que únicamente tiene sentido hablar de justicia en relación con otros. Por tanto,

---

<sup>8</sup> Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho* (pp. 16-23). Madrid: Aguilar.

Aristóteles identifica el concepto de justicia con la igualdad. Esta justicia podrá ser distributiva, que es la que busca el reparto equitativo de recursos entre la ciudadanía, o correctiva, cuyo objetivo es mantener la paz social. La correctiva consiste en aplicar una justicia horizontal, que permita a los individuos acordar entre ellos, o mediante la intervención de un tercero para garantizar el mantenimiento de un orden previo. De igual forma, no podríamos hablar de justicia, sin hablar de equidad. La equidad nos permite adaptar la generalidad de las previsiones de la ley a un caso concreto, en la búsqueda de justicia. Es una herramienta que permite ampliar la justicia, por expresarlo de alguna forma, más allá de lo que la ley puede establecer en su generalidad. Como sabemos, la ley prevé una serie de circunstancias que responden a una mayoría de casos, pero por su propia naturaleza resulta imposible que pueda atender a la totalidad de las casuísticas a las que se enfrenta el ser humano en la individualidad de su entorno.<sup>9</sup>

Por tanto, y siguiendo lo expresado anteriormente, Aristóteles define la ley como “*la razón desprovista de pasión*”.<sup>10</sup> Es por este razonamiento, que a ojos de este autor, debe la ley ser la máxima autoridad en la sociedad. Fundamenta la ley en el concepto de colectividad y de sociedad explicado anteriormente, ya que este es el origen de su fuerza. No se trata de una cuestión de sumisión a un individuo, sino a la sociedad como conjunto. La ley comprendida en estos términos es la única solución que Aristóteles encuentra a la búsqueda de justicia. Resulta muy importante la directa relación que el autor estrecha entre la justicia y la igualdad. Para Aristóteles, la ley debe de representar una equidad para poder ser justa. No es suficiente con la asunción de que la ley es justa de por sí, si no que debe ser sometida a un ‘escrutinio’ por el cual se demuestre que las posibles situaciones de desigualdad han sido tenidas en cuenta en el desarrollo de dicha norma.<sup>11</sup>

Tras el estudio de los autores clásicos, resulta imprescindible hablar del **estoicismo**, por tratarse de una construcción muy completa del Derecho natural. El estoicismo es una corriente filosófica nacida en el siglo III a.C. que se extenderá hasta el 110 a.C. en

---

<sup>9</sup> Aristóteles, & de Azcárate, P. (1873). *Obras de Aristóteles: Moral a Nicómaco* (pp. 147-148). Madrid: Medina y Navarro.

<sup>10</sup> Aristóteles, & de Azcárate, P. (1873). *Obras de Aristóteles: Política* (pp. 147-148). Madrid: Medina y Navarro.

<sup>11</sup> Aristóteles, & de Azcárate, P. (1873). *Obras de Aristóteles: Moral a Nicómaco* (pp. 121-122). Madrid: Medina y Navarro.

Roma, donde autores como Séneca y Epícteto realizarán interesantes aportaciones. Los estoicos introducen el concepto de universalismo. Desarrollan el concepto del *Logos*, como una norma racional que rige el cosmos de manera general, y al ser humano en particular. Debemos comprender que para los estoicos, Dios es la causa primera del universo, y ejemplifica esto en la ley. La ley es por ello que se dice que está dotada de razón, entendida como *Logos*, y siendo la razón esencia del alma. Al convertirse la razón en algo intrínseco al alma, y por tanto al ser humano, permite ese universalismo en el que todos podemos acceder al conocimiento.

Otra aportación del estoicismo, que será clave en la etapa del iusnaturalismo cristiano-medieval, es la división que se hace de la ley. Por un lado, encontramos la **ley eterna**. Se trataría del concepto ya explicado, de una razón universal que gobierna el cosmos y al humano. Una ley que podemos llegar a comprender pero que es inmutable en el tiempo, el destino en definitiva. También encontramos la **ley natural**, la cual se puede entender como aquella porción de la ley eterna que los humanos podemos comprender de la ley eterna. Por tanto, es el medio para conocer la ley eterna y únicamente nos es apta al ser humano, ya que gozamos del privilegio de la razón. Por último, encontramos la **ley humana**, la cual podemos interpretar como Derecho positivo. Se trata de la ley diseñada para regular las relaciones de los hombres. Esta ley guardará un sentido, y se interpretará como justa siempre y cuando siga las indicaciones de la ley natural. Esta debe ser siempre el espejo en el que se mire la ley humana.

- **El Derecho natural de la Edad Media:**

El iusnaturalismo de la Edad Media está marcado por un fuerte carácter teológico. En esta siguiente etapa, marcada por el crecimiento y expansión del cristianismo, el Derecho natural, y la naturaleza misma, se consideran creación de Dios. Así mismo, el razonamiento básico es que de igual forma que Dios creó el universo de cero, dotando a cada criatura de unas características propias, también dotó al ser humano de una naturaleza definida, con sus estándares morales plasmados en el Derecho natural.

Frente a la postura griega, en la que el intelecto y la razón reciben una posición central, el iusnaturalismo cristiano pondrá su foco en la voluntad. Esta voluntad deberá ser

comprendida desde un ámbito supraterráneo, ya que no afecta solo a los hombres sino que proviene de lo divino.

Estudiaremos esta corriente filosófica en diferentes aspectos a través de sus dos principales autores: San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino.

**San Agustín** presenta en su obra una clara influencia platónica. Este autor recupera el concepto del mundo de las ideas de Platón, con unos matices que ahora explicaremos. San Agustín comparte la mentalidad de que existen una serie de ideas eternas e inmutables que marcan el orden del universo. No obstante, el razonamiento que da San Agustín a estas ideas es que provienen de la voluntad de Dios.

De esta forma, empieza a delimitar lo que se denomina la **teoría voluntarista**. Esta teoría, como hemos explicado antes, antepone la voluntad a la razón. Justifica dicha declaración por diferentes medios. En primer lugar, aclara que la voluntad es previa a la razón, ya que es preciso que exista una disposición de conocer, explorar e investigar para poder acceder a la razón. Se crea entonces el concepto de la voluntad como **principio de obrar**. El segundo motivo en el que se apoya San Agustín es que únicamente la voluntad permitirá que un acto sea “*valorable éticamente*”. El argumento tras esta declaración es de fácil comprensión, ya que San Agustín opina que la **voluntad** es verdaderamente **libre**, tanto a la hora de aceptar como de rechazar motivos internos y externos. Esta libertad es la que permite la valoración de estos actos humanos, independientemente de que se actúe de manera errónea. Aquí se empieza a dibujar el concepto del libre albedrío. El último argumento es la relación con la **voluntad divina**. Se genera una duda lógica, y es que si los hombres somos libres de actuar según nuestro propio criterio, sabiendo incluso que nos podemos equivocar, ¿qué papel ocupa Dios en todo esto? La respuesta de San Agustín nos remonta hasta el pecado original. El acto de Adán evidencia que todos somos pecadores por naturaleza, por lo que se concluye que el ser humano únicamente es libre para realizar el mal. La libertad para obrar bien no depende pues de nosotros, sino de la concesión de la gracia de Dios. Se dice que “*la gracia divina actúa irresistiblemente*”, por lo que ningún acto humano es superior a esta, y ningún humano puede clamar ser merecedor, ya que únicamente depende de esa voluntad divina. Por tanto, la conclusión, en términos sencillos, es que si no todo el

mundo obra el bien es porque así lo ha querido Dios, implicando que no busca la salvación de todos.<sup>12</sup>

En el plano jurídico, como ya avanzamos, San Agustín mantendrá la estructura de las leyes presentada por los estoicos, en la que diferenciamos entre Ley Eterna, Ley Natural y Ley Humana.

Como sabemos, la **Ley Eterna** representa la voluntad de Dios en su forma más pura. Está es inmutable, permanente y marca el orden divino del universo. La **Ley Natural** simboliza una “*transcripción*” de la Ley Eterna al ámbito humano. Es aquella parte de la voluntad divina que conseguimos transferir al alma, a la razón. También se la denomina ley innata, ya que guarda una relación con el aspecto psicológico del concepto de justicia, en lo referido a que se trata de algo inherente al alma. En definitiva, accederemos a la Ley Natural a través de la razón o la propia gracia de Dios. Además, de estos conocimientos obtenidos de la Ley Natural, se debería realizar una concreción en la que se plasmen los principios y dogmas extraídos en lo que llamaríamos Derecho Natural. Por último, el **Derecho Positivo**, el cual puede ser modificado con el paso del tiempo. Este vendrá determinado por las diferentes circunstancias sociales y políticas de su propio entorno y también por el criterio de que sea justo.

La **justicia**, siendo la base del Derecho Positivo, guarda similitudes con la Ley Humana de los estoicos. De igual manera, una norma será justa en la medida en la que siga los preceptos y principios marcados por la Ley Natural. Por tanto, el nexo entre la justicia y la voluntad divina es evidente, ya que esta es la fuente de la Ley Eterna, y por ende de la Ley Natural.<sup>13</sup>

El siguiente autor que estudiaremos será **Santo Tomás de Aquino**. Cronológicamente, resulta muy interesante su estudio, ya que de igual forma que San Agustín tenía una clara influencia platónica, Santo Tomás se apoyará en la doctrina aristotélica, implicando una vuelta al intelectualismo griego.

---

<sup>12</sup> Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho* (pp. 49-51). Madrid: Aguilar.

<sup>13</sup> Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho* (pp. 52-54). Madrid: Aguilar.

Este viraje hacia el intelectualismo se verá reflejado en su Teoría organicista del universo. Esta teoría explica que en el universo, todo ser tiene sus propias funciones, sus características específicas y su lugar determinado. Como vemos, se recupera la idea de la finalidad de los entes. Esta organización, de acuerdo con Santo Tomás, corresponde a Dios en su totalidad. Este hecho implica que Dios no es únicamente el creador de todo, sino el que rige el funcionamiento de las cosas por **razón divina**. De esta forma, Santo Tomás recupera la razón como fundamento de la Ley divina, no únicamente la voluntad si no un orden, y un ‘plan’ detallado sobre el funcionamiento del universo.

Lógicamente, estos cambios conceptuales, alterarán la forma en la que se explican las leyes, a pesar de seguir el mismo esquema previo. Este **orden divino universal** queda recogido, como era de esperar, en la **Ley Eterna**. Como hemos explicado, en este caso proviene de la razón divina, frente a la voluntad divina de San Agustín. Este orden implica que cada ser lleva ‘impresa’ su propia identidad, y tenderá siempre a la realización del fin que Dios ha marcado para él. Santo Tomás declara que todos los seres, animados e inanimados, participamos de ese orden universal aunque de manera diferente. Los seres inanimados y los irracionales participan de la ley eterna sólo de manera directa. Esto quiere decir mediante un “*principio inmanente impreso*” como son los impulsos innatos ( el ciclo de la vida). Sin embargo, el ser humano, como ser racional, cumple esa función “animal” de los seres irracionales pero también gozamos de la capacidad intelectual que nos permitirá conocer la Ley Natural.

De esta forma, y manteniendo el concepto básico previo, la **Ley Natural** supone “*la participación específica, intelectual, de la criatura racional en la Ley Eterna*”. La Ley Natural sufre una objetivación en la doctrina de Santo Tomás, ya que forma parte de la Ley Eterna, pero también se aprecia en la capacidad de juzgar del ser humano, unida irremediablemente con la razón. Esta Ley Natural también hereda la **universalidad** y la **inmutabilidad** de la Ley Eterna y suma a ella la **cognoscibilidad** propia de la racionalidad del ser humano.

Estas características supondrán un obstáculo en la explicación de la Ley Natural de Santo Tomás. Surgió la pregunta de cómo podía ser posible que si la Ley Natural refleja una razón divina inmutable, se encontrasen contradicciones en el propio Viejo Testamento, que se considera la Ley Natural. Sirve aquí el ejemplo de los Diez

Mandamientos, entre los que se incluye el de no matar, que se contradice claramente con el sacrificio que Dios pide a Abraham con su hijo Isaac. Ante esta cuestión, Santo Tomás no considera posible una modificación en la ley divina, ya que supondría que Dios se está corrigiendo a sí mismo, algo incompatible con su universalidad. Por tanto, Santo Tomás interpreta que se trata de un cambio no en la ley, sino en el objeto de la acción. Para Santo Tomás, existen una serie de principios básicos que no se pueden mutar. Estos principios están todos basados en el precepto *“haz el bien y evita el mal”*, ya que resume el concepto teleológico de su teoría organicista. En la concreción de que es el bien, se interpreta como todo aquello que resulte natural a cada ente. Un ejemplo sería el instinto de conservación de los seres vivos, una búsqueda de la supervivencia, por lo que matar a otro es un claro ejemplo de hacer el mal. Frente a estos principios fundamentales, existen otros que están condicionados al cambio. Se trata de aquellos principios que se ven condicionados por las distintas circunstancias sociales y geográficas de cada época.

En estos principios se inspirará el Derecho Positivo, y siguiendo la línea del resto de su pensamiento, este debe estar orientado hacia la consecución de un bien común. La función de este Derecho Positivo es doble. Por un lado, sirve para completar aquellos preceptos que conocemos de la Ley Natural. Como sabemos, la Ley Natural se extrae de la Eterna, pero al no tener suficiente información esta debe ser extendida. Su segundo objetivo es adaptarla a casos más concretos. Como hemos dicho, busca la idea de hacer el bien, pero ese concepto puede resultar difuso en ciertas circunstancias y por ello podrá ir variando con el paso del tiempo.<sup>14</sup>

- **El Derecho Natural de la Edad Moderna:**

Una vez finalizada la Edad Media, nos adentramos en el Modernismo, una nueva etapa que merece de su análisis propio por las grandes diferencias que guarda con el tiempo anterior.

Estos cambios se deben a una completa alteración de la manera en la que se concibe, no solo el Derecho, sino el universo en su esencia. En esta etapa, el foco de reflexión de los

---

<sup>14</sup> Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho* (pp. 54-65). Madrid: Aguilar.

filósofos ‘abandona’ el cristianismo para posicionarse en el propio ser humano desde una postura racional. El enfoque, que lógicamente aun se mantiene en la naturaleza, pero centrada en la vertiente interior y subjetiva de cada individuo. De esta forma, la delimitación del concepto de **justicia** que siempre buscamos no se tratará de encuadrar en un fundamento divino, sino como **producto de la razón del hombre**. Esta subjetividad en el concepto de justicia entraña una serie de riesgos que podremos identificar en el estudio individualizado de los autores.<sup>15</sup>

El primer jurista que estudiaremos será **Hugo Grocio**. Grocio es considerado, o al menos lo ha sido durante mucho tiempo, el padre del Derecho Natural y del Derecho Internacional. Existen muchas razones para defender esa idea, pero se debe sobre todo a su fundamental papel en el cambio de mentalidad del Modernismo. Como ya hemos explicado, en esta etapa se produce un cambio de una visión teocéntrica a una **antropocéntrica**. Se produce un giro completo en el que los grandes pensadores comienzan a plantearse no el objetivo de este Derecho natural, sino como afectará a los individuos. Un subjetivismo, basado en la razón, que para Grocio se debe reflejar en nuestros derechos. El autor rompe con esta visión religiosa, que había provocado infinitos conflictos en los siglos previos, y afirma que deberían encontrar un Derecho “*tan común a todos los hombres, que no tolere ninguna diferencia religiosa*”. Para Grocio, era esencial anteponer la razón a cualquier religión.

Para dar explicación a este ideario, Grocio desarrolló la teoría de las fuentes del Derecho Natural. Primeramente, hay que aclarar que a pesar de priorizar razón a religión, Grocio no descarta por completo la presencia de Dios en su obra y presenta, de hecho, una gran influencia escolástica. Habla de un *Ius divine*, pero el cambio reside en su desconexión del Derecho Natural, aventurándose a independizar ambos conceptos.

Cuando explica el Derecho Natural, afirma que este deber ser inmutable. Para el fundamento de esta idea, Grocio conceptualiza el **instinto de sociabilidad** como base. Grocio explica la naturaleza humana a través de una inevitable sociabilización de los pueblos, que es lo que permite diferenciar lo justo de lo injusto. Esta habilidad exclusiva de los seres humanos nos permite establecer una serie de principios generales, los cuales

---

<sup>15</sup> Almuquera Carreres, J. (2009). *Lecciones de teoría del derecho* (2nd ed., p. 71). Madrid: Reus.

dan forma a este Derecho Natural y deben permanecer estables en todos los pueblos y culturas ya que nos son propios a todos. Este primer principio es el de vivir en sociedad, buscando la existencia de una comunidad en la que haya paz y entendimiento. Este concepto es una deriva del instinto de supervivencia, entendido desde la naturaleza social del hombre. De igual forma que entendemos esta sociabilidad, Grocio considera que todos los seres humanos somos capaces de racionalizar y comprender que cosas nos dañan y cuales nos benefician, y estas serán las que constituyan estos principios básicos del Derecho Natural.

Frente a esta idea, Grocio separa el Derecho Positivo en lo que denominará Derecho Voluntario. Recibe este nombre porque proviene de la voluntad libre del hombre. Aquí se elaborará un Derecho más específico, con una base en estos principios básicos pero adaptado a las circunstancias espacio-temporales de cada sociedad. Como sabemos, estas normas son susceptibles de cambio.<sup>16</sup>

El siguiente autor que estudiaremos será **Thomas Hobbes**. Este autor inglés es considerado como el primer representante del existencialismo iusnaturalista. Es un jurista de corte iusnaturalista muy peculiar por el diferente enfoque que hace del Derecho Natural. Frente a los autores previos, que buscaban una respuesta al origen de ese Derecho Natural y a la idealización de una serie de valores y principios que sirvan como guía, Hobbes pone el foco en crear un orden real que funcione.

Frente a las concepciones relativistas, Hobbes muestra preocupación por el respeto que se tenga al Derecho Positivo y a la norma directa. En ocasiones, la mutación de la norma y los debates sobre la concepción de justicia podían derivar en un subjetivismo y un relativismo que hacen peligrar el respeto que se tenga a la propia ley. Por ello, la creación de una norma **válida** y que se cumpla en todo momento será esencial en la doctrina de Hobbes, que procura la construcción de un Estado 'seguro'. Se le considerará un autor protopositivista por esa preocupación que muestra por la validez y la aplicación de la norma.

---

<sup>16</sup> Rodríguez Molinero, M. (1992). *La doctrina del derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno*. (pp. 291-305). Persona y Derecho, 26

Hobbes explicará en su obra que la mayoría de los conflictos han tenido su origen por conflictos religiosos o espirituales, y de ahí su voluntad de alejar las bases del Estado de dichas ideas. El pensamiento de Hobbes debe ser siempre comprendido dentro de su visión pesimista del hombre. Así se observa en su frase más célebre, la cual reza que “el hombre es un lobo para el hombre”. Hobbes considera que el hombre tiene la tendencia a su ‘autodestrucción’, a la búsqueda del conflicto y la dominación del otro. Por ello, su concepción del Derecho Natural se aleja de la comprensión de un orden ideal, divino, que pueda escapar a nuestro control, y se enfoca en la creación de un **orden real** que funcione y permita la supervivencia de un pueblo.

Y tras estos conceptos, ¿cuál es la solución propuesta por Hobbes? **La creación de un Estado absoluto** que garantice la convivencia pacífica. Si por nuestra naturaleza, no somos capaces de regularnos a nosotros mismos, será necesaria la existencia de una institución superior, de un orden marcado que establezca unos límites a los impulsos animales propios del hombre. Para establecer este orden, Hobbes se justifica en dos fuerzas humanas. La primera de ellas es el ansia de poder del hombre y la segunda es el miedo recíproco de un pueblo a otro. Ambas fuerzas se relacionan, ya que un hombre, sabedor del ansia de dominación del otro, temerá un inminente ataque de este y será susceptible de entrar en un estado de guerra con mayor facilidad. Este orden, por tanto pasará por un Estado absoluto que procure como su único fin la protección de los individuos.

Este fin originario en el concepto del Estado de Hobbes, será la base de su fundamento de la justicia. El jurista inglés afirma que lo justo será aquello que determine el Estado, por la propia validez que tiene su figura, basada en la necesidad que tenemos de ser gobernados como garantía de supervivencia. Hobbes, defensor de la figura de un monarca absoluto como solución a estos problemas, mantenía esta posición extrema en toda su doctrina.<sup>17</sup>

Una vez estudiado Hobbes, debemos mencionar a **Locke** por las diferencias que guardan en sus diferentes concepciones. Locke es un autor cuyo pensamiento sufrió una deriva, desde una mentalidad voluntarista a unas bases racionales. Nos centraremos en

---

<sup>17</sup> Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho* (pp. 116-125). Madrid: Aguilar.

explicar su doctrina racionalista, por ser esta la de mayor relevancia, y como objeto de comparación con la obra de Hobbes.

Locke defiende el Derecho Natural como expresión de la razón. A diferencia de Hobbes, Locke tiene una visión más colaborativa del hombre. A pesar de reconocerles errores, como es la facilidad de entrar en conflicto por razones ideológicas o de falta de recursos, Locke no condena la naturaleza del hombre como tal. Si se consigue evitar esos conflictos, en lo cual confía el autor, es posible alcanzar una armonía y una paz social que se refleje en la propia organización de un Estado. Desarrollará estas materias en sus dos tratados sobre el Gobierno Civil. En estos tratados Locke aboga por la creación de un sistema parlamentario, elegido por sufragio y en el que pueda haber una participación ciudadana en la toma de decisiones, frente al Estado absolutista que defiende Hobbes.

En su concepto del Derecho Natural, Locke busca establecer quién debe tener el poder, ya que parece una cuestión sin respuesta clara por los sistemas fallidos que había hasta la época. Locke argumenta que originariamente, el hombre es libre cuando se encuentra en un **Estado de naturaleza**. El poder reside en sí mismo y el mismo es capaz de controlarse. Sin embargo, esta situación sólo sería posible en una utópica situación de perfecta libertad en la que todos los ciudadanos se encuentran en igualdad de condiciones.

Sin embargo, ese escenario ideal no es realizable, como la historia demuestra, ya que hay una tendencia inevitable al conflicto. Como solución a esta problemática, se crea el **contrato social**, como una figura por la cual los ciudadanos ceden, voluntariamente, parte de sus libertades y derechos al Estado. De esta forma, el Estado es el único que puede ejercer la fuerza de manera legítima para hacer cumplir aquello a lo que se comprometen los ciudadanos en ese contrato social.<sup>18</sup>

Como vemos, las diferencias entre Hobbes y Locke son más que evidentes. Encuentran su origen en algo tan básico como es la propia concepción que se tiene de la raza humana. Resulta interesante, desde un análisis jurídico, observar como difiere por

---

<sup>18</sup> Locke, J., & Mellizo, C. (2014). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza.

completo su visión del Estado y del sentido de la ley por una discrepancia que encuentra su origen en el Derecho Natural.

A modo de conclusión de este epígrafe, debemos hacer una mención de **Rousseau**. Dicho autor comparte con Hobbes la mentalidad de que el ser humano no se encuentra en armonía cuando se halla en el Estado de Naturaleza. Sin embargo, no se inclinará por la propuesta absolutista de Hobbes, sino por ese contrato social que propone Locke.

La doctrina de Rousseau plantea que el fin último del hombre es la **libertad**, y evidentemente alcanzar dicha libertad resulta imposible en un Estado absoluto en el que todo depende de las decisiones de un monarca. Solo mediante la creación de un Estado civil, en el que los hombres renuncian de manera voluntaria a sus derechos en favor de la ciudadanía y para garantizar su supervivencia bajo un mandato democrático con una serie de garantías.<sup>19</sup>

Y tras este análisis, podemos dar por concluido este análisis del **iusnaturalismo**. Este apartado del trabajo es sin duda alguna el de mayor extensión, por razones lógicas. Se trata de la corriente jurídica que más autores atesora ya que es la que ha imperado desde la Antigua Grecia hasta el siglo XVIII. El iusnaturalismo, por el propio existencialismo de las cuestiones que plantea, es sin duda el que mayor proliferación ha generado, y no es para menos, ya que sienta las bases del **concepto de justicia**. Esta línea cronológica empieza a coger una forma que se asemeja mucho más al sistema democrático en el que vivimos hoy en día.

Podemos apreciar perfectamente la evolución jurídica y filosófica marcada en las tres etapas en las que hemos dividido el apartado. La concepción de la naturaleza ha sufrido una evolución de considerarse no creada (Antigüedad), a creada por Dios (Edad Media), a la interiorización y subjetivación de la misma (Edad Moderna).

Como observaremos en los siguientes epígrafes, la reflexión y las diferentes corrientes comenzarán a enfocarse en otros aspectos como la **validez** cuando se comienzan a sentar las bases de la democracia moderna.

---

<sup>19</sup> Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho* (pp. 164-169). Madrid: Aguilar.

### 3. LA DIMENSIÓN NORMATIVA DEL DERECHO

Tras el amplio desarrollo de la dimensión valorativa, las diferentes teorías sobre el concepto de justicia y todos los cambios que hemos estudiado, comenzaron a surgir problemas de otra índole. Así, los grandes juristas comienzan a alejar el foco del problema de la justicia para situarlo en la **validez**.

Este será el problema central de la dimensión normativa y de los autores iuspositivistas. Por tanto, y siguiendo el ejemplo del anterior epígrafe, comenzaremos con un análisis teórico de la dimensión normativa, y luego procederemos a analizar a los autores que abordaron dicha materia.

#### 3.1 La dimensión normativa y el problema de la validez:

En la dimensión normativa, el problema sobre el que nos centraremos será la validez, por lo que dejaremos la justicia a un lado. Lo que nos planteamos en este caso es una cuestión de **existencia de la propia norma**. Lo que quiere decir es que de igual forma que en la dimensión valorativa se recurre a un juicio de valor para determinar la justicia de la norma, aquí se realiza un **juicio de hecho**. Para llevar a cabo dicho juicio se requiere una investigación “*empírico-racional*”, que en este caso consistirá en comprobar el cumplimiento de tres requisitos.

El primer requisito que debe cumplir una **norma** es que haya sido expedida por una **autoridad competente**. El órgano que promulgue la norma debe gozar de un poder legítimo que le permita ejercer dicha promulgación con **fuerza vinculante** de acuerdo con el ordenamiento jurídico al que esté sujeto. Como podemos apreciar, esta formulación podría crear un proceso circular por el cual te cuestionas la validez de toda ley, llegando incluso a examinar la propia norma fundamental de un sistema.

La segunda cuestión que debemos comprobar es si la **norma está todavía vigente**. Una vez sabemos si la norma ha sido promulgada por el órgano adecuado, es imprescindible saber si la norma ha sido derogada o no. Como sabemos, la norma puede verse derogada por una norma posterior que la derogue expresamente, o una norma que sencillamente

regule la misma materia. En caso de ser así la norma anterior, evidentemente, pierde su validez.

El tercer y último requisito consiste en comprobar lo que se denomina **derogación implícita**. Este fenómeno se produce cuando la norma que estamos analizando se contradice en su contenido con otra norma de ese mismo ordenamiento jurídico. Esta incompatibilidad se puede producir con normas jerárquicamente superiores (como una constitución) o normas posteriores.<sup>20</sup> Un buen ejemplo, que además se ha producido en las últimas décadas, es el de la incompatibilidad entre normas europeas, a las que los Estados miembros están sometidos, con normas de carácter estatal. Las obligaciones contraídas por los Estados miembros de la Unión Europea suponen una ‘alteración’ del sistema jerárquico. Esto se debe a que, aun siendo la Constitución la principal fuente de Derecho del sistema jerárquico español, nuestra norma estatal debe adaptarse para estar en consonancia con la norma europea.

Como avanzábamos, estos requisitos abordan el problema de la dimensión normativa. No obstante, esto constituye una perspectiva teórica del problema, ya que en su resolución práctica sería necesario desarrollar un método específico basado en **juicios formales**. Resulta lógico decir que la función de estas operaciones de comprobación no es otra que determinar qué es y qué no es derecho. Por tanto, se denomina la **dimensión ontológica del Derecho**. Es interesante esta concepción, ya que muestra claramente el cambio con respecto a la dimensión valorativa. De igual forma que anteriormente bastará con que una norma fuera justa para considerarla norma, ahora consideraremos que una norma existe en tanto en cuanto sea válida.<sup>21</sup>

Tras indagar en estas nociones básicas de la validez, podemos comenzar a analizar el positivismo jurídico que predominará en la siguiente etapa a analizar. Para ello, nos centraremos principalmente en la obra del gran jurista Hans Kelsen.

---

<sup>20</sup> Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho* (2nd ed., p. 21). Bogotá: Temis.

<sup>21</sup> Almuquera Carreres, J. (2009). *Lecciones de teoría del derecho* (2nd ed., pp. 64-65). Madrid: Reus.

### 3.2 Iuspositivismo:

Para comprender el comienzo del positivismo jurídico debemos posicionarnos en el final del iusnaturalismo, donde retomaremos ese hilo conductor que dejamos ‘aparcado’ al final del primer epígrafe. Como estudiamos en el epígrafe del iusnaturalismo, hasta la fecha todos los autores habían afrontado las cuestiones jurídicas desde una perspectiva naturalista y depositando el foco en el concepto de justicia, y de cómo alcanzarla. Fuimos observando una evolución desde unas concepciones de justicia relacionadas con el cosmos, posteriormente con la voluntad divina y finalmente con una postura subjetivista y relativa que generó un gran enfrentamiento de posturas entre algunos de los últimos pensadores que estudiamos.

Ya en la obra de Hobbes, como explicamos en su momento, se empieza a entrever una tendencia protopositivista, al depositar gran parte del foco de su doctrina en crear una norma válida. Hobbes ocupó un importante papel como gran rompedor de la doctrina iusnaturalista. Alaba Bobbio de Hobbes la destreza con la que elabora una doctrina política muy completa y consecuente con los preceptos positivistas que desarrollaba.<sup>22</sup> Desde aquel momento, y debido a los cambios a los que se veía sometida Europa, esta tendencia no haría más que fortalecerse.

En la Edad Contemporánea surge el movimiento codificador, especialmente en Francia, como un gran antecedente de la positivización del Derecho Natural. De igual forma, en Inglaterra surge el Empirismo inglés como una alternativa al hasta ahora predominante racionalismo de Europa. Este Empirismo dará lugar al movimiento utilitarista, en el que se negará prácticamente por primera vez la existencia de un Derecho Natural. Con esa base empírica, por la cual argumentan que todo el conocimiento se adquiere a partir de la experiencia, se implica una directa negativa a la existencia de unas leyes universales preexistentes e inmutables. Entre los grandes autores de este movimientos es imprescindible destacar Jeremy Bentham, John Austin o John Stuart Mill.

Tras este breve introducción, podemos comenzar a adentrarnos en la materia con profundidad. Para ello, usaremos como principal referencia al ilustrísimo jurista

---

<sup>22</sup> Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho* (2nd ed., p. 33). Bogotá: Temis.

austriaco, Hans Kelsen. En su obra *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen tiene como objetivo establecer una teoría por la cual el **Derecho** se considere una **ciencia**. Esta sería la propia teoría pura del Derecho que da nombre a la obra. Como explica Kelsen, se trata de una teoría sobre el Derecho Positivo como tal, no sobre un orden jurídico determinado. Como ya hemos dicho, lo que pretende es determinar el **objeto** del Derecho. De ahí el concepto de ciencia, ya que no pretende teorizar sobre lo que el Derecho debería ser o como debería hacerse, como hacían los iusnaturalistas.

Y en directa relación con esta idea, encontramos el significado que el autor le quiere dar a la palabra '**pura**'. Kelsen busca crear una doctrina considerada pura porque esta misma deberá excluir todo elemento ajeno a lo jurídico. De esta forma, marca una metodología muy clara por la cual se determina qué es y qué no es Derecho. Kelsen explica que los juristas de los siglos XIX y XX, a pesar de adquirir cierto método científico, entremezclaron la jurisprudencia con factores psicológicos, sociológicos, éticos o políticos. Sin entrar a criticar este hecho, y partiendo de la base de que entiende la relación entre el Derecho y los mencionados factores, Kelsen considera que para delimitar una ciencia enteramente jurídica debe reducirlo a la propia naturaleza de su objeto.<sup>23</sup>

Tras explicar el sentido de esta teoría, el siguiente paso es entrar a discutir la concepción de la **norma** que elabora Kelsen. En un primer lugar, el jurista austriaco define el Derecho como "*un sistema de normas que regulan el comportamiento humano*". Por tanto, el concepto de norma para Kelsen alude a una plasmación del comportamiento que **debería** tener una persona. Comprende la norma como una acción que encuentra su sentido en la ordenación del comportamiento humano.

Ya observamos por primera vez en esta definición de la norma la distinción entre el **deber ser** y el **ser** que guiará la obra de Kelsen. Para ello, Kelsen identifica el deber ser con un concepto más extenso del que se obtiene de su mero significado lingüístico. El deber ser por tanto comprende el "*estar permitido*" y "*estar facultado*". En contraposición, el ser es algo que ya de por sí es real, es algo que existe y cuya materialidad lo hace innegable. Como vemos, se enfrentan la pretensión que tiene el ser

---

<sup>23</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (p. 15). Ciudad de México: Porrúa.

humano de que algo se produzca, una orden que guarda una intención de organizar como es el deber ser, frente a la realidad de los hechos naturales a los que nos enfrentamos. Así, Kelsen sostiene que “*de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea*”. Una vez expuesta dicha declaración, Kelsen aclarará que el hecho de que estos conceptos se puedan entender de forma independiente no implica que no exista una cierta relación entre ellos. Para entenderlo, encontraremos casos en los que el ser se corresponda con el deber ser.<sup>24</sup>

Una vez analizados sus conceptos terminológicos y casi filosóficos, debemos encuadrarlo en su vertiente jurídica. Para ello, nos adentraremos en el capítulo tercero de la obra de Kelsen, llamado *Derecho y ciencia*. En dicho capítulo, se ahondará en el concepto de norma de Kelsen y los límites que marca a la ciencia jurídica. Como ya avanzamos, esta ciencia del Derecho únicamente tratará de limitarse a las relaciones entre las personas en cuanto constituyan un conocimiento jurídico. Para entender la distinción que hace Kelsen de lo que considerará Derecho o no, debemos aplicar los conceptos de ser y deber ser.

Kelsen marcará una diferencia entre la ciencia jurídica, la cual está contenida por el conocimiento y descripción de normas jurídicas, encuadrando la misma en una **ciencia normativa**; y el resto de **ciencias**, denominadas **causales**, que adquieren el conocimiento mediante “*leyes causales de los acontecimientos fácticos*”. De esta manera, Kelsen evidencia la diferencia entre estas ciencias, ya que las causales dependen meramente de acontecimientos naturales. Por otro lado, las sociales, a pesar de tener un componente humano que se puede considerar natural, se fundamentan en un componente normativo que debe ser comprendido de manera generalizada para la totalidad de una sociedad, suponiendo algo ajeno a una causalidad de garantizado cumplimiento.<sup>25</sup>

Posteriormente, Kelsen hará una diferenciación entre la ley natural y la ley jurídica. La **ley natural** depende del ya explicado **principio de causalidad**, por la que la ciencia natural explica su objeto. Estas formulaciones de la naturaleza siempre implican que

---

<sup>24</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (pp. 18-20). Ciudad de México: Porrúa.

<sup>25</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (pp. 83-89). Ciudad de México: Porrúa.

cuando se produzca el hecho A, causará la producción del hecho B, por lo que vemos la evidente causalidad. Como vemos, esta ley natural siempre refleja una verdad, una realidad ajena al control del ser humano y cuyo cumplimiento se produce inevitablemente. Vista esta explicación, resulta obvia la conexión entre el ser y la ley natural.

Frente a la ley natural, encontramos la **ley jurídica**. Esta ley se rige por un **principio** análogo al de causalidad, que es el de **imputación**. Este principio supone que en aquellos enunciados en los que la ciencia jurídica explique el objeto de su naturaleza (el Derecho), encontraremos siempre una formulación determinada. Se nos dice que “*bajo determinadas condiciones –esto es, condiciones determinadas por el orden jurídico-, debe producirse determinado acto de coacción –a saber: el determinado por el orden jurídico*”. Por tanto, el acto de coacción que se genere tras una primera acción responderá a una norma que refleja la voluntad de una autoridad superior, investida mediante un orden jurídico concreto. En la ley jurídica identificamos perfectamente el elemento del deber ser que explicábamos anteriormente. La norma correspondiente a la ciencia jurídica tiene como objeto la ordenación del comportamiento humano. Por ello, recordamos que la doctrina de Kelsen se ceñirá exclusivamente a explicar la norma jurídica, dejando a un lado el mundo del ser y centrándonos en el deber ser.<sup>26</sup>

Conociendo esta concepción que hará de la norma Kelsen, ahora entraremos a analizar el esquema que diseñó para crear un sistema jurídico. A lo largo de toda su obra, el jurista austriaco remarca una serie de características que dan fundamento a su concepto del orden jurídico. En primer lugar, y como ya hemos aclarado en varias ocasiones, el Derecho se considera como un **ordenamiento de la conducta humana**. Además, explica Kelsen que la norma solo se considerará jurídica cuando forme parte de un orden jurídico determinado y que por tanto su validez descansa en la norma fundamental de dicho orden. Este concepto será detallado más en adelante.<sup>27</sup>

La segunda característica de este sistema es la **coactividad**. Recibe este nombre porque consiste en una reacción coactiva (privación de libertad, de bienes económicos...) frente a una conducta humana indeseable por ser perjudicial para la sociedad. Resulta importante señalar que la coactividad no implica siempre el ejercicio de fuerza física a

---

<sup>26</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (pp. 90-91). Ciudad de México: Porrúa.

<sup>27</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (pp. 44-45). Ciudad de México: Porrúa.

los ciudadanos para imponer la voluntad del Estado. Esta fuerza únicamente se ejercerá cuando exista algún tipo de resistencia o desacato a lo marcado por la norma. Es imprescindible destacar también que la aplicación de esta coactividad recae en su totalidad en la comunidad jurídica. Es decir, el incumplimiento de la ley no es precepto suficiente para que cualquier individuo se aventure a aplicar la norma por cuenta propia. El ejercicio de la actividad coactiva recae en el legislador y en aquellas fuerzas ejecutivas que dicho orden jurídico haya previsto.<sup>28</sup>

Otra de las características del sistema dibujado por Kelsen es el **dinamismo** del mismo. En su capítulo quinto, dedicado a la dinámica jurídica, se hace una explicación de los principios estático y dinámico. Esta idea se haya directamente relacionada con el concepto de validez que explicaremos más en adelante en detalle. Básicamente, la validez es aquello que fundamenta todo este sistema diseñado por Kelsen. Para ello, diferenciamos entre dos tipos de sistemas de normas: la estática (ley natural) y la dinámica (ley jurídica).

Las normas estáticas se derivan como un juicio de lo general a lo particular, utilizando como punto de partida unos principios morales que se inspiran en una norma superior que fundamentará la validez de todo el sistema. Estas normas al encontrar su origen en la moral, en principios fijos e inmutables a lo largo del tiempo, son de carácter estático.

Por otro lado, las normas dinámicas, son aquellas que se identifican con el Derecho Positivo, con la norma jurídica y ese deber ser explicado. Están siempre supeditadas a la autorización o ratificación de una autoridad competente comprendida dentro de la totalidad del sistema jurídico, por la que obtienen su validez. Estas normas serán susceptibles de modificación y de ahí el dinamismo que las caracteriza.<sup>29</sup>

Las últimas tres características de este sistema jurídico pueden ser explicadas de manera conjunta. Estas serán la **unidad, la plenitud y la coherencia** del sistema. La plenitud resulta lógica, porque como hemos explicado en varias ocasiones, la ciencia jurídica de Kelsen únicamente busca centrarse en lo que considera puramente Derecho. Dejando a

---

<sup>28</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (pp. 46-49). Ciudad de México: Porrúa.

<sup>29</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (pp. 203-205). Ciudad de México: Porrúa.

un lado factores políticos, sociológicos o éticos, se centrará únicamente en la norma y de esa forma el sistema queda completo.

Esto explica también la unidad y la coherencia, ya que el sistema está organizado mediante una jerarquía normativa y una norma suprema que a continuación explicaremos en profundidad.

Para poder el funcionamiento de esta sistema jerárquico diseñado por Kelsen, primero debemos explicar la validez. Como ya sabemos, el positivismo jurídico encuentra su fundamento en la validez, a la que se supedita la justicia y la eficacia del mismo. El jurista austriaco, como máximo defensor de este reduccionismo positivista, dedica gran parte de su obra a explicar este concepto.

Para Kelsen, con la **validez** “*designamos la existencia específica de una norma*”. Por tanto, se expresará el sentido de una norma diciendo que algo **se debe hacer o no**. Además, aquí Kelsen introduce el factor de la eficacia como una condición para la validez. Siendo dos términos independientes en su doctrina, ambos guardan relación, ya que si una norma es válida en su aspecto formal pero no es respetada y aplicada correcta y eficazmente, esa validez pierde todo sentido.

Kelsen explicará la validez desde la perspectiva de distintas dimensiones. En primer lugar, en la validez juega un factor **temporal**. Resulta interesante destacar que la validez siempre está presente antes que la eficacia, ya que una norma es válida desde su promulgación pero deberá probar su eficacia en el momento de ser aplicada o ejercer una fuerza ejecutiva de algún tipo por parte de las instituciones correspondientes de un sistema jurídico. Debemos recordar también que debido al dinamismo de la norma jurídica, esta validez no es indefinida ni ilimitada en el tiempo, por lo que una norma posterior podría condicionarla.

Resulta imposible concebir el factor temporal de una norma sin hacer una consideración del **espacio** en el que se aplica. De igual forma que la norma es válida durante un período determinado de tiempo, esta se aplica siempre en un espacio concreto. Este concepto se ha repetido a lo largo de la historia en todas las sociedades, ya que la norma

y la aplicación de la misma en un Estado democrático requiere de una cesión de derechos y libertades al poder del Estado.

Por tanto, y como explicaremos más adelante, esta aplicación espacio-temporal encuentra su lógica dentro del engranaje de un sistema democrático guiado por una norma jerárquicamente superior.

Las siguientes ‘dimensiones’ de la validez a tener en cuenta son la **subjetiva** y la material u **objetiva**. Kelsen argumenta que al ser el objeto de la norma la regulación del comportamiento humano, toda conducta está compuesta por un elemento subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo se vería representado en la conducta del ser humano que se va a regular y el objetivo en la forma y manera en la que se regula. Generalmente, este elemento personal se debe encontrar delimitado en la propia norma, estableciendo de manera expresa quien se ve afectado por la misma. En cuanto al elemento objetivo, en este se debe expresar cual es la materia concreta que se va a regular.<sup>30</sup>

Como vemos, tras el análisis de estas distintas vertientes de la validez, podemos diferenciar entre el momento en el que se aplicará una norma, el lugar concreto, las personas a las que afectará y el alcance de la materia que se regulará.

Tras esta primera aproximación al concepto de validez de Kelsen, a continuación abordaremos este concepto como fundamento del orden jurídico. En el capítulo relativo a dinámica jurídica, Kelsen se cuestiona ¿por qué es una norma válida? ¿Cuál es el fundamento de su validez?

Como ya explicamos, el deber ser implica que una cosa está permitida u obligada, determina una manera de comportarse. Sin embargo, hay que recordar también que “*de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea*”. Por tanto, Kelsen busca el fundamento en una norma validada de superior rango. El autor argumenta que al venir la norma de una autoridad, un órgano capacitado para dictar la misma, ese mismo órgano que ha dictado la norma ha tenido que ser investido por otra norma válida de

---

<sup>30</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (pp. 23-28). Ciudad de México: Porrúa.

órgano superior. De esta forma, se entra un proceso circular por el cual se busca el fundamento de validez en una norma superior dotada de una prevista autorización. No obstante, y como es lógico, ese proceso cíclico no puede prolongarse de manera infinita ya que dicha teoría perdería su propio sentido. En consecuencia, Kelsen dictamina que deberá existir una norma suprema, la norma última (Grundnorm). Se tratará de una norma presupuesta, de carácter fundante y básico para el resto del ordenamiento, ya que no se podrá buscar su validez en una norma superior al no existir la misma. Esta norma se considerará la fuente básica, la cima de la pirámide jerárquica que dibuja Kelsen. Es el fundamento último de la validez de un determinado sistema jurídico, ya que será la fuente inspiradora, la que marque los principios que guíen el objetivo y el sentido de las normas emanantes de ese orden.<sup>31</sup>

Kelsen aclara que esta Grundnorm no podrá ser objeto de libre invención ni de un proceso arbitrario, ya que la misma nacerá de una serie de costumbres o principios que han inspirado la actividad jurídica hasta la fecha. A partir de esta norma fundante, se estructurará todo el orden jurídico de un determinado Estado o territorio. Como venimos indicando a lo largo de toda su obra, Kelsen insiste una vez más en el hecho de que el resultante orden sea justo o no, es algo que no le corresponde analizar al jurista. Este orden se ceñirá exclusivamente al Derecho positivo, para poder lograr un funcionamiento detallado, exacto, uniformado y coherente, que será lo que le aporte la validez que requiere.<sup>32</sup>

Tras la explicación detenida de la concepción de validez, podemos dar por concluido nuestro estudio de la *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen. Esta obra ha servido de base jurídica para el desarrollo de diferentes sistemas constitucionales modernos como los que conocemos hoy en día. Su creación de un orden jerárquico, amparado por una norma fundamental de referencia, ha sido el foco de guía del que se han servido algunas de las grandes democracias del presente. Su perspectiva puramente positivista, apelando a un reduccionismo normativo y formalista absoluto resulta verdaderamente interesante para hacer una exposición de los preceptos positivistas básicos.

---

<sup>31</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (pp. 201-202). Ciudad de México: Porrúa.

<sup>32</sup> Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho* (pp. 205-209). Ciudad de México: Porrúa.

Sus diferencias con el iusnaturalismo son más que evidentes, tanto en lo particular, como lo general de su concepción del Derecho. La distinción que hacen, apoyándose el iusnaturalismo en la justicia y el positivismo en la validez, nos muestran dos vertientes que quizás se antojan excesivamente extremas en sus posicionamientos.

Este ‘extremismo’ normativo en el posicionamiento de Kelsen hace que surjan diversas críticas a su doctrina. El hecho de que Kelsen hable de la norma fundamental como una norma hipotética, preexistente, no razonada y falta de materialización puede resultar en una contradicción. Si esta norma supone la base sobre la que se hará una traslación del ser al deber ser, el fundamento de la validez de un sistema positivo y completamente determinado, resulta chocante que esta misma tenga un carácter ‘abstracto’, sin concreción material. El propio Kelsen reconoció en 1962, dos años después de la reedición de esta obra, su error al considerar que la norma fundamental podía estar presupuesta. Kelsen considera que su teoría entra en contradicción con algunos de sus postulados y por ello abjurará de la misma. Sin embargo, este error no implica que su obra esté desprovista de sentido alguno. Como ya hemos dicho, el sistema jerárquico que diseñó y el concepto de norma fundamental, posteriormente plasmadas en lo que sería una constitución, serían inconcebibles sin la enorme aportación de Kelsen.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Mejía Quintana, O. (2011). *Filosofía del Derecho contemporánea* (pp. 71-75). Bogotá: Ibáñez

#### 4. LA DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA DEL DERECHO

Tras estudiar la dimensión valorativa y la normativa, únicamente nos queda por analizar la dimensión sociológica. El problema central en esta dimensión no es otro que al **eficacia**, y estos conceptos serán desarrollados por la doctrina iusrealista.

Para explicar esta dimensión, seguiremos el mismo esquema utilizado para las dos anteriores. Primeramente, realizaremos un estudio teórico de la dimensión sociológica y posteriormente, entraremos a explicar las teorías y reflexiones de los principales autores de este movimiento.

##### 4.1 La dimensión sociológica y el problema de la eficacia:

Como decíamos, la dimensión sociológica supondrá un nuevo cambio, al depositar el problema central del Derecho en la eficacia. El Derecho será considerado como un hecho social, por lo tanto se valorará su capacidad de generar esos hechos sociales. Para conocer la eficacia de una norma, debemos atender a si la norma es respetada o no, y en caso de no serlo, la repercusión que este incumplimiento genere a través de los medios coercitivos correspondientes.

El método para determinar el nivel de eficacia de una norma será de tipo histórico-social. Para ello, se dedicarán a analizar el comportamiento y las reacciones de la sociedad ante determinadas normas. Como vemos, existen diferencias claras con las dimensiones previas, ya que en la valorativa se adoptaba una postura filosófica en torno a la justicia de la norma, y en la normativa se trataba de una postura puramente formal y jurídica. Es por ello que se denominará el **problema fenomenológico del Derecho**.<sup>34</sup>

Este método consistirá en una medición de la aceptación de los ciudadanos de una determinada norma. La medición se hará en cuatro grados distintos.

El nivel más alto de aceptación se considera un **Derecho altamente eficaz**. Se tratará de aquellas normas que tenga una aceptación prácticamente mayoritaria y que se produzca,

---

<sup>34</sup> Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho* (2nd ed., p. 22). Bogotá: Temis.

además, de una forma espontánea. Esto es lo ideal, ya que implicará poca oposición social y una integración de la misma que no se siente como externa, sino resultado del proceso lógico de los destinatarios de la norma.

El siguiente grado de aceptación es el de **Derechos eficaces**. Se producirá con aquellas normas que a pesar de producir efectos, no lo hacen de manera espontánea. Esto quiere decir que se requiere algún tipo de presión que les haga cumplir la norma por miedo a las consecuencias de no hacerlo (multas, sanciones...).

El tercer nivel es el de los **Derechos ineficaces**, en los cuales se incumple una determinada norma por no haber aceptación de la misma. Cuando se producen estos casos, la solución consiste en hacer uso de las herramientas coactivas de las que dispone el Estado. Estas tienen como resultado el hecho social pretendido inicialmente por la norma, pero no se puede considerar que el Derecho haya sido eficaz ya que ha requerido una intervención directa para cumplir su objetivo.

El último grado que encontramos es el correspondiente a los **Derechos totalmente ineficaces**. Se trata de aquellas normas que no solo no son cumplidos, sino que su cumplimiento ni siquiera genera una reacción coactiva por parte del Estado. Al no aceptarse y no forzar su cumplimiento, este Derecho se revela completamente ineficaz.

Estos grados de medición pueden ser aplicados tanto a normas específicas, como a sistemas de Derecho completos. Sin embargo, al analizar todo un ordenamiento jurídico, resulta complicado situarse en uno de estos grados de manera categórica, por lo que la tendencia sería a situarse en niveles intermedios entre un grado y otro.<sup>35</sup>

#### **4.2 Realismo jurídico:**

Para comenzar a estudiar el realismo jurídico, la línea cronológica que venimos siguiendo para la explicación de estas doctrinas se ve en cierto modo alterada, ya que los primeros autores realistas tendrán su origen en pleno desarrollo de la doctrina positivista. De hecho, el realismo nace de lo que se podría considerar positivismo empirista, algo así como un positivismo sociológico. Frente al carácter formal de la

---

<sup>35</sup> Almuoguer Carreres, J. (2009). *Lecciones de teoría del derecho* (2nd ed., pp. 62-64). Madrid: Reus.

doctrina positivista, esta vertiente sociológica antepondrá el ya explicado concepto de eficacia. Para ello, deberá rebatir tanto el concepto de validez del positivismo como la concepción central de la justicia que se defiende en el iusnaturalismo, aunque esta última quedará en un segundo plano.

Cuando analizamos la historia del realismo, podemos identificar diferentes etapas.

El primer movimiento de imprescindible mención cuando hablamos de realismo es el representado por la **Escuela Histórica del Derecho**. Se trata de una corriente de pensamiento que surge en el siglo XIX como respuesta al universalismo racionalista tan característico de la Revolución francesa. Frente a los postulados positivistas de la burguesía francesa, esta Escuela nacida en Alemania optaba por una visión ‘romántica’ del Derecho, en la cual ponían el foco en las particularidades históricas de cada pueblo. Para entender este concepto, debemos comprender que esta doctrina considera que el Derecho nace del espíritu del pueblo (*Volksgeist*).

El principal estandarte de este movimiento es **Friedrich Karl von Savigny**. Este autor fue uno de los grandes opositores al movimiento codificador francés que explicamos en el epígrafe del positivismo. Debemos comprender que la codificación suponía la materialización última de ese racionalismo organizado y de corte extremadamente formal, mientras que Savigny abogó por la importancia de la costumbre jurídica. Bajo la idea de que ese *Volksgeist* simbolizado en la literatura, el folklore o simplemente el lenguaje, sentaba una base de enorme fuerza como pilar de un ordenamiento jurídico.<sup>36</sup>

Después de este movimiento, en la segunda mitad del siglo XIX surgió otra corriente de carácter sociológico. En aquel entonces, el formalismo se había asentado mayoritariamente en Europa, y la **Escuela del Derecho Libre** se erigió como un sector crítico a este enfoque jurídico. Criticaban un excesivo purismo que provocaba un distanciamiento de la realidad social del Derecho.

Como solución a estos problemas, grandes autores como **Kantorowicz, Geny o Ehrlich** consideraban que el juez debía adoptar una figura de mayor trascendencia en la

---

<sup>36</sup> Almuquera Carreres, J. (2009). *Lecciones de teoría del derecho* (2nd ed., p. 75). Madrid: Reus.

creación del Derecho. Al verse obligados estos a adaptar la ley a las situaciones concretas a las que les enfrenta la sociedad, esto generaría una mayor apertura que la ofrecida por un código, resultando en hechos sociales de mayor efectividad. Para llevar a cabo esta tarea, perseguían una **amplia libertad del juez** en su investigación que le permitiese adaptarse a la realidad de los conflictos que se les presentaban.<sup>37</sup>

Para encontrar el siguiente, y principal, movimiento realista, debemos situarnos en los años posteriores al final de la Primera Guerra Mundial. Es aquí donde nace el realismo jurídico, el cual estudiaremos en sus dos principales vertientes: **realismo jurídico norteamericano y escandinavo**.

El realismo propio de Estados Unidos seguramente sea la rama de mayor desarrollo y asentamiento. La falta de códigos en el sistema estadounidense y los cambios provocados por la guerra y las políticas de Roosevelt, dieron pie al nacimiento de una doctrina de estas características, que a día de hoy sigue siendo esencial para comprender el ordenamiento jurídico norteamericano.

Existen una serie de autores que podemos destacar en este movimiento. El primero de ellos sería el juez **Holmes**, el cual estaba convencido de que la clave en el estudio del Derecho no residía en la lógica, sino en la experiencia, ya que esta nos permitirá decidir sobre cada caso concreto.

El siguiente autor de imprescindible mención es **Llewellyn**, ya que hará una diferenciación entre *paper rules* (“reglas en papel”) y *real rules* (“reglas efectivas”). Las *paper rules* incluyen toda ley o reglamento, incluyendo las que un juez puede usar como fundamento en alguna de sus sentencias. Las *real rules* se verán representadas en aquellas normas que el juez utilice realmente como base y guía en el fallo. Para que lo comprendamos, parte de la consideración de que, aunque no todas, parte de las *paper rules* han caído en el olvido o han dejado de ser utilizadas, convirtiéndose en lo que denominan “*letra muerta*”.

---

<sup>37</sup> Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho* (2nd ed., p. 35). Bogotá: Temis.

El último gran autor del realismo norteamericano será Jerome **Frank**. Este autor resulta muy interesante por la variedad de temas sobre los que escribió. En primer lugar, al haber sido un renombrado juez y profesor universitario, reflexionó en profundidad sobre la figura del juez y los problemas relativos a la apreciación de la prueba. No obstante, lo que nos resultará de mayor interés será su crítica del sistema normativo. Frank parte de una aversión generalizada por parte de la sociedad hacia el Derecho. Considera que esta crítica encuentra su fundamento en el hecho de que buscan una solución excesivamente compleja para el Derecho. Frank es muy crítico de lo que se llama el “mito básico del Derecho”, por el cual se cree que todo problema jurídico se responde de la misma manera. Se trata de un autor diferente, ya que centra su principal preocupación en mejorar el proceso de instrucción y determinación de las pruebas en las que el juez basará su fallo.

Tras este estudio, resulta comprensible el desarrollo que ha vivido Estados Unidos de su ordenamiento jurídico, en el que la jurisprudencia y el precedente tienen una enorme relevancia en dar forma a la doctrina gobernante en todo tipo de casuísticas y conflictos presentados.<sup>38</sup>

A continuación, hablaremos del realismo jurídico escandinavo. Esta vertiente será de un carácter más filosófico que la norteamericana, planteando una crítica a los conceptos epistemológicos clásicos y proponiendo un nuevo dualismo sujeto-objeto. Esta doctrina optará por una posición opuesta a esos conceptos tradicionales, por considerar que se ajustan poco a la realidad jurídica que se aprecia en una sociedad.

Los escandinavos guardan una mayor priorización de la norma que los norteamericanos, por lo que la consideran un elemento básico para su esquema social, en cuanto es vista como un elemento de coactividad y obligación por los propios ciudadanos. No obstante, sus propuestas van dirigidas a una reinterpretación por la cual estas normas deriven en unos hechos sociales que son los que permitirán un avance de la sociedad. Partiendo de que el objetivo último del Derecho es la protección de la sociedad, los realistas escandinavos persiguen una total desvinculación de los juicios de valor iusnaturalistas, precisamente por la utopía jurídica sobre la que opinan que se fundamenta su

---

<sup>38</sup> Campos Zamora, F. (2010). Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico. *Revista De Ciencias Jurídicas*, (122), 203-207.

pensamiento. Su solución pasa por orientar su orden jurídico a una situación de respeto y asimilación espontánea del mismo, ya que esto permitirá un hecho social eficaz.

Sobre esta concepción construye su pensamiento **Hägerström**, el cual supedita la validez de la norma al hecho de que la sociedad la acepte como legítima. Este autor acepta el concepto del Derecho como un conjunto de normas promulgadas válidamente, pero niega que estas deban representar la voluntad del Estado.

Diversos autores seguirán desarrollando estas ideas, pero nos limitaremos a analizar el pensamiento del jurista **Alf Ross**, por ser el que mejor sintetiza este movimiento. Para Ross, las normas deben cumplir una función de esquema, de guía y apoyo sobre la que trabajará el juez en su función de adaptar dicha generalización de la norma a un supuesto específico. Tiene una concepción del Derecho como histórico, por lo cual su contenido debe ir variando y adaptándose a los diferentes cambios que se van produciendo con el paso de los años.

Además, Ross afirmará que la función del Derecho será la de guiar la conducta de los hombres a un determinado objetivo, de manera muy similar a la visión organizadora de Kelsen, pero con evidentes diferencias en sus medios. Considera la norma una predicción de eventos futuros, por lo que debe ejercerse un trabajo previo de análisis y estudio social que permita adaptar esa norma a una realidad alcanzable.<sup>39</sup>

Tras estudiar ambas corrientes de realismo jurídico, se aprecian claras diferencias entre una y otra. Desde la consideración mucho más relativista de la norma que tienen los juristas americanos al pensamiento escandinavo, en el que se busca una nueva perspectiva jurídica pero manteniendo la vigencia de la norma como un apoyo esencial para el desarrollo jurisprudencial. No obstante, ambas doctrinas comparten esa búsqueda de la eficacia indispensable en el realismo jurídico. La posición de importancia que recibe el poder judicial en esta corriente sería verdaderamente determinante en las derivas democráticas que experimentaron muchos Estados occidentales.

---

<sup>39</sup> Campos Zamora, F. (2010). Nociones Fundamentales del Realismo Jurídico. *Revista De Ciencias Jurídicas*, (122), 208-213.

## 5. LA CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

Como avanzamos en la introducción, en este epígrafe realizaremos una explicación teórica de la *Teoría Tridimensional del Derecho* de Miguel Reale. Ya avanzamos que Reale es uno de los grandes autores contemporáneos de la rama de Filosofía del Derecho. El autor brasileño se convirtió en un referente en este estudio, y realizó una aportación fundamental con esta teoría que desarrollaremos a continuación.

Por la amplitud de su obra, nos ceñiremos a una explicación algo general de lo que supone la *Teoría Tridimensional del Derecho*, acompañando esta explicación con una cierta comparación entre las diferentes dimensiones y algunos de los autores estudiados.

En primer lugar, debemos explicar en que consiste esta concepción tridimensional del Derecho. Tras el desarrollo de este proyecto en sus tres dimensiones (deontológica, ontológica y fenomenológica), nos damos cuenta de la inmensa variedad de teorías y enfoques que se pueden tener para afrontar el Derecho en su más reducida esencia. Hemos podido observar tras este análisis individualizado de las dimensiones que, ninguna de todas esas teorías propuestas logra encontrar solución a todos los problemas o cuestiones que puedan aparecer según se escarba más en esta materia sin fin que supone el estudio del Derecho.

En el iusnaturalismo, enfocaron la justicia como problema central del Derecho, y todos sus esfuerzos se centraron en determinar qué era lo justo, bajo el firme convencimiento de que de esta forma lograrían comprender qué es el Derecho. Sin embargo, tras siglos de teorías y cambios en lo que consideraban o no justo, y el fundamento de esa justicia, se dieron cuenta de qué no eran capaces de encontrar una idea común lo suficientemente sólida. Este problema, ese relativismo en torno a la justicia derivó en una cierta laxitud en torno a la ley.

El problema de ese relativismo ante la ley fue identificado inicialmente por Hobbes, por lo que planteó por vez primera que el problema del Derecho debía ser determinar que era lo válido. De esta forma, surge el positivismo, constantemente centrado en convertir el Derecho en un ente absolutamente racionalizado, organizado, unificado y coherente.

La respuesta ante esa animadversión al relativismo fue un viraje a lo formal, a conseguir desarrollar sistemas de Derecho que diesen forma a un Estado; y de esta manera alcanzar una validez fundada en la voluntad del Estado de proteger y guiar a la sociedad. Consideraron que esa validez sería motivo suficiente para supeditar la justicia a dicho fin.

No obstante, ese excesivo formalismo en el que cae Kelsen, principal representante del reduccionismo positivista, terminó alejándose de la realidad social que afectaba a un pueblo. Y por ello surgió el realismo, centrado en generar un Derecho eficaz. Con la firme idea de que la justicia y la validez no tenían valor alguno si el Derecho no era asimilado y respetado por la sociedad, emprendieron un camino de nueva búsqueda de soluciones. El papel de mayor importancia otorgada al poder judicial surge con fuerza como uno de los medios en los que basa el realismo sus ideales. También cobra una enorme fuerza la importancia de la costumbre jurídica, como una de las bases en las que edificar ese nuevo Derecho. Sin embargo, esta concepción por sí sola no parece tener la suficiente solidez para erigirse como único método para crear un ordenamiento jurídico.

Vista esta situación y la imposibilidad de alcanzar una concepción de Derecho suficientemente completa desde sólo una de esas dimensiones, surge la idea básica de combinar estas dimensiones. Entre las primeras soluciones, se plantearon combinaciones de ese "*intuicionismo emocional*" realista con el carácter científico-positivista de Kelsen. En estas combinaciones cogieron fuerza ciertas tendencias realistas, e incluso llegó a haber una cierta renuncia, asumiendo simplemente la Teoría de la Justicia propia del iusnaturalismo.

Reale fundamenta el surgimiento de estas teorías tridimensionales en la mentalidad generada tras la Segunda Guerra Mundial. Desde 1945, se aprecia casi de manera unánime una actitud tendente al entendimiento y comprensión entre los diferentes pueblos. Prueba de ello es el surgimiento de las Naciones Unidas, los Derechos Humanos y otras figuras jurídicas internacionales cuyo objetivo es una unión no sólo en lo humano, sino en lo jurídico y diplomático. Reale hace también referencia a Bobbio como uno de los precursores de este pensamiento, aunque desde una postura únicamente metodológica. Y en esta cuestión de método, sugiere Bobbio que es necesaria una redefinición de los criterios de validez para definir el Derecho y los sistemas jurídicos.

Se habla para estos criterios de un uso de los mismos acumulativo o alternativo, concurrente o jerarquizado, igual o privilegiado...

Frente a esta visión genérica de lo tridimensional, basada en la validez, Reale propondrá una visión en la que vigencia, eficacia y fundamento (como las denominará el autor) son parte inherente de toda experiencia jurídica.<sup>40</sup>

Tras esta exposición inicial, Reale afirma que la teoría tridimensional consiste en “*la toma de conciencia de todas las implicaciones que dicha verificación establece para cualquier género cualquier género de investigación sobre el Derecho, la Sociología Jurídica o la Filosofía del Derecho*”. Resulta evidente pues, que para poder desarrollar esta teoría es necesario establecer una serie de nexos entre estas corrientes de pensamiento que alimentan las diferentes aproximaciones que se han hecho históricamente al Derecho. Reale mostrará su convicción de que resulta imposible disociar un concepto de otro si queremos obtener una visión completa del Derecho.

El jurista brasileño argumenta que la interrelación de hecho, valor y norma es de carácter “*funcional y dialéctico*”. Reale entiende que hecho y valor representan una polaridad entre ellos, y será la norma la que surja como resultado de esa tensión. Inicialmente, Reale habló de una teoría bidimensional al considerar el valor un mero objeto ideal. Sin embargo, el autor terminó posicionándose por la autonomía del valor como una dimensión propia, lo que le hizo rectificar hacia una teoría tridimensional con un marcado carácter dinámico.

En cuanto a la elaboración de una determinada norma, Reale interpreta que esta no es un resultado del arbitrio del poder, ni de la tensión fáctico-axiológica propia de un movimiento historicista-social; sino como la combinación definitiva resultante de la experiencia jurídica. Supondrá la norma una representación del poder, pero modulado por una serie de hechos y valores que le proporcionarán su una mejor aceptación social.

41

---

<sup>40</sup> Reale, M., & Mateos, A. (1999). *Teoría tridimensional del derecho* (pp. 41-42). Madrid: Tecnos.

<sup>41</sup> Reale, M., & Mateos, A. (1999). *Teoría tridimensional del derecho* (pp. 69-75). Madrid: Tecnos.

También en su obra, Reale dedica un capítulo al desarrollo del tridimensionalismo en Europa. Uno de esos epígrafes de ese capítulo habla de algunos de los juristas españoles que desarrollan estas teorías. Ya en las tempranas obras de Legaz y Lacambra sobre Kelsen (1933), se identificaba un *perspectivismo tricotómico*, en la que se empieza a entrever la relación entre aspectos puramente formalistas de la doctrina de Kelsen con unos ligeros tintes axiológicos. De igual forma, Carlos Cossío identificará estas tres dimensiones en la conducta, por la cual existiría un tridimensionalismo genérico en la obra de Kelsen según su análisis. Por último, encontraremos a Recasens Siches con una identificación mucho más explícita de la relación entre valor, norma y hecho. Este autor, considera que estas tres dimensiones “*no se dan como tres objetos yuxtapuestos, sino que son, al contrario, tres aspectos esencialmente entrelazados, de forma indisoluble y recíproca*”.<sup>42</sup>

Vistos estos últimos autores, y tras explicar la obra de Reale de forma algo genérica en cuanto al fundamento y el primer planteamiento teórico de la misma, podemos dar por concluido este epígrafe. De esta forma, el proyecto pone fin a la explicación teórica del mismo y da paso a las conclusiones, en las cuales se abordarán algunos aspectos prácticos de este tridimensionalismo, en cuanto a su aplicación y la realidad del mismo en los Estados de Derecho constitucionalistas.

---

<sup>42</sup> Reale, M., & Mateos, A. (1999). *Teoría tridimensional del derecho* (pp. 57-59). Madrid: Tecnos.

## 6. CONCLUSIONES

Una vez finalizado el extenso análisis llevado a cabo sobre las dimensiones, las corrientes de pensamiento que les dieron su origen y la posterior concepción tridimensional del Derecho desarrollada por Reale, podemos considerar finalizado el contenido teórico del trabajo.

Este estudio nos ha permitido obtener una visión muy amplia de la evolución histórica que ha vivido el concepto de Derecho, viéndose influido por los distintos sucesos que fueron condicionando los cambios en Europa, principalmente, desde la Antigua Grecia hasta el siglo XX. Por ello, parece lógico poder hacer un ligero análisis práctico de todo lo estudiado.

Actualmente, un gran número de los Estados desarrollados son Estados constitucionales de Derecho, y resulta interesante estudiar en qué medida los sistemas jurídicos se identifican con algunos de los aspectos teóricos estudiados. Para ello, explicaremos primero unas breves concepciones del Estado constitucional de Derecho, y a continuación haremos ese breve comentario práctico con un especial foco en la democracia española.

- **El Estado constitucional de Derecho:**

Como avanzábamos, debemos primero hacer una breve explicación de lo que es el Estado constitucional de Derecho, y para ello nos apoyaremos en la obra de Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Se trata de la obra más célebre del jurista italiano y nos basaremos en el capítulo llamado “Del Estado de Derecho al Estado Constitucional” para nuestras explicaciones.

Como su propio nombre indica, Zagrebelsky desarrolla en este capítulo de su libro la transición de un Estado de Derecho a lo que se considera Estado Constitucional. El concepto de Estado de Derecho tiene su origen en el siglo XIX, como hemos estudiado en algunos de los autores del proyecto. Se trata de un término con un significado amplio y cambiante, ya que según la etapa o el contexto en el que se mencione podrá presentar unos contenidos y matices algo diferentes. Sin embargo, el concepto siempre indicará

un valor y estará diseñado con el fin de organizar un Estado. El valor representa la desaparición de la arbitrariedad y la organización implica la inversión de los principios de poder y Derecho, pasando el primero a estar 'al servicio' del segundo. Este concepto es tan variado que incluso el Estado Constitucional se considera una vertiente del Estado de Derecho.

Así, el Estado de Derecho fue considerado en su origen como un reflejo de un Estado gobernado por la razón y cuyo objetivo es el bien común. Posteriormente, mutó a un carácter formalista, en el que el Estado ocupaba una figura legislativa de carácter muy autoritario. Ya entrado el siglo XIX, hablaríamos del Estado liberal de Derecho. Aquí se retoma como eje central del concepto el objetivo estatal que supone la protección del ser humano y la sociedad en conjunto. De igual forma, la ley pasó a ser concebida como una herramienta para garantizar una serie de derechos. No obstante, la importancia de la ley derivó en una supremacía burguesa, por la cual el ejecutivo y el poder judicial se situaban en segundo plano de importancia por debajo de la ley.

Tiempo después, se empiezan a producir una serie de cambios sustanciales en el contenido de lo que consideramos el Estado de Derecho. La ley, a diferencia de la etapa anterior, sufre una cierta degradación, pasando de estar en lo más alto para su sometimiento a una **Constitución**. Este cambio, inicialmente, se pudo considerar como una simple continuación de la tendencia del principio de gobierno de las leyes, pero el hecho de que el propio poder legislativo esté sometido a la misma Constitución descarta esta posibilidad. Es por ello que, el Estado constitucional se debe contemplar como una transformación completa del concepto de Estado anterior.

Este cambio se hace visible de diferentes formas. En primer lugar, se produce un nuevo orden en cuanto a la relación de ley, Administración y ciudadanos. El principio de legalidad característico del Estado de Derecho decimonónico se ve alterado en su forma. Se pasa de una posición en la que la ley limitaba al Estado y a los particulares, a una redefinición de esta relación.

Por un lado, la Administración pasa por una desliberalización frente a la ley. Adquieren una cierta autoridad en la determinación de su autoridad en una serie de materias. En definitiva, la Administración disfruta de una cierta autonomía funcional simbolizada en

su papel de refrendo autoritario, en las materias sobre las que le ha sido delimitada esa potestad.

Esa pérdida de autonomía también se aprecia respecto de los particulares, los cuales se ven sometidos a un cierto control marcado entre otras cosas por ese orden administrativo asentado. El antiguo principio liberal por el cual un empresario podía actuar con libertad respetando unos mínimos marcados por la ley ha quedado muy matizado. Se genera un cierto “paternalismo” del Estado para regular ciertas situaciones que en el siglo XIX estaban desprovistas de una tan medida vigilancia.

En complemento con esta ‘nueva’ relación entre los ciudadanos y la autoridad, debemos añadir la reducida generalidad de las leyes. Zagrebelsky lo interpreta como una consecuencia del principio de igualdad promovido por el Estado social. Al buscarse una igualdad, llevada a cabo mediante medidas equitativas, esto da lugar una mayor heterogeneidad y especificación de la norma. Cada sector, gremio o situación social está regulada de manera independiente, tratándose además de normas que se someten a constante revisión. Esta situación ha generado lo que en la actualidad denominan “legisladores motorizados”.

No obstante, no debemos asumir que esta diversificación de la ley implica una mayor incongruencia en ella, o al menos no debería ser así. En eso consiste el principio de constitucionalidad. Frente a esta sobreproducción normativa, dotada de un carácter casi mecánico, gozamos de la garantía de la Constitución. Como ya explicamos, esa Constitución supone un límite a la propia producción legislativa, al ser el marco normativo superior que debe ser respetado en todo momento. Esta norma superior supone también una garantía en cuanto al control al poder ejecutivo y judicial. El conjunto de principios y valores superiores debe suponer siempre un límite a todo tipo de acciones políticas, normativas o judiciales.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Zagrebelsky, G., & Gascón, M. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (pp. 21-38). Madrid (España): Ediciones Trotta.

- **La posición constitucionalista en España:**

Tras realizar este primer avance teórico sobre lo que supone un Estado de Derecho Constitucional, haremos un comentario práctico sobre el caso de España. El objetivo de este apartado no es el de polemizar ni entrar a debatir el fondo de una ley o una determinada decisión con un ánimo de crítica. Dicho apartado, como el resto del trabajo, se escribe desde la humildad que debe guardar un estudiante, por la falta de experiencia y conocimiento que asumimos que tenemos en comparación con los autores tratados y las posibles personas a las que se aluda a continuación. Se tratará de hacer un breve comentario desde una posición lo más jurídica y objetiva posible.

Como todos sabemos y de acuerdo con la Constitución española en su artículo primero: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, justicia, la igualdad y el pluralismo político.”*<sup>44</sup>

En este primer artículo, cuyo objetivo es definir la forma de Estado en la que se constituye España, podemos apreciar muchos de los elementos del Estado constitucional que explica Zagrebelsky. Lo identifica como un Estado social y de Derecho, y promueve todos los valores que guiarán el resto de textos y por tanto el ordenamiento jurídico español.

La democracia española, debemos recordar, se puede considerar una democracia joven, sobre todo si es comparada con otras como la estadounidense, la francesa o la británica. Por tanto, si queremos hacer una consideración del texto constitucional es imprescindible comprender el contexto en el que se redactó la misma. Tras casi 40 años de dictadura, España abordó un proceso de transición democrática admirable. Con el imprescindible papel del Rey Juan Carlos I y los líderes políticos de la época, España se embarcó en la misión de construir una democracia y para ello formó un grupo de personas que diseñaron la Constitución española que conocemos.

---

<sup>44</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

Dicho grupo estaba compuesto por miembros de fuerzas políticas de diferente signo, con el objetivo de construir sobre esa igualdad, libertad, justicia y pluralismo político que se promulga ya desde su primer artículo.

Esta operación se puede considerar un éxito en cuanto a la celeridad con la que se elaboró, el nivel de entendimiento alcanzado, la posición social indudable sobre la que se asentaban las bases democráticas de nuestro Estado. Ese éxito fue refrendado de igual manera por el pueblo español, el cual aprobó el 6 de diciembre de 1978 el texto constitucional por una amplia mayoría.

No obstante, y aunque en esos primeros años de democracia primó un admirable carácter conciliador, de entendimiento y solidaridad entre partidos, según han ido pasando los años ese espíritu se ha ido diezmado. Nuestro texto constitucional tiene ya 42 años de antigüedad, y aunque se antoja como una edad no tan larga para una Constitución en comparación con otras democracias, lo cierto es que el desarrollo democrático de nuestro país invita a pensar en ciertos fallos cometidos quizás por imprevisión.

De nuevo, no se deben entender estas palabras como una crítica, sino como un ejercicio propio de reflexión sobre la salud de nuestra democracia. Todos los Estados se enfrentan a situaciones críticas; pensemos en Gran Bretaña y el Brexit, Francia y la ya prolongada crisis de los chalecos amarillos o la muy reciente crisis en Estados Unidos con las protestas raciales y el movimiento de Black Lives Matter. Todos ellos movimientos sociales con una mayor o menor justificación, pero que en definitiva suponen un reto a estas democracias, por la novedad política y legal que pueden implicar. Y como es lógico, España no está exenta de estos fallos. Una de las grandes conclusiones que logramos extraer de la investigación de este proyecto, es el hecho de que todos y cada uno de los pensadores intentaban aportar una solución a cuestiones legales que nunca terminaban de encontrar una respuesta única, válida y atemporal. Por tanto, me resulta lógico que debamos adoptar una posición de autocrítica y reflexión para tratar de comprender el origen de estos problemas.

La primera amenaza que enfrenta la democracia española son sin duda alguna los movimientos independentistas, principalmente el catalán y seguidamente el vasco.

Como ya he dicho, trataré de abordar este tema de la forma más analítica posible. Por tanto, debemos considerar esta casuística desde la libertad ideológica y política que nuestra propia Constitución protege. El nacionalismo, tanto catalán como vasco, existía antes de esta democracia y ha sido un punto de debate durante muchos años. Partiendo de su legítimo pensamiento, debemos recordar también que nuestra Constitución protege en su artículo segundo la “*indisoluble unidad de la Nación española*”. Por tanto, debiendo ser este uno de los focos de protección básicos de nuestra Carta Magna, considero que se han realizado unas ciertas desprotecciones de esta unidad.

De nuevo, y tratando de ceñirme a lo puramente jurídico, considero que una de las principales causas del auge independentista reside en algo tan básico como la ley electoral. Nuestro sistema electoral, en el cual se realiza una distribución de escaños por provincias, genera una situación en la cual se ven favorecidos generalmente los grandes partidos y los partidos nacionalistas. La mayor concentración de voto de la que disfrutaban los partidos nacionalistas les permite obtener un alto número de escaños en aquellas regiones en las que se presentan. De esta forma, este sistema electoral deriva en unos resultados que en muchas ocasiones obliga a los grandes partidos a pactar con partidos nacionalistas. Como es lógico, esos pactos implican una serie de concesiones que se hacen con intereses generalmente nacionalistas y partidistas, por lo que no defienden una búsqueda del interés general para la totalidad de los españoles. Estos pactos, que son perfectamente lícitos, sin embargo generan un desgaste institucional de algunas de las competencias del ejecutivo central, que gradualmente se han ido delegando a gobiernos autonómicos. En aras de esa objetividad que prometía al principio del apartado, resultará interesante acompañar esta explicación con algunos hechos.

En las últimas once legislaturas, comprendidas desde 1993 hasta 2019, únicamente se han producido dos mayorías absolutas. El resto de presidentes, de diferente espectro ideológico, fueron investidos mediante mayorías simples, interviniendo decisivamente partidos nacionalistas, como el Partido Nacionalista Vasco (PNV) o Convergència i Unió (CiU). Tratándose de un tema tan polémico y complejo, no entraré a debatir sobre los diferentes actos de insubordinación del gobierno catalán, la convocatoria de referéndums ilegales o las dudas ante la respuesta que debe tomar España frente a estos sucesos. Considero que el hecho de que en los últimos 25 años, únicamente dos

gobiernos hayan logrado gobernar sin depender de fuerzas nacionalistas evidencia un fallo sistémico que de alguna u otra manera se deberá abordar.

Dejando atrás esta temática, hay otras materias que también merecerían una importante revisión por la importancia que tienen a nivel institucional. A este respecto, me vienen a la cabeza ciertos ejemplos que podrían suponer una amenaza para la separación de poderes que, como explica Zagrebelsky, debe ser protegida por la Constitución. Esta amenaza a la independencia de poderes se puede ver, por ejemplo, en las altas esferas del poder judicial. De nuevo, sin querer entrar en exceso en la materia por no desvirtuar el carácter académico de este proyecto, llaman la atención los criterios de selección que se aplican en la formación del Consejo General del Poder Judicial o en la Fiscalía General del Estado. La formación del CGPJ depende en cierta medida del poder legislativo, al ser algunos vocales propuestos por el Senado y el Congreso de los Diputados. De igual forma, la elección del FGE depende directamente del ejecutivo, con también la participación del mencionado CGPJ. Las injerencias entre un poder y otro resultan evidentes, aunque resulta complejo deducir en qué medida no se respeta esa presunta neutralidad. Desde un punto de vista lógico, existen evidencias como para sospechar de una no tan difícil ‘perversión’ de esa elección.

En definitiva, se trata de problemas propios e inherentes al Derecho por su propia vinculación a la vida política. Es interesante recordar aquí a Hobbes, quien quizás no tan desacertado en el siglo XVII afirmaba en su *Leviatán* que “*el hombre es un lobo para el hombre*”. Cuando hablamos de Derecho, y más en su propia esencia, por la irremediable conexión que tiene con el concepto de Estado, es equivalente a hablar de política. Desde antes de Grecia, la política ha ido de la mano del Derecho, y la corrupción ha ido de la mano de la política.

Esto no quiere decir que haya que desconfiar del Derecho en cuanto a ciencia y en su función básica de ordenación social, pero sí que conviene desconfiar del propio hombre. Como avanzaba previamente, una de las conclusiones que he sacado en el desarrollo del trabajo, es que el Derecho nunca ha dejado de cambiar y de cuestionarse. Y creo que si se analiza ese Derecho en relación con la historia, siguen siempre un rumbo similar.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Almoguera Carreres, J. (2009). *Lecciones de teoría del derecho* (2nd ed.). Madrid: Reus.

Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho* (2nd ed.). Bogotá: Temis.

Radbruch, G. (1950). *Rechtsphilosophie* (4th ed.). Heidelberg: Müller.

Welzel, H. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Aguilar.

Aristóteles, & de Azcárate, P. (1873). *Obras de Aristóteles: Moral a Nicómaco*: Medina y Navarro.

Aristóteles, & de Azcárate, P. (1873). *Obras de Aristóteles: Política*. Madrid: Medina y Navarro.

Rodríguez Molinero, M. (1992). *La doctrina del derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno*. *Persona y Derecho*, 26

Locke, J., & Mellizo, C. (2014). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza.

Kelsen, H., & Vernengo, R. (1991). *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: Porrúa.

Mejía Quintana, O. (2011). *Filosofía del Derecho contemporánea*. Bogotá: Ibáñez

Campos Zamora, F. (2010). Noción Fundamentales del Realismo Jurídico. *Revista De Ciencias Jurídicas*, (122).

Reale, M., & Mateos, A. (1999). *Teoría tridimensional del derecho*. Madrid: Tecnos.

Zagrebelsky, G., & Gascón, M. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid (España): Ediciones Trotta.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.