



FACULTAD DE DERECHO

# EL POSITIVISMO JURÍDICO Y SUS CRÍTICAS

La compatibilidad del positivismo jurídico con la justicia  
como dimensión valorativa del Derecho

Autor: Ignacio Borondo Palau

5º E-5, Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas y de la  
Administración Pública

Área de Filosofía del Derecho

Tutor: María Ángeles Bengoechea Gil

Madrid

Junio 2017



## **RESUMEN**

¿Es siempre compatible el positivismo jurídico con la justicia como dimensión valorativa del Derecho? ¿Cómo se ha criticado el positivismo jurídico a lo largo de la historia? En este trabajo se llevará a cabo un estudio del positivismo jurídico y sus críticas. Partiendo de la construcción del concepto del Derecho y su triple dimensión, es decir como hecho social, como norma y como valor, se llegará a los reduccionismos jurídicos, base sobre la que se han construido las distintas teorías del Derecho. El segundo bloque del trabajo consistirá en un estudio de las grandes teorías del Derecho, a partir de los conceptos de justicia, validez y eficacia. Tanto el iusnaturalismo como el realismo nos permitirán conocer de qué forma y porqué el positivismo se ha criticado.

## **SUMMARY**

¿Is legal positivism always compatible with justice as a dimension of law? ¿How has positivism been criticized along history? In this essay, a study of the legal positivism and its criticism will be made. Starting with the construction of a concept of law from a triple dimension, as a social fact, as a rule and as a value, we will arrive to the legal reductionisms, which are the base of the different law theories. The second part of the essay will consist of a study of these important theories from the concepts of justice, validity and legal effectiveness. Iusnaturalism and realism will allow us to know in what way and why positivism has been criticized.

## **PALABRAS CLAVE**

Positivismo / Iusnaturalismo / Realismo / Derecho natural / Derecho positivo / Reduccionismos jurídicos / Justicia / Validez / Eficacia / Hecho social / Norma / Valor.

## **KEY WORDS**

Positivism / Iusnaturalism / Realism / Natural law / Positive law / Legal reductionisms / Justice / Validity / Effectiveness / Social fact / Rule / Value.

**ANEXO III**

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DEL TFG**

**Nombre y apellidos del alumno:**

.....

**Curso y Especialidad:**.....

**Declaro, bajo mi responsabilidad, que el Trabajo de Fin de Grado presentado con el título .....  
.....  
..... en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas en el curso académico..... :**

**1º.- Es un trabajo de mi autoría, original, inédito y no ha sido presentado con anterioridad a otros efectos.**

**2º.- Cumple con todos los requerimientos generales anti-plagio aplicables para la elaboración de trabajos académicos en la Universidad Pontificia Comillas y se ajusta a las buenas prácticas existentes sobre el particular.**

Madrid, a .....de..... de.....

Fdo.:

\_\_\_\_\_

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. ¿QUÉ ES EL DERECHO?.....	7
2.1. Introducción.....	7
2.2. El Derecho .....	8
2.2.1. El Derecho como hecho social .....	9
2.2.2. El Derecho como norma .....	15
2.2.3. El Derecho como valor .....	20
2.3. El Derecho como concepción tridimensional .....	23
2.4. Los reduccionismos sociológico, normativista y valorativo .....	25
3. LAS TEORÍAS DEL DERECHO Y SUS CRÍTICAS AL POSITIVISMO.....	26
3.1. Introducción.....	26
3.2. Iusnaturalismo .....	27
3.3. Positivismo .....	34
3.4. Realismo .....	37
3.5. El Derecho Natural y el Derecho Positivo.....	39
3.6. Críticas al Derecho Positivo .....	42
4. CONCLUSIONES.....	44
5. BIBLIOGRAFÍA .....	46

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Es compatible el positivismo jurídico con la justicia como dimensión valorativa del Derecho? ¿En qué consiste el positivismo jurídico? ¿Cuáles han sido las críticas más importantes hacia esta teoría del Derecho? A lo largo de este trabajo, se intentará dar una respuesta satisfactoria a estas cuestiones. No se puede negar la importancia de las mismas, menos en una sociedad en la que el fenómeno jurídico desempeña un papel de gran importancia y en la que el Derecho está presente en la gran mayoría de sus ámbitos. El Derecho debe aspirar como fin último a la justicia, una justicia que puede verse amenazada, por ejemplo, en casos en la que esta se subordina a la validez hasta sus últimas consecuencias. Por ello mismo, se intentará argumentar acerca de si es o no es posible una coexistencia pacífica entre la justicia como dimensión del fenómeno jurídico y el positivismo.

No es esta una cuestión nueva, más bien todo lo contrario. El estudio del positivismo jurídico y sus críticas ha sido y es una cuestión muy recurrente a lo largo del estudio del Derecho, más concretamente de la filosofía del Derecho. Son numerosas las publicaciones jurídicas con valor doctrinal en esta materia, que con distintos argumentos se han posicionado a favor o en contra del positivismo jurídico.

Para llegar a unas conclusiones satisfactorias en relación a las preguntas planteadas al comienzo de esta introducción, comenzaremos el trabajo cuestionándonos ¿qué es el Derecho? Para responder a ello, nos acercaremos al fenómeno jurídico desde tres ámbitos distintos, en primer lugar desde el ámbito del Derecho como hecho social, en segundo lugar desde el ámbito del Derecho como norma y por último desde el ámbito del Derecho como valor. Llegados a ese punto nos cuestionaremos acerca de la necesidad de entender el fenómeno jurídico desde una visión tridimensional y como el rechazo a la misma da lugar a los reduccionismos sociológico, normativista y valorativo.

Reduccionismos jurídicos que dan lugar a las distintas teorías del Derecho. Serán estas las que ocuparan la segunda parte de este trabajo. Durante el estudio del iusnaturalismo, que conforma la crítica principal al positivismo, nos centraremos en la importancia del Derecho natural y el papel que juega la justicia en esta importante corriente de pensamiento. En segundo lugar, pasaremos a estudiar el positivismo, dónde

estudiaremos el pensamiento de dos grandes figuras como Hobbes y Bobbio. Será el realismo, la última teoría del Derecho a la que nos acercaremos en este trabajo, y dentro de la cual distinguiremos distintas corrientes de la misma, como son la Escuela Histórica del Derecho, la Escuela del Derecho Libre y el realismo jurídico. Todas ellas críticas con la teoría positivista.

Con todo ello, intentaremos llegar a una conclusión acerca de cómo se ha criticado el positivismo jurídico y porqué. Pasamos a continuación al desarrollo del trabajo.

## **2. ¿QUÉ ES EL DERECHO?**

### **2.1. Introducción**

La primera cuestión que nos debe ocupar en el desarrollo de este trabajo es la respuesta a la compleja pregunta ¿qué es el Derecho? Ni mucho menos la respuesta estará exenta de dificultades. A lo largo de la historia se han producido numerosos y variados intentos de dar una respuesta a dicha cuestión, encontrando contradicciones en las mismas indicativas de que no estamos ante una pregunta de fácil solución.

El Derecho tal y como señala el profesor Joaquín Almaguera “rodea nuestra vida y una buena proporción de los que habitualmente hacemos tiene que ver con el Derecho”<sup>1</sup>. Esto significa que estamos ante un fenómeno. Definido por la Real Academia Española como “toda manifestación que se hace presente a la consciencia de un sujeto y aparece como objeto de su percepción”<sup>2</sup>. Tenemos por tanto que el Derecho es un fenómeno, de forma que podemos referirnos al mismo como fenómeno jurídico.

Antes de pasar a definir el fenómeno jurídico de forma más detallada y precisa, es importante a modo de introducción remarcar una serie de rasgos generales que nos ayudarán a entender mejor la cuestión de ¿qué es el Derecho?, cuando más adelante profundicemos en ella. Para comenzar, no se nos debe escapar que el fenómeno jurídico tiene que ver con los hombres, es un producto del ser humano. El Derecho no se encuentra en la naturaleza como tal. Este primer punto, nos trae una cuestión importante que deberemos tratar posteriormente con profundidad, ¿El hecho de que el Derecho sea

---

<sup>1</sup> Almaguera Carreres, Joaquín, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Reus, Madrid, 2009, p.21.

<sup>2</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2014.

un producto de los hombres hace inexistente el Derecho natural? Abordaremos esta cuestión en detalle más adelante, en este momento podemos traer a colación la respuesta de Joaquín Almaguera que señala que “el Derecho tiene de natural lo que le corresponde en la medida en el que el hombre es también un ser natural”<sup>3</sup>.

La caracterización realizada del Derecho como producto del ser humano trae consigo la necesidad de distinguir entre dos tipos de fenómenos. En primer lugar, los fenómenos naturales, aquellos que escapan a la voluntad del hombre y en segundo lugar, los fenómenos humanos, en los que la voluntad juega un papel imprescindible. Es en relación a este segundo tipo de fenómenos donde aparece el fenómeno jurídico. El objeto del Derecho vendrá dado por las conductas y comportamientos humanos y no por los acontecimientos naturales<sup>4</sup>.

Teniendo al Derecho como un fenómeno que es producto de los hombres y que tiene como objeto los comportamientos o conductas humanas es necesario hacer una pequeña aclaración acerca de cuáles dentro de la cantidad tan heterogénea de comportamientos humanos existentes son los que el fenómeno jurídico adopta como objeto. En relación a esta cuestión es posible afirmar que el Derecho tiene una condición social y es cuando se producen actos de relación o de iniciación de relación entre seres humanos cuando aparece.

Tenemos de esta forma tres rasgos introductorios del Derecho, en primer lugar que es un producto del ser humano, en segundo lugar que aparece en relación a las conductas y comportamientos humanos y en tercer lugar que tiene como objeto dentro de esas conductas y comportamientos, a las que tienen una connotación social, es decir las relativas a la sociedad. Los tres rasgos descritos, si bien nos ayudan a tener un primer acercamiento al concepto de Derecho, de ningún modo completan una respuesta satisfactoria a la pregunta planteada al comienzo de este epígrafe. En aras de seguir avanzando en la elaboración de una respuesta pasamos a continuación a desarrollar el Derecho como hecho social.

## **2.2. El Derecho**

---

<sup>3</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.22.

<sup>4</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.23.

### ***2.2.1. El Derecho como hecho social***

El Derecho como hecho social aparece como la primera manifestación del fenómeno jurídico. A nadie se le escapa la materialidad del Derecho, si bien con sus específicas particularidades que luego intentaremos sintetizar relativas al poder. Pero antes es necesario hacer mención a Émile Durkheim quien acuñó el término hecho social en primer lugar. Para el sociólogo y filósofo francés un hecho social ha de ser entendido como “toda manera de hacer, establecida o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior”<sup>5</sup>, así como “el que es general en la extensión de una sociedad determinada teniendo al mismo tiempo una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales”<sup>6</sup>.

Teniendo claro el concepto de hecho social, es importante hacernos las siguientes preguntas, ¿qué hechos sociales son jurídicos?, y ¿en qué marco se desarrolla el Derecho como hecho social? Con ello se podrá continuar con la construcción del concepto de Derecho para más tarde poder estudiar las distintas teorías del Derecho y en concreto el positivismo jurídico. Para dar respuesta a estas cuestiones es importante construir el concepto de sociedad como marco del Derecho. Son numerosos los modos en los que se ha entendido a la sociedad a lo largo de los años. A modo de visión general es necesario traer a colación tres modelos principales y la famosa teoría de la acción social acuñada por el conocido sociólogo estadounidense Talcott Parsons. Comenzando por los tres modelos que de forma tradicional han intentado explicar el concepto de sociedad, tenemos en primer lugar el modelo organicista. Dicho modelo viene caracterizado por el hecho de que “la sociedad preexiste al ser humano”<sup>7</sup>. Fuera de lo social, es decir de la sociedad, no hay nada, siendo la sociedad aquello que existe de forma natural. Pasamos ahora al segundo modelo que tradicionalmente se ha utilizado para explicar la sociedad, el llamado modelo individualista. Rompe con el modelo anterior de forma drástica produciendo una inversión en la preexistencia de la sociedad y del ser humano. Para este modelo la sociedad no preexiste al ser humano tal y como se afirmaba en el modelo organicista si no que para el modelo individualista “lo

---

<sup>5</sup> Durkheim, Émile, *Las Reglas del Método Sociológico*, Gorla, Buenos Aires, 2005, p.51.

<sup>6</sup> *Las Reglas del Método Sociológico*, cit., p.52.

<sup>7</sup> *Lecciones de Teoría del Derecho*, cit., p.26.

preexistente y preeminente es el hombre sobre la sociedad”<sup>8</sup>. Tal y como señala el Profesor Almoguera podemos establecer un tercer modelo que intente mediar entre las dos posturas contrapuestas que hemos expuesto. Es el llamado modelo de interrelación entre individuo y sociedad. Como se puede intuir, “el individuo y la sociedad se requieren y se reclaman recíprocamente, de tal manera que solo podemos hablar de individuos cuando estamos ante una sociedad, del mismo modo que no hay sociedad que no esté compuesta por individuos”<sup>9</sup>.

Parece clara la insuficiencia de estos tres modelos para explicar y llegar a comprender el ámbito en donde el hecho social del Derecho tiene lugar. Con el objetivo de aclarar esta cuestión haremos uso de la teoría de la acción social mencionada con anterioridad. Parsons otorga una “importancia fundamental a la categoría de ‘action’ entendida como comportamiento intencional y, por tanto, significativo”<sup>10</sup>. La sociedad para el sociólogo americano aparece como un conjunto de acciones sociales. Estas acciones, como su propio nombre indica al señalar que son sociales, se producen dentro de los distintos grupos sociales que conforman la sociedad y que a su vez se encuentran relacionados entre sí. Cada individuo se encuentra incluido dentro de un determinado grupo social, al cual queda sujeto adaptando su comportamiento al que rige al grupo en cuestión.

Es aquí donde aparecen las expectativas de conducta. El estar sujeto a un determinado grupo social crea sobre el individuo una serie de expectativas en torno a su comportamiento. El grupo espera una determinada forma de actuación y el individuo adecua a esta expectativa su comportamiento. A pesar de que esta expectativa es refrendada por el comportamiento de los integrantes del grupo en multitud de ocasiones, existen ocasiones en las que esta expectativa no se cumple. Aparece aquí la tipología de acciones dependiendo de su adaptación o no a lo que espera el grupo y que han recogido sociólogos de la importancia de Weber o Pareto. Por un lado acciones típicas, que son aquellas que se adaptan a la expectativa de conducta del grupo y por otro lado las acciones atípicas, que por el contrario no se adecuan a lo que el grupo espera. Una vez teniendo presente que es la expectativa de conducta, asalta la cuestión de ¿qué

---

<sup>8</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.26.

<sup>9</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.27.

<sup>10</sup> López Moreno, Ángeles, “La Teoría de la acción en Weber. Parsons y Habermas: algunas consideraciones críticas”, *Foro, Nueva época*, n. 1, 2005, p.179-201.

comportamiento espera un determinado grupo social de los miembros que los componen?

Para responder a esta cuestión debemos hacer uso de dos conceptos importantes como son los de status y rol. Por status, de acuerdo a Linton, hemos de entender la posición que una determinada persona juega en el grupo<sup>11</sup>. La connotación pasiva del concepto de status, sin embargo, pasa a tener una connotación activa en el concepto de rol. Por rol podemos entender “la activación o puesta en ejercicio de aquella categoría social, de aquel círculo que identificaba a los miembros del grupo”<sup>12</sup>. Con estos dos conceptos, ambos relacionados, pero distintos entre sí, se observa que espera un determinado grupo social de sus miembros dependiendo del status y rol que desempeñen. Continuando con la construcción del marco en donde se desarrolla el fenómeno jurídico es necesario pasar a estudiar los mecanismos de reforzamiento social de las conductas. Como se ha visto anteriormente, las conductas atípicas están presentes en la sociedad, no son deseadas pero son inevitables, por lo que es necesaria la creación de una serie de mecanismos que intenten reducir al máximo posible este tipo de conductas, fomentando que el mayor número de comportamientos de los individuos se adapten a lo que son esperadas de ellas, es decir usando la tipología de Weber que sean típicas o lógicas.

Junto a estos mecanismos, que pueden ser de distinto tipo, aparecen los sistemas de control social. Se trata de “institucionalizar en los sistemas sociales los procesos que van orientando hacia los valores el comportamiento individual”<sup>13</sup>. Uno de sus grandes teóricos fue Bottomore, que señaló que se trata de un conjunto de medios de control de la conducta, los cuales se localizan sobre algún sector de la vida social<sup>14</sup>. Es aquí entre los sistemas de control social donde aparece la figura del Derecho. Dentro de la heterogeneidad de sistemas de control social existentes, el fenómeno jurídico aparece como uno de los sistemas más precisos. Esta precisión viene dada principalmente por el uso de la fuerza como medio para controlar las relaciones de poder. El Derecho ostenta el monopolio de la fuerza, lo que le dota de una gran capacidad controladora de las conductas sociales.

---

<sup>11</sup> Linton, Ralph, “*Estudio del Hombre*”, S.L. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2008, p.142.

<sup>12</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.32.

<sup>13</sup> López Moreno, Ángeles, “La Teoría de la acción en Weber. Parsons y Habermas: algunas consideraciones críticas”, *Foro, Nueva época*, n. 1, 2005, p.179-201.

<sup>14</sup> Bottomore, Tom, *Introducción a la Sociología*, Península, Barcelona, 1989.

¿Dónde reside la legitimidad de estos mecanismos de control social? Es fundamental tratar de responder a esta pregunta, ya que estos mecanismos de control social deben de estar legitimados por un fin concreto. El fin que buscan es “la aceptación de unos valores y una organización social en base a dos parámetros: el primero basado en criterios de satisfacción de las necesidades y el segundo en base a la organización jerárquica de los intereses”<sup>15</sup>. Es en estos dos parámetros donde estos mecanismos encontrarán esa necesaria legitimidad.

Concluyendo el estudio del marco en donde se produce el fenómeno jurídico, hemos de hacer mención a la cuestión de la desviación social y las causas de que se produzca la misma. Como anteriormente se señalaba, las acciones atípicas ya sea antes o después del establecimiento de sistemas de reforzamiento o de control social son inevitables. Estas acciones típicas constituyen las llamadas desviaciones sociales, que pudiendo ser de distinto tipos son clasificadas en toleradas y no toleradas. A modo de definición se puede decir que la desviación social “es el comportamiento atípico que tiene consecuencias más graves para el grupo y su estabilidad”<sup>16</sup>. Entre las causas que dan lugar a estas conductas atípicas se pueden señalar a la anomia, la incompatibilidad de medios y fines y el aprendizaje social de la desviación como las principales, no siendo menester de este trabajo profundizar a fondo en las mismas.

Llegados a este punto estamos en disposición de entender el marco en donde el Derecho aparece. El Derecho como hecho social, recae sobre unas conductas llevadas a cabo por los personas. Conductas sobre a las que a su vez recaen unas expectativas, las cuales han sido reforzadas por medio de una serie de mecanismos variados y que al mismo tiempo son controladas. Siendo la conducta en cuestión típica si se adecua a la expectativa que sobre ella recae, o por el contrario atípica. El Derecho, “ha de atender a los problemas y necesidades que la realidad social plantea; no puede existir un Derecho a espaldas de la sociedad”<sup>17</sup> Habiendo avanzado en la explicación de qué es el Derecho, aún queda mucho camino por recorrer para poder dar una respuesta, pero antes de seguir con ello parece necesario continuar con el Derecho como hecho social, centrándonos en la eficacia como dimensión sociológica del Derecho.

---

<sup>15</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.35.

<sup>16</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.37.

<sup>17</sup> Ruiz de Huidobro, José M., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, Dykinson, Madrid, 2012, p.18.

La eficacia ha de ser entendida como la “capacidad de lograr el efecto que se desea o espera”<sup>18</sup>. Al haber definido al Derecho como hecho social, en este caso la eficacia como dimensión sociológica del Derecho vendría dada como la capacidad que tiene el mismo para producir hechos sociales. En base a esto, podremos decir que el Derecho es eficaz en tanto en cuanto sea capaz de producir un número elevado de hechos sociales, mientras que será ineficaz cuando sea incapaz de producir los mismos. El papel que juega la eficacia es fundamental, ya que “la dimensión social requiere, al menos la eficacia de la normas jurídicas y la mayoría de las teorías jurídicas consideran la eficacia como una de las condiciones necesarias de la existencia de un sistema jurídico”<sup>19</sup>. Un gran estudioso del Derecho como Bobbio<sup>20</sup>, entendió la eficacia del Derecho como el conflicto relativo a “si la norma es o no cumplida por las personas a quien se dirige y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto”<sup>21</sup>. Otra definición de este concepto es el “hecho de que la conducta prevista sea realmente cumplida, esto es, obedecida por los destinatarios o aplicada por las autoridades jurídicas”<sup>22</sup>. Aunque pueda parecer lo contrario, no estamos ante un concepto inequívoco, ya que dentro de eficacia podemos distinguir entre la eficacia normativa, referida a si los destinatarios se comportan de acuerdo a las normas, la eficacia causal, entendida como la incidencia que tienen las normas a la hora de que los destinatarios determinen llevar una determinada conducta y por último la efectividad del sistema jurídico, en palabras de Navarro, consistente en el papel que juega el Derecho “en la determinación del comportamiento de los individuos, afectando sus motivos o razones para la acción”<sup>23</sup>.

Para que el fenómeno jurídico obtenga la imprescindible eficacia es importante que el mismo tenga una aceptación por parte de los miembros de la sociedad a la que se aplica. Una aceptación del Derecho traerá consigo una eficacia mayor del mismo, mientras que un Derecho no aceptado será por regla general ineficaz. Como señala el profesor

---

<sup>18</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2014.

<sup>19</sup> Raz, Joseph, *The concept of a legal system*, Claredon Press, Oxford, 1980, p.203.

<sup>20</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1993.

<sup>21</sup> Greppi, Andrea, “Eficacia”, *EUNOMIA. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 3, 2012, p.150-159.

<sup>22</sup> Alchourrón, C. y Bulygin, E., “Norma Jurídica” en Garzón, E. y Laporta, F., *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p.133-137.

<sup>23</sup> Navarro, Pablo, “Validez y eficacia de las normas jurídicas” en Garzón, E. y Laporta, F., *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p.209-218.

Almoguera<sup>24</sup>, es posible establecer una escala relativa a la eficacia del Derecho, ya que estamos ante una condición del mismo que es posible medir. La escala establecida consta de cuatro grados, en la cúspide tenemos los Derechos altamente eficaces, que son aquellos que la sociedad acepta de forma mayoritaria, es decir casi al completo, y no sólo eso sino que la aceptación se produce de forma espontánea. Esto significa que el acto de aceptar el Derecho no es consecuencia de la existencia de unos sistemas de control (sanción). Las normas en estos casos vienen caracterizadas por su inmediatez a la hora de aplicarlas. Hay que señalar aquí que la eficacia de un Derecho de forma total es utópica por lo que se habla de “altamente eficaces”. Un escalón por debajo de los Derechos altamente eficaces, encontramos los Derechos eficaces. La diferencia con los anteriormente expuestos radica en la espontaneidad antes comentada. Aquí la aceptación del Derecho es mayoritaria, sin embargo no espontánea, la existencia de unas sanciones para el caso de incumplimiento de las normas es lo que lleva a los individuos destinatarios de las normas a hacerlo. Es por ello por lo que la eficacia del fenómeno jurídico queda disminuida. Vista la distinción entre los Derechos que pueden ser catalogados como eficaces, es importante seguir con la clasificación hablando de los Derechos ineficaces. Estos vienen caracterizados por una ausencia de aceptación por parte de los destinatarios de los mismos. Esta inaceptación de las normas vendría traducida por un incumplimiento de las mismas que no se produce por la existencia de una serie de mecanismos que controlan su cumplimiento mediante la aplicación de medios de coacción. La voluntad como explicación fundamental al cumplimiento de las normas y del ordenamiento jurídico es sustituida por la fuerza, que es lo que en los Derechos ineficaces mueve al cumplimiento. Por último, tenemos los Derechos totalmente ineficaces, estos no sólo no son aceptados sino que a su vez son incumplidos por la inexistencia de aplicación de mecanismos coactivos que garanticen su cumplimiento. Estamos ante la máxima ineficacia posible de un Derecho. Es importante matizar que junto a estas cuatro categorías principales podemos encontrar otros casos intermedios que ostenten características de más de una categoría o que no se adapten al cien por cien a una.

Tras ver un concepto general de lo que se ha de entender por eficacia y tras observar una graduación de los Derechos en base a la misma, se ha de continuar su estudio

---

<sup>24</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.63.

haciendo una distinción de las dos dimensiones que podemos encontrar de la misma. Se puede afirmar la existencia de la distinción entre la eficacia referida a una norma, de la eficacia referida a un ordenamiento jurídico en su conjunto. Estas dos dimensiones de la eficacia se encuentran a su vez conectadas, ya que “para llegar a predicar la eficacia de una norma jurídica es necesario haber constatado previamente la eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto o, al menos, de algunas de sus normas, de las que depende la identificación de las normas en cuestión”<sup>25</sup>. A modo de conclusión y antes de pasar a la siguiente dimensión del Derecho con el objetivo de acercarnos a un concepto que englobe todas las facetas del fenómeno jurídico es importante resaltar de nuevo en la eficacia del Derecho las razones o las motivaciones que llevan a un sujeto a actuar, “de lo contrario es imposible saber cuál ha sido la incidencia efectiva de la norma, o de sus garantías, en la determinación de la conducta”<sup>26</sup>. Mientras que el profesor Almoguera se refería a la espontaneidad como indicador de la voluntad, Laporta establece una tipología distinguiendo entre correspondencia, acatamiento tácito, cumplimiento voluntario y cumplimiento involuntario<sup>27</sup>. No concierne a este trabajo, por lo que no se desarrollará, pero parece interesante dejar en el aire una importante cuestión acerca del fenómeno de la eficacia en el Derecho. Ante la abundante cantidad de normativa existente, ¿es posible constatar o hablar de la eficacia de un determinado Derecho en cuanto existen una gran cantidad de normas que los destinatarios no conocen?

### ***2.2.2. El Derecho como norma***

Una vez visto el Derecho como hecho social y el fundamental papel que juega la eficacia en esta dimensión sociológica del fenómeno jurídico en cuanto se refiere a la aceptación del Derecho y al papel de la voluntad a la hora de cumplirlo, hemos de pasar al siguiente apartado. En el mismo, se estudiará el Derecho como norma.

Hemos visto en líneas anteriores como el Derecho es un hecho social, sin embargo parece obvio que estamos ante un hecho distinto al conjunto de hechos sociales que nos encontramos en la sociedad. Es el carácter normativo del Derecho el que nos permite

---

<sup>25</sup> “Eficacia”, EUNOMIA. Revista en Cultura de la Legalidad, cit., p.150-159.

<sup>26</sup> “Eficacia”, EUNOMIA. Revista en Cultura de la Legalidad, cit., p.150-159.

<sup>27</sup> Laporta, F., “Poder y derecho”, en Garzón, E. y Laporta, F., *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p.441-454.

llevar a cabo esta distinción. Profundizaremos ahora en el Derecho como norma, para ello procederemos a realizar un acercamiento teórico a los conceptos de estándar social y norma, al mundo de las normas y a la problemática relativa a la validez de las normas jurídicas, dónde aparece la dimensión normativa del Derecho. Con ello, se tratará de seguir conformando un marco teórico que nos permita definir y comprender qué es el Derecho. Las normas jurídicas, “constituyen el dato primigenio de lo jurídico, el Derecho se asocia a leyes o reglas de conductas exigibles (...) son punto de referencia de los comportamientos sociales y la manifestación primaria de lo jurídico”<sup>28</sup>

En el apartado anterior, al señalar al Derecho como hecho social, hacíamos hincapié en que al ser definido como tal, el Derecho se repite, es un hecho que se da continuamente en mayor o menor medida. De esta característica podemos deducir que se presenta como un estándar social, “que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia”<sup>29</sup> y que ha de ser entendido como “que un núcleo de comportamientos resultan semejantes entre sí, lo cual dota a todos ellos de una cierta unidad”<sup>30</sup>. Tenemos por tanto un estándar social, que trae consigo la misión de ejercer como modelo de conducta. En base a esto, es posible establecer un paralelismo entre los estándares sociales y las reglas sociales. Sin embargo, existe un elemento diferenciador en las reglas sociales. Este elemento consiste en el hecho de que en “la regla se acentúa aquel carácter de modelo que pesa sobre las conductas posibles”<sup>31</sup>.

Este elemento característico de las reglas sociales y que facilita la diferenciación con el estándar social, encuentra su punto más álgido en la norma jurídica. Siendo esta norma, la que ostenta mayor capacidad para ejercer presión sobre una determinada conducta logrando su posterior modificación. Es importante dejar claro que una norma es algo distinto a un hecho, se encuentra situada en un plano distinto. La esencia de las normas, “está en la obligatoriedad que genera, en su capacidad modificadora de la conducta y no en el hecho de la conducta misma”<sup>32</sup>.

No es discutible señalar que en la sociedad, atendiendo a su dimensión normativa, aparece un conglomerado de normas no exento de complejidad. Es por ello importante

---

<sup>28</sup> Manual de Derecho Civil: Parte General, cit., p.18

<sup>29</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2014.

<sup>30</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.40.

<sup>31</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.41.

<sup>32</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.41.

focalizar nuestra atención en el problema relativo a la validez de la norma jurídica, donde prestaremos atención a la importante figura de Kelsen. En las líneas precedentes, nos referíamos al hecho de que en la sociedad existe un conjunto de normas, pero ¿cómo podemos distinguir las normas jurídicas de aquellas que no lo son? No han sido pocos los intentos que a lo largo del estudio de la ciencia jurídica han intentado dar una respuesta satisfactoria a la pregunta planteada. Una respuesta que nos llevaría a conocer qué es aquello que permite otorgar valor jurídico a una norma. Con esta cuestión, se entra de lleno en el campo de la determinación de la validez de las normas jurídicas. De acuerdo al trabajo del profesor Almoguera, es importante llevar a cabo el descarte de una serie de elementos como causas de la juridicidad de una determinada norma. El primer elemento viene en relación al soporte del hecho sobre el que una norma se presenta. Es decir, una norma no es jurídica dependiendo del soporte material en el que aparece. La norma, como venimos diciendo constituye un acto de naturaleza intelectual. No es correcto afirmar que una norma es jurídica por el mero hecho de que aparezca escrita. Ejemplos ilustrativos de esta circunstancia son el hecho de que hay normas como la costumbre jurídica<sup>33</sup> que sin estar escritas constituyen normas con carácter plenamente jurídico y por otro lado encontramos normas que se encuentran escritas y por el contrario carecen de esta juridicidad, como podrían ser las normas que se encuentran en el reglamento de un juego de mesa. Queda claro, como este primer elemento no puede ser catalogado como determinante a la hora de calificar una norma como jurídica. Un segundo elemento, que ha de ser también descartado es aquel que basa la juridicidad de una norma en base a la obligación. Esto significa, que una norma será jurídica por el hecho de obligar más que otras. Son varios los problemas que presenta esta alternativa y que imposibilitan su consideración como elemento determinante. Para empezar, el sentimiento de obligación es algo difícilmente cuantificable y corresponde su estudio al campo de la psicología. “La validez jurídica de una norma no puede depender de un sentimiento o de cualquier elemento psicológico”<sup>34</sup>. A su vez, encontramos ejemplos de normas jurídicas que sin tener ese sentimiento de obligación, estamos obligados a cumplir, como pueden ser algunas normas fiscales. Del mismo modo, que encontramos sentimiento de obligación en normas que carecen de naturaleza jurídica como podría ser el caso de normas relativas

---

<sup>33</sup> Artículo 1 del Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. (BOE 25 de julio de 1889).

<sup>34</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.47.

al trato con los amigos. Es necesario por tanto, descartar al sentimiento de obligación como determinante a la hora de calificar a una norma como de naturaleza jurídica por la imprecisión que ello supondría. El último elemento que se ha de descartar, no sin alguna que otra dificultad es el que señala que el carácter jurídico de una norma vendrá dado por la materia que tiene por objeto la norma. Mientras el primero consistía en el soporte material de la norma, el segundo en el sentimiento de obligación, este último consiste en el tipo de hecho o relación de la sociedad que es objeto de la norma. Dependiendo de este hecho o relación podremos afirmar que una norma es jurídica o no. Contradictoria a la teoría de Kelsen, contempla a las relaciones de poder y económicas como determinantes a la hora de hacer jurídica una norma. Si bien, toda relación de poder es objeto del Derecho, se pueden establecer dos críticas a esta afirmación a la hora de clasificarla como determinante a la hora de calificar a una norma como jurídica. En primer lugar, el poder es un concepto tan amplio y abstracto que resulta inadecuado para señalar a una norma como jurídica y en segundo lugar entendiendo al poder de modo concreto, prestando atención a su intensidad, se producirían situaciones erróneas en relación a la calificación de una norma como jurídica. Un ejemplo ilustrativo de esta segunda crítica sería que “la norma de un asaltante, que nos obliga a entregar la cartera, sería jurídica, ya que en ese momento encierra el máximo de poder sobre nosotros”<sup>35</sup>. En cuanto a las relaciones económicas no es menester profundizar en ellas, ya que contienen una explicación lo suficientemente parecida a las relaciones de poder como para adentrarnos en su estudio.

Hemos visto distintos elementos que han sido descartados en su intento de explicar la juridicidad de las normas por su insuficiencia. Es momento de preguntarse, ¿cuáles son los requisitos de la validez jurídica? Cuestión de gran importancia a la hora de estudiar al Derecho como norma. Para ello, nos acercamos a la figura del jurista y filósofo Hans Kelsen. Para Kelsen, lo determinante a la hora de identificar a una norma como jurídica es la forma. Se sustituye el elemento material por el elemento formal. Este elemento formal de la norma, es el que hará que una norma sea jurídica o no. En este punto, nos aparece una duda, si hay que atender a la forma para la determinación de la validez jurídica de una norma, ¿qué requisitos formales son los que tiene que tener una norma?

---

<sup>35</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.48.

Para responder a esta cuestión, volvemos a la figura de Kelsen, que en su obra<sup>36</sup> da respuesta a esta cuestión señalando que los requisitos formales a los que se ha de atender son establecidos por el propio Derecho. Es el Derecho mismo el que establece como debe ser una norma para ser considerada como jurídica. Con esta respuesta, Kelsen lleva a cabo una profunda defensa de la autonomía del Derecho como disciplina. Centrándonos en los requisitos en sí, tan solo es necesario que la formalidad de los mismos resulte del Derecho concreto. Será más adelante cuando profundizaremos en la figura de Kelsen, pero en este momento estamos en disposición de afirmar que la juridicidad de una norma se encuentra en la satisfacción de los requisitos de carácter formal que establece otra norma jerárquicamente superior a la misma. De acuerdo a Kelsen, las normas jurídicas vienen organizadas de forma jerárquica<sup>37</sup>. En conclusión la validez de la norma jurídica es otorgada mediante el elemento formal y es traspasada de una a otra norma de forma jerárquica.

¿Qué características tendrán estas normas jurídicas? Visto el papel fundamental de lo formal a la hora de dotar de validez jurídica a una determinada norma, es momento de estudiar brevemente las características de estas normas jurídicas. Las normas jurídicas vienen caracterizadas por una serie de elementos intrínsecos a su naturaleza. Entre ellos, los más importantes son “la generalidad, la obligatoriedad, finalidad y su carácter imperativo”<sup>38</sup>.

Para concluir este análisis del Derecho como norma, hay que estudiar la validez como eje fundamental de la dimensión normativa del Derecho. Establecida la dimensión normativa del fenómeno jurídico y la importancia del elemento formal originado en el propio Derecho, hemos de estudiar la validez en un plano superior que se aleje de las concretas exigencias que una determinada norma pueda tener. Encontramos tres requisitos generales, en primer lugar que la norma en cuestión haya sido promulgada por una autoridad competente, establecida por el propio Derecho. En segundo lugar, que no se encuentre derogada por otra norma posterior en el tiempo. De forma que una norma derogada por otra posterior carecerá de validez y en tercer lugar, la norma no ha de encontrarse en una situación de contradicción con otra norma de su sistema jurídico.

---

<sup>36</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*, Trotta, Madrid, 2011.

<sup>37</sup> *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*, cit.

<sup>38</sup> Villar Barnuevo, N., “El Derecho como norma”, *Revista Vox Juris*, n.14, 2007, p.150-159.

Esta dimensión normativa del Derecho y la consecuente importancia de la validez supone “encontrarnos ante la dimensión ontológica del Derecho, preocupada por la determinación del ser del Derecho”<sup>39</sup>.

Para entender la importancia de la validez, es muy ilustrativa esta cita del profesor Almoguera, que señala “la validez del Derecho es su forma misma de existencia. (...) La existencia propia del Derecho es esta existencia formal, distinta de la existencia real o social del mismo. (...) Su verdadera existencia descansa en aquella formalidad que expresa su validez”<sup>40</sup>. No hay que terminar este apartado sin señalar “que son muchos los factores que han convertido a la validez en uno de los conceptos más problemáticos de los que maneja y elabora la teoría del Derecho”<sup>41</sup>. A continuación, procederemos a llevar a cabo un estudio del fenómeno jurídico como valor. Dentro de esta dimensión valorativa del Derecho, aparecerá la justicia como elemento fundamental del mismo.

### ***2.2.3. El Derecho como valor***

Tras el estudio del Derecho como hecho social y como norma dotada de una característica validez, pasamos al estudio del fenómeno jurídico como valor, con el que culminaremos la respuesta a la pregunta planteada al principio de este apartado, ¿Qué es el Derecho? Durante el estudio de esta dimensión, pasamos como es lógico al plano de lo valorativo. Es frecuente, que una persona al acercarse al fenómeno jurídico por primera vez se plantee la siguiente cuestión, ¿Cuál es la utilidad del Derecho? A esta cuestión es a la que intenta dar respuesta la dimensión valorativa.

El fenómeno jurídico busca la consecución de algo positivo, busca un bien para la sociedad. Este conjunto de valores de naturaleza positiva pueden ser calificados como “justicia”. A lo largo de la historia, el concepto de justicia siempre ha aparecido relacionado de forma especial al Derecho, como podemos observar en una de las acepciones que hace la RAE señalando que justicia es “Derecho, razón, equidad”<sup>42</sup>, así como en su origen etimológico, “el término Derecho proviene del latín *directum*, que

---

<sup>39</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.65.

<sup>40</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.65.

<sup>41</sup> Peña Freire, A., “Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.16, 1999, p.99-120.

<sup>42</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2014.

significa lo recto, lo correcto, lo adecuado y, en definitiva, lo justo”<sup>43</sup>. Para autores como Reale, “no existe Derecho donde no existe tentativa de realización de lo justo, o de un valor justo”<sup>44</sup>. De acuerdo al profesor Ruiz de Huidobro, “el orden jurídico creado por el Derecho se inspira o se funda en un conjunto de valores asumidos socialmente (...) siempre hay detrás valores que influyen en todos los fenómenos jurídicos”<sup>45</sup>. Debemos concretar este concepto de justicia, haciendo una importante distinción entre justicia formal y justicia sustantiva, de forma que la amplitud del concepto devenga en algo más concreto y útil para nuestro objetivo de definir esta tercera dimensión del Derecho.

Por justicia formal, que encuentra un sinónimo en la justicia legal, encontramos “el conjunto de valores que se encuentran dentro del propio Derecho”<sup>46</sup> mientras que por justicia sustantiva o material se debe entender al conjunto “de valores que se encuentran fuera del Derecho”<sup>47</sup>. En esta segunda categoría, el fenómeno jurídico encuentra el vehículo por medio del cual se intentará alcanzar dichos valores. La justicia formal por su parte, será garante de la seguridad jurídica.

¿Qué requisitos ha de ostentar un determinado Derecho para ser garante de esta justicia formal? Una justicia formal que a su vez asegurará la seguridad jurídica, exige un Derecho formalmente correcto atendiendo a ocho exigencias que procedemos a desarrollar a continuación. La primera exigencia, viene en relación a la generalidad, esto es “que las normas jurídicas o una parte de las mismas han de ser modelos generales de conducta”<sup>48</sup>. Esta generalidad traerá a su vez un trato igualitario a aquellos que son destinatarios del Derecho. Como segunda exigencia aparece la publicidad, el Derecho ha de ser conocido por aquellos a los que se le va aplicar, por lo que es fundamental que sea publicado, permitiendo el conocimiento del mismo. Si bien, hay que matizar esta cuestión remarcando el hecho de que desconocer el Derecho no exime de su cumplimiento. La tercera exigencia trata de la claridad, de forma que el fenómeno jurídico, sea comprensible por sus destinatarios. El entendimiento medio de una

---

<sup>43</sup> Martínez Roldán, Luis y Fernández, J., *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2004, p.36.

<sup>44</sup> Reale, Miguel, “El término Tridimensional y su contenido”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.50, 1996, p.5-9.

<sup>45</sup> Manual de Derecho Civil: Parte General, cit., p.18

<sup>46</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.52.

<sup>47</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.52.

<sup>48</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.55.

población determinada debe ser capaz de entender el Derecho concreto de la misma. En relación a este punto, es posible acuñar una crítica a los Derechos contemporáneos caracterizados por una complejidad y un carácter técnico excesivo, contraviniendo en casos concretos esta exigencia de claridad. Siguiendo con los requisitos que garantizan una justicia formal, pasamos a la coherencia. Las normas que conforman el sistema jurídico no han de entrar en contradicción entre sí, dotando al Derecho de una coherencia necesaria. En quinto lugar aparece la posibilidad, que es una exigencia basada en que el Derecho no puede obligar a cumplir obligaciones o formas de actuar imposibles. Como sexta exigencia, tenemos a la irretroactividad, es decir el hecho “que las normas produzcan efectos pro futuro, esto es, desde el momento en que se promulga la norma en adelante”<sup>49</sup>. Si bien la irretroactividad garantiza la justicia formal, hay ocasiones en que la retroactividad no solo no va contra la seguridad jurídica de los ciudadanos si no que es un requisito necesario para asegurar la seguridad jurídica. En penúltimo lugar, aparece la estabilidad, “las normas no pueden cambiar de un modo imprevisto y caprichoso”<sup>50</sup>. Esta estabilidad no debe de ser entendida de forma absoluta, ya que el Derecho debe de evolucionar y adaptarse a los cambios que se producen en la sociedad, si bien, debe darse de un modo en el cual la seguridad jurídica esté garantizada. Por último, es necesario que el Derecho venga vinculado a un juez, que se encargará de resolver los conflictos que se presenten ante él, aplicando el Derecho en cuestión.

Vista la importancia de la justicia formal y de la necesidad de que aparezcan una serie de exigencias en el Derecho para que el mismo garantice la seguridad jurídica, es momento de estudiar la justicia sustantiva, con la que atenderemos a la justicia externa del Derecho. Estamos ante “valores (...), respecto de los cuales, la mera existencia del Derecho no garantiza su consecución”<sup>51</sup>. Será atendiendo a esta justicia sustantiva donde el Derecho encuentre su legitimación. Estos valores que conforman la justicia sustantiva, sólo podrán ser anhelados por el Derecho si son de naturaleza moral. Atendiendo a los mencionados sistemas de valores, podemos hacer uso de la clasificación del profesor Almuera, que distingue entre dos tipos de sistemas de valores. Dependiendo de en qué tipo de fundamento descansen, tenemos por un lado los

---

<sup>49</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.57.

<sup>50</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.58.

<sup>51</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.59.

que descansan en un fundamento objetivable y por otro los que se basan en un fundamento de carácter subjetivo. No nos extenderemos en el Derecho natural como sistema de valores en este apartado, ya que profundizaremos en el mismo más adelante cuando estudiemos las distintas teorías del Derecho, sin embargo es importante señalar su importancia a lo largo de la historia como sistema de valores alrededor del cual se han fundamentado importantísimas escuelas de pensamiento como el iusnaturalismo. Señalábamos al comenzar este párrafo la importancia de la justicia sustantiva a la hora de que el Derecho encuentre legitimidad. Es importante desarrollar brevemente esta idea en aras de clarificar la importancia de esta dimensión valorativa del fenómeno jurídico. Para empezar hay que hacer una distinción entre legalidad y legitimidad. Mientras que el concepto de legalidad viene en relación a la justicia formal, a la que se llega mediante el cumplimiento del conjunto de requisitos a los que hacíamos referencia anteriormente, la legitimidad viene de la justicia sustantiva. De esta forma “legalidad sería sinónimo de Derecho, de ordenamiento jurídico”<sup>52</sup> y “legitimidad equivale a justificación del Derecho”<sup>53</sup>. Como veremos más adelante doctrinas como el positivismo alegarán que sólo aquello que es legal es legítimo. Es en la legitimación del Derecho, donde Ruiz de Huidobro, señala la mayor importancia de una buena “educación en el respeto a las leyes”<sup>54</sup> por encima del énfasis que en muchas ocasiones se da a la coactividad del Derecho.

A modo de conclusión de esta tercera dimensión, remarcar la idea de que la dimensión valorativa del Derecho tiene como objetivo el llegar al Derecho que debe ser, conformándose como la dimensión deontológica del mismo. Para ello, los juicios de valor entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser jugaran un rol importante.

### **2.3. El Derecho como concepción tridimensional**

Comenzábamos el apartado haciéndonos la siguiente cuestión, ¿qué es el Derecho? Para dar una respuesta convincente a la misma, se han establecido tres dimensiones con las que explicar el fenómeno jurídico de forma completa. A modo de recopilación tenemos por un lado la dimensión social, la dimensión normativa y la dimensión valorativa. Dentro del desarrollo de cada dimensión en particular, se encontraban tres cuestiones de

---

<sup>52</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.61.

<sup>53</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.61.

<sup>54</sup> Manual de Derecho Civil: Parte General, cit., p.20.

vital importancia. Estas cuestiones eran la eficacia, la validez y la justicia respectivamente, que requirieron un estudio particular.

Llegados a este punto de la cuestión, podemos afirmar que una cohesión de las tres dimensiones anteriormente estudiadas nos daría un concepto satisfactorio de lo que es el Derecho. De esta forma, tendríamos un Derecho que es válido, eficaz y a la vez justo. Esta concepción tridimensional del Derecho, elaborada por distintos autores entre los que hay que destacar a Reale, ha sido ampliamente aceptada entre los teóricos de la ciencia jurídica. Reale la defiende en base a “que demostrando que la realidad es mucho más compleja de lo que el empirismo pretende, más rica de lo que el positivismo supone, estaremos obligados a intentar superar la posición de estas escuelas, a fin de tomar el Derecho, al mismo tiempo como hecho y como regla, como conducta y como norma; en una síntesis, capaz de darnos la razón de ser de todos los fenómenos jurídicos”<sup>55</sup>.

Para Reale, el “error de la escuela técnico-jurídica, o dogmática, fue el de reducir el Derecho a normas”<sup>56</sup> mientras que el error de la escuela sociológica fue “considerar al Derecho exclusivamente como ciencia del hecho social”<sup>57</sup>, de ahí la necesidad de elaborar una concepción tridimensional que “implica un hecho integrado por una norma, en razón de un valor a realizar”<sup>58</sup>.

Esta concepción no se encuentra libre de complicaciones, ya que cada una de las dimensiones estudiadas, “pretende ser plena y exclusivamente jurídica”<sup>59</sup>. Estas tres dimensiones, no coinciden totalmente. Aplicando la estructura de un diagrama de Venn a las mismas, obtendremos un espacio en el que las tres dimensiones son coincidentes, dando lugar a un Derecho que responde correctamente a la validez, a la eficacia y a la justicia, tendremos por otro lado Derechos que siendo válidos y eficaces no son justos, Derechos que siendo eficaces y justos no son válidos y Derechos que aún teniendo

---

<sup>55</sup> Reale, Miguel, “El término Tridimensional y su contenido”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.50, 1996, p.5-9.

<sup>56</sup> Reale, Miguel, “El término Tridimensional y su contenido”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.50, 1996, p.5-9.

<sup>57</sup> Reale, Miguel, “El término Tridimensional y su contenido”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.50, 1996, p.5-9.

<sup>58</sup> Reale, Miguel, “El término Tridimensional y su contenido”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.50, 1996, p.5-9.

<sup>59</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.67.

validez y justicia no son eficaces. Por último, se podrá observar un Derecho que tan sólo reúna una de las tres dimensiones, es decir que sólo sea válido, eficaz o justo.

Tenemos pues una concepción tridimensional del Derecho, que se da cuando se produce la intersección en el diagrama de Venn de la validez, la eficacia y la justicia, sin embargo no podemos pasar por alto el resto de escenarios que se observan en el diagrama expuesto, ya que juegan un papel muy importante en el desarrollo de la teoría del Derecho. Es el momento de plantearnos la siguiente cuestión, ¿Es necesaria la visión tridimensional del Derecho? Nos remitiremos para dar respuesta a ello a los reduccionismos sociológico, normativista y valorativo que desarrollaremos en el apartado siguiente, ya que en el momento en el que se prescinde del uso de la visión tridimensional del Derecho, aparecen los mismos.

#### **2.4. Los reduccionismos sociológico, normativista y valorativo**

Durante el desarrollo de la concepción tridimensional del Derecho, señalábamos las complejidades de esta teoría debido a que las tres dimensiones aludidas vienen caracterizadas por un carácter autónomo y autosuficiente. Esta importante característica, no puede ser pasada por alto, y menos en ese trabajo acerca del positivismo y sus críticas. Es aquí donde nos referiremos a los reduccionismos jurídicos, que aparecen en el momento en el que la referida autonomía de una de las tres dimensiones alcanza un grado tan alto que subordina las otras dos a ella. Para muchos autores es “un error interpretar el Derecho pensando que este es apenas ley o norma, o tan sólo reduciéndolo a valores o a un hecho”<sup>60</sup>. En base a este reduccionismo, cada dimensión jurídica “no sólo pretende determinar y explicar el Derecho por sí sola (...) sino que también pretende que las otras dos problemáticas no sean sino corolarios de la suya propia, (...)”<sup>61</sup>.

Podemos distinguir tres tipos de reduccionismos. En primer lugar, el reduccionismo sociológico, en el cuál la eficacia desplegaría un papel principal. Para esta teoría, el hecho social es lo fundamental. El Derecho ha de ser eficaz y por el mero hecho de serlo ya debe ser considerado válido. Del mismo modo que será justo, ya que la eficacia

---

<sup>60</sup> Reale, Miguel, “El término Tridimensional y su contenido”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.50, 1996, p.5-9.

<sup>61</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.68.

supone una aceptación de la sociedad, siendo los criterios de justicia adoptados en relación a la aceptación o no del mismo. Según Reale, lo que se cuestiona de este reduccionismo, es la capacidad de la sociología jurídica para concluir acerca de cuestiones correspondientes al mundo de las normas y de los valores. En cuanto al reduccionismo normativista, el foco principal se traslada a la validez, esto es a la dimensión normativa. Siendo todo lo válido, eficaz y justo. En el normativismo, en el que destaca Kelsen, “el Derecho sólo interesa en cuanto a regla, y por tanto el problema de la Jurisprudencia es un problema técnico y lógico”<sup>62</sup>. Por último, nos encontramos con el reduccionismo valorativo, que se fundamenta en la justicia. Lo justo es Derecho por el mero hecho de serlo, de forma que a su vez es válido y eficaz. Observamos cómo cada reduccionismo es capaz de por sí mismo explicar el Derecho, conformando una propia teoría del mismo.

Es en la segunda parte de este trabajo, en la que profundizaremos en las distintas teorías del Derecho y sus críticas, que aparecen como consecuencia de estos reduccionismos que se separan de la concepción tridimensional del Derecho. No sin antes dar una definición completa del fenómeno jurídico, que puede ser definido como “el conjunto de normas que regulan la vida de una sociedad o, más específicamente, el conjunto de normas que el Estado, como comunidad política soberana, mantiene en vigor con carácter coactivo”<sup>63</sup>. Que de acuerdo al profesor Ruiz de Huidobro, ha de precisarse más, hablando del Derecho como “conjunto de preceptos o normas que rigen la sociedad, como poder o facultad que a una persona corresponde para exigir algo o como asignar o dar a cada uno lo que le corresponde”<sup>64</sup>.

### **3. LAS TEORÍAS DEL DERECHO Y SUS CRÍTICAS AL POSITIVISMO**

#### **3.1. Introducción**

El primer bloque del trabajo ha consistido en un análisis teórico del Derecho. A partir del cual, hemos llegado a la conclusión de que para explicar el fenómeno jurídico hay que prestar atención a tres dimensiones del mismo, como son la dimensión sociológica,

---

<sup>62</sup> Reale, Miguel, “El término Tridimensional y su contenido”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.50, 1996, p.5-9.

<sup>63</sup> Manual de Derecho Civil: Parte General, cit., p.17.

<sup>64</sup> Manual de Derecho Civil: Parte General, cit., p.17.

la dimensión normativa y la dimensión valorativa. Dentro de cada una de las descritas dimensiones, encontramos a la eficacia, la validez y la justicia como su máxima aspiración respectivamente. De forma que la dimensión sociológica del Derecho aspira a la eficacia, la dimensión normativa a la validez y la dimensión valorativa a la justicia. En base a esto pasamos a estudiar la concepción tridimensional del Derecho, que señalaba que se ha de producir un encuentro entre las tres, para que exista un Derecho eficaz, válido y justo. Sin embargo, la complejidad y la autonomía que caracterizan a estas tres dimensiones han traído consigo que esta concepción haya sido cuestionada a lo largo de la historia del estudio del fenómeno jurídico, sobre todo, a raíz de la aparición de los distintos reduccionismos jurídicos a los que nos hemos referido en el punto anterior.

Estos reduccionismos jurídicos, son formas autónomas de explicar el fenómeno jurídico, de forma que cada uno de ellos al intentar dar una explicación propia del Derecho conforma una teoría del mismo. Por ello, podemos distinguir tres principales teorías del Derecho que desarrollaremos en este segundo bloque.

Comenzaremos por el iusnaturalismo, línea de pensamiento en el que el Derecho natural juega un papel clave. En segundo lugar, pasaremos a la teoría que da título a este trabajo, y que no es otra que el positivismo. La dimensión normativa del Derecho y la correspondiente validez serán el eje en torno al que gira esta teoría del Derecho. Así mismo prestaremos atención en este punto a las importantes figuras de Bobbio y Hobbes. Por último estudiaremos el realismo en donde la eficacia aparece como la cualidad fundamental del fenómeno jurídico. Tras un estudio pormenorizado de las tres teorías a las que nos acabamos de referir, estaremos en disposición de apreciar las distintas críticas que ha sufrido el positivismo jurídico, y que comienzan con la concepción tridimensional del Derecho.

### **3.2. Iusnaturalismo**

La primera teoría del Derecho que vamos a estudiar y que se contrapone a las ideas positivistas es el iusnaturalismo. Para esta corriente de pensamiento, el Derecho es justicia. En tanto que el Derecho sea justo, este será a su vez válido y eficaz, ya que el individuo de forma natural sigue en su comportamiento a la justicia. Esta concepción del fenómeno jurídico tiene su origen en el mundo griego como “convicción nacida del

examen y consideración de la naturaleza humana”<sup>65</sup>. En la naturaleza, se encuentran los valores de la justicia los cuales aparecen ordenados de forma objetiva. Todo ser humano, puede llegar a conocer lo justo, y en su naturaleza humana se encuentra una tendencia a realizarlo. El iusnaturalismo señala que “el Derecho, para ser considerado tal, debe adecuarse a unos principios universales y necesarios de Derecho elucidados de la naturaleza humana”<sup>66</sup>.

El Derecho natural que puede ser definido como “aquel ordenamiento que brota y se funda en esa naturaleza humana, no debiendo su origen, por tanto, a la voluntad normativa de ninguna autoridad, como ocurre en el Derecho positivo”<sup>67</sup>, es la base de esta teoría del Derecho. Para Leclercq, corresponde a las exigencias de la naturaleza social del hombre, mientras que para Rommen, constituye la naturaleza racional y social del hombre. La existencia de un Derecho natural trae una consecuencia de gran importancia, como dice el profesor Fernández-Galiano, “si se afirma la existencia del Derecho natural, tiene que admitirse que el Derecho positivo debe, inexorablemente, atenerse en sus prescripciones a las de aquél”<sup>68</sup>, ya que de la otra manera “un ordenamiento jurídico que conculcase los mandatos y prohibiciones del Derecho natural estaría violentando las tendencias de la naturaleza humana”<sup>69</sup>. Es esta una concepción del Derecho natural si atendemos a su sentido más estricto, en sentido amplio, puede afirmarse que “un ordenamiento positivo infringe el Derecho natural cuando en el mismo se contienen preceptos inconciliables, no ya sólo con las tendencias de la naturaleza humana, sino con cualquiera de estas realidades que el hombre se encuentra dadas”<sup>70</sup>.

De acuerdo con los iusnaturalistas, “existe un orden jurídico objetivo, esto es, no procedente de la normatividad humana, sino que se impone a los hombres de manera ineludible, con la misma forzosidad e inevitabilidad con la que se le impone toda realidad natural”<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.176.

<sup>66</sup> Manual de Derecho Civil: Parte General, cit., p.19.

<sup>67</sup> Fernández-Galiano, Antonio, *Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho*, Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid, 1979, p.76.

<sup>68</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.76.

<sup>69</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.76.

<sup>70</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.77.

<sup>71</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.78.

Al ser el iusnaturalismo una teoría del Derecho originada en el mundo griego, ha sufrido durante su evolución diferentes cambios en lo que se refiere a la concepción del Derecho natural. El eje sobre el cual se sustenta esta teoría, el concepto de naturaleza y en la naturaleza del bien. Es importante, llevar a cabo un recorrido histórico con el que podamos apreciar estas variantes de interpretación de esta teoría del Derecho. Antes de ello, atendiendo a Giorgio Del Vecchio<sup>72</sup>, es interesante saber lo que el adjetivo natural aplicado al Derecho supone. Para el iusfilósofo italiano, conlleva una exclusión de todo aquello que no es natural, siendo este Derecho el que puede conocer el hombre por la razón, afirmar que el Derecho está en otro plano en el cual los hombres no pueden intervenir y por último supone afirmar que la esencia de ese Derecho es el hombre, ya que su fundamentación viene dada por la naturaleza humana.

El Derecho natural, como hemos señalado, es la base sobre la cual se sustenta el iusnaturalismo. Sin embargo, la forma de interpretar el mismo no se ha mantenido uniforme a lo largo del tiempo. Haciendo uso, de la clasificación del profesor Almoguera, es posible distinguir tres etapas diferenciadas. La primera etapa, corresponde a la visión del Derecho natural que se tenía en la Antigüedad Clásica, en la cual la naturaleza es de carácter regulativo. Durante este periodo histórico, el Derecho natural consiste en un “orden de valores relativos a la propia naturaleza”<sup>73</sup>. De forma que se puede hablar de que existe una justicia natural, que a su vez puede ser conocida por todos los hombres, ya que esta justicia natural se encuentra grabada en ellos. Será durante el periodo estoico, cuando esta concepción encuentre su punto más extremo, ya que la naturaleza, será entendida como una verdadera ley. Más adelante, en el Derecho romano, la concepción del Derecho natural dejará esa mencionada radicalidad estoica para pasar a centrarse en la naturaleza de las cosas, ya “que cada relación o situación humana, tiene unas propias exigencias de justicia”<sup>74</sup>.

La segunda etapa en relación a la forma de interpretar el Derecho natural, viene caracterizada por la inclusión del fenómeno de Dios. La naturaleza es concebida como una creación de Dios. El periodo histórico en el que se produce esta nueva forma de concebir el Derecho natural corresponde a la Edad Media. Como señala el profesor

---

<sup>72</sup> Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del Diritto*, Kessinger Legacy Reprints, Montana, 2010.

<sup>73</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.70.

<sup>74</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.70.

Molano<sup>75</sup>, la teoría relativa a la ley natural al ser asumida por el pensamiento cristiano fue reelaborada. El Derecho natural, ya deja de ser visto como obra de la naturaleza, para pasar a ser concebido como obra de la creación de Dios. La naturaleza del hombre es dada por Dios a cada uno, dentro de la cual en el ámbito de la moral, aparece el Derecho natural. Esta concepción de la ley natural, se ha de atribuir principalmente a la escuela escolástica y en un modo concreto a Santo Tomás que a su vez se basó en muchos aspectos en el pensamiento de San Agustín. Como señala el profesor Fernández-Galiano, la importancia de esta época viene dada porque “en ella encontramos por primera vez una construcción sistemática del iusnaturalismo”<sup>76</sup>

En el mundo medieval, tenemos una ley humana, situada en el plano más inferior, luego una ley natural, situada en un plano intermedio y por último una ley eterna situada en un plano superior. Es importante profundizar en el concepto de ellas para entender mejor la teoría iusnaturalista. Por ley eterna, ha de entenderse “el principio que preside y da sentido al orden universal”<sup>77</sup>. Ya que en la línea de pensamiento de esta concepción, todo orden, necesita la existencia de un principio rector que determinará las relaciones que puedan existir entre los seres que lo conforman. De esta ley eterna, se llegará a la ley natural, eje fundamental del pensamiento iusnaturalista. La ley natural, será la parte de la ley eterna, presente y conocida por la naturaleza del hombre. Como señala San Agustín, será “la transcripción hecha en la mente humana de la misma ley eterna y, por tanto, de la suprema e inmutable razón divina”<sup>78</sup>. De esta manera, el hombre podrá conocer tan sólo una parte de la ley eterna, la ley natural, “que constituye así el orden objetivo de la justicia al que han de someterse y amoldarse las leyes humanas para merecer tal nombre”<sup>79</sup>. De esta forma, toda ley que corresponda al plano de las leyes humanas ha de estar sujeta a la ley natural, es decir no puede ser contraria a ella. Ya que una norma correspondiente a la ley humana si es contraria a la ley natural no puede ser catalogada como Derecho, ya que todo aquello que no es justo no encuentra validez. Esto último, constituye el paradigma del pensamiento iusnaturalista, todo lo que no es justo no es Derecho, ya que el Derecho es justicia. En conclusión, es en esta segunda

---

<sup>75</sup> Molano, Eduardo, “Ley Natural y derechos humanos”, *Ius Canonicum*, XLVIII, n.96, 2008, p.611-630.

<sup>76</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.89.

<sup>77</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.101.

<sup>78</sup> Barp, Luciano, “La ley natural moral según el pensamiento clásico”, *Revista del Centro de Investigación. Universidad La Salle*, n.30, 2008, p.97-104.

<sup>79</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.70.

etapa cuando se concibe a Dios como creador del Derecho Natural, que forma parte de la ley eterna y que puede ser conocido por los hombres gracias a la racionalidad que Dios les ha otorgado.

Para terminar este recorrido histórico acerca de las interpretaciones del Derecho natural, hay que referirse a un tercer momento histórico, al racionalismo del mundo moderno, principalmente durante finales del siglo XVII y a lo largo del XVIII. Por racionalismo, se ha de entender “todo sistema, postura o tesis que de algún modo valore positivamente la función del entendimiento y sitúe a este por encima de cualquier otra potencia o actividad”<sup>80</sup>. Se produce un cambio, produciéndose un desplazamiento del Derecho natural a la “subjetividad racional del hombre”<sup>81</sup>. Esta tercera corriente de interpretación del Derecho natural, se basa en una serie de afirmaciones que ahora repasamos. En primer lugar, se afirma la desvinculación entre el Derecho natural y Dios, “Dios ya no es la fuente de toda moral y todo Derecho, (...) es en la razón humana dónde hay que buscar el fundamento de la norma, y esa razón natural es autónoma de todo, incluso de Dios”<sup>82</sup>. En segundo lugar, se afirma que la construcción del Derecho natural es obra de la razón, en tercer lugar se lleva a cabo una distinción entre el “status naturalis, anterior a su convivencia política, y otro posterior a su inclusión o entrada en las formas sociales, status civilis”<sup>83</sup>. En cuarto lugar, tenemos al pactismo, que explica que el tránsito de uno a otro de los estados mencionados es consecuencia de un pacto. En quinto lugar contempla a “la naturaleza humana empírica como punto de partida”<sup>84</sup>, del Derecho natural y por último se produce una separación entre el Derecho y la moral. “La justicia ya no ha de buscarse en el mundo que nos rodea, sino dentro de nosotros mismos (...)”<sup>85</sup>. Esta postura, de acuerdo a numerosos autores, puede traer consigo el problema del subjetivismo, ya que la razón puede llevar a conclusiones distintas, sin embargo este racionalismo es defendido argumentando que debido a que existe una razón común que comparten todos los hombres, este subjetivismo no cabe. En cuanto a los autores fundamentales de esta corriente de pensamiento filosófico, hemos de señalar

---

<sup>80</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.271.

<sup>81</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.71.

<sup>82</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.276.

<sup>83</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.276.

<sup>84</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.277.

<sup>85</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.71.

al holandés Hugo Grocio como padre de la misma, y a autores como Puffendorf, Tomasio o Wolf.

A modo de recopilación se puede observar la concepción de una naturaleza no creada en el mundo antiguo, el Derecho natural se identifica al cien por cien con esa naturaleza increada. El comportamiento del ser humano, viene influenciado directamente por este Derecho natural. En el mundo cristiano, la naturaleza pasa a verse como creada por Dios, distinguiendo a la ley natural, que se encuentra en un plano inferior a la ley eterna, encontrándose sometida a la misma y por último, en el mundo moderno, la razón del hombre, ejercerá un papel determinante en el proceso de interiorizar la naturaleza. Siendo el Derecho natural producto de esta coexistencia entre razón y naturaleza.

Es debido a este proceso de evolución en cuanto al concepto de naturaleza y la correspondiente repercusión que el mismo tiene sobre qué es el Derecho natural lo que produce un cambio del papel que desempeña la razón en estas tres etapas. Mientras que en el mundo antiguo y medieval, la razón no ejerce un rol de creación del Derecho natural, en el periodo moderno, marcado por el carácter racionalista la razón crea el Derecho natural. La razón juega un papel importante en la creación de este Derecho natural, produciendo los valores que conforman esta justicia superior. Para esta última concepción, “el Derecho natural no es algo distinto de la razón, del mismo modo que la naturaleza no es algo separado y superior al hombre”<sup>86</sup>. Esta identificación entre Derecho natural y razón no está exenta de dificultades, ya que la razón no siempre comparte los valores de la naturaleza de forma idéntica.

Es en este punto dónde se produjo una gran división entre dos grandes concepciones del Iusnaturalismo, que recoge Welzel en su obra<sup>87</sup>. Por un lado, tenemos la concepción ideal del Derecho natural y por otro lado, la concepción existencial. Mientras que para la concepción ideal, el Derecho natural aparece caracterizado como un orden de carácter ideal, eternamente válido y racional, la concepción existencial, define al Derecho natural como un Derecho condicionado por la situación dada que afectará a la decisión que se tome. De forma que “en la concepción ideal, la esencia del hombre se determina

---

<sup>86</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.71.

<sup>87</sup> Welzel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho Natural y Justicia Material*, BdeF, Buenos Aires, 2005.

partiendo de la razón, (...) en la concepción existencial, el hombre se encuentra determinado por actos volitivos o impulsos de naturaleza pre racional”<sup>88</sup>.

Hemos estudiado las distintas concepciones del origen del Derecho natural, y como ha variado esta concepción según la época histórica a la que prestemos atención, sin embargo es necesario hacernos una pregunta, ¿Qué propiedades tiene la ley natural? Es esta una cuestión no exenta de dificultades y de falta de unanimidad entre los autores clásicos. A pesar de ello, existe una propiedad que es la unidad, en la que debe existir conformidad. Esta unidad trae consigo, tres propiedades, “la universalidad, o unidad en el espacio, la inmutabilidad, o unidad en el tiempo y la nota de indelebilidad”<sup>89</sup>. Entendida esta última “como aquella propiedad de la ley natural por la que ésta no puede borrarse de la conciencia de los hombres”<sup>90</sup>

Para concluir este recorrido histórico acerca de las interpretaciones sobre conceptos fundamentales de esta teoría, es importante hablar del origen y el fundamento del bien, que es traducido en la teoría iusnaturalista como justicia. Existiendo este bien, ¿De dónde procede el mismo? Esta pregunta no es de sencilla solución, y la misma ha producido una gran división a lo largo de los años. Enunciado por Platón, el problema reside en la siguiente cuestión: ¿Lo justo es justo porque le parece a Dios, o le parece a Dios porque es justo? Ante esta cuestión, serán las dos concepciones del iusnaturalismo medieval las que entrarán en escena, por un lado el racionalismo y por otro el voluntarismo. En cuanto al racionalismo, “supone que lo bueno y malo, justo e injusto, no son decisiones de la voluntad divina, sino que lo justo es una verdad racional, una esencia eterna”<sup>91</sup>, mientras que para el voluntarismo, “la voluntad de Dios es el fundamento del bien y de la justicia. No hay por consiguiente verdades racionales y eternas, sino que es la elección libre e inescrutable de Dios la que determina los valores de lo bueno y lo malo en el mundo”<sup>92</sup>.

El iusnaturalismo, no se encuentra exento de críticas. No son pocos los autores que señalan “que adolece de un fundamento epistemológico de general aceptación, es decir, al no ser posible la experimentación, la formulación de los principios de Derecho

---

<sup>88</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.72.

<sup>89</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.115.

<sup>90</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.120.

<sup>91</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.72.

<sup>92</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.72.

natural se somete a discusión, lastrando en gran medida la fuerza teórica”<sup>93</sup>. Autores como Ross argumentarán como crítica al movimiento iusnaturalista que “la oposición entre la filosofía del Derecho natural y una teoría jurídica de fundamento sociológico, no es un contraste entre dos teorías científicas, sino entre una perspectiva en la que se combinan la magia, la religión y la metafísica, y otra de naturaleza científica”<sup>94</sup>.

Ante el pensamiento de muchos autores de la insuficiencia del iusnaturalismo, aparecerán diversas teorías del Derecho que conllevarán una crítica al mismo. Entre ellas destaca el positivismo, que pasamos a estudiar a continuación.

### 3.3. Positivismo

El positivismo romperá con la concepción iusnaturalista de que el Derecho es ante todo justicia, sustituyéndola por la concepción positivista de que es la validez el elemento esencial del fenómeno jurídico. Resultante del reduccionismo positivista o legalista se produce la subordinación de la justicia a la validez. Lo verdaderamente importante del fenómeno jurídico será la validez. Una validez que se obtiene al reunir una serie de requisitos formales, como veíamos cuando estudiamos el derecho como norma. Al cumplir los requisitos exigidos, la norma adquiere validez, lo que automáticamente para el positivismo supone que es justa. Para la corriente positivista, “las normas vigentes pueden ser consideradas Derecho en virtud de sus elementos formalmente jurídicos y, respecto de la norma suprema”<sup>95</sup>. Esto supone un problema, ya que “tiende a la formalización del Derecho, y así, pretende hacer formalmente jurídicas las valoraciones éticas subyacentes a las normas jurídicas”<sup>96</sup>.

El positivismo jurídico, se presenta como “doctrina negadora de todo objetivismo jurídico, con la consiguiente afirmación de que no existe otro Derecho que el positivo”<sup>97</sup>. Encontrando su gran auge en el siglo XIX, es una postura que ha existido a lo largo de los años, siendo un ejemplo de ello el escepticismo griego y los sofistas. La razón de este auge durante el siglo XIX es que fue durante ese siglo cuando el pensamiento tuvo una fortísima connotación positivista, suponiendo una reacción contra

---

<sup>93</sup> Manual de Derecho Civil: Parte General, cit., p.19.

<sup>94</sup> Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963.

<sup>95</sup> Manual de Derecho Civil: Parte General, cit., p.20.

<sup>96</sup> Manual de Derecho Civil: Parte General, cit., p.20.

<sup>97</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.318.

el racionalismo. Debido a su carácter radical en cuanto a la concepción de lo que es justo, es una postura que conlleva muchas dificultades a la hora de defenderla hasta sus últimas consecuencias. Una afinidad total con el positivismo produce la afirmación por ejemplo, de que toda norma producida por el poder, por el mero hecho de haber sido producida por la autoridad es justa.

El movimiento positivista tuvo numerosas expresiones bajo la idea fundamental de negación del Derecho natural. Ejemplo de ello, fue la Escuela de la Exégesis, que defendió “que no hay más Derecho que el promulgado por el Estado”<sup>98</sup>, dejando clara su postura positivista. Será en los códigos donde se encuentre todo el Derecho, teniendo que ser interpretado de forma literal. Una postura positivista, que como señala Hernández-Gil<sup>99</sup>, en la que autores como Aubry o Rau, invocaron la existencia de una serie de principios absolutos e inmutables, lo que supone aceptar parte del pensamiento iusnaturalista. Teniendo unos principios “que quedan en la región de lo puramente teórico, sin hacer de ese Derecho natural fundamento ontológico, y ni siquiera lógico, del Derecho positivo, para el que no se reconoce más fuente que el Estado”<sup>100</sup>.

La corriente filosófica positivista, se caracteriza por una negación de todo aquello que sea de naturaleza metafísica. Trasladado al campo del Derecho, esta negación supone reaccionar contra el Derecho natural. Entendiendo este como “cualquier concepción, del matiz que sea, que afirme la existencia de un orden metaempírico de valores jurídicos”<sup>101</sup>. La única realidad del fenómeno jurídico, será la que constituye el Derecho positivo, que se contiene en las leyes producidas por el Estado. Dentro del positivismo, de acuerdo al profesor Fernández-Galiano, es posible distinguir dos grandes posiciones, las que vienen dadas por aquellas manifestaciones positivistas que atacan directamente al iusnaturalismo y otras en las que la contraposición al iusnaturalismo es consecuencia directa de sus doctrinas. Entre estas últimas se pueden destacar, el materialismo, las corrientes científicas de finales del siglo XIX, o las corrientes sociológicas. Como señala Legaz, en el siglo XIX, “el positivismo, la oposición a la metafísica, es el signo de la época, y positivista es todo lo que se produce en el campo del Derecho”<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.313.

<sup>99</sup> Hernández-Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Espasa, Madrid, 1988.

<sup>100</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.314.

<sup>101</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.320.

<sup>102</sup> Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1979.

Entre los autores destacados de esta corriente, podemos señalar a Hobbes, Bobbio y Spinoza. Hobbes, importante filósofo inglés nacido a finales del siglo XVI, es uno de los principales valedores del Positivismo. Basado en el individualismo imperante en la modernidad, comienza la explicación de su teoría señalando que el hombre se encuentra “en un estado de naturaleza, presocial, formado por hombres aislados que se rigen solo por sus deseos y poderes. Se trata de un espacio en el que vivir resulta una aventura peligrosa”<sup>103</sup>. Es en este escenario, en el cual se acuña la famosa frase de el “Homo homini lupus”<sup>104</sup> y donde impera el miedo, en el cual surge el positivismo de Hobbes. Para el filósofo inglés, el hecho de que el ser humano tenga razón, le permite conocer el bien, un bien que traducido al contexto en el que el hombre vive, supone la supervivencia del individuo. Para llevar a cabo la consecución de este bien, es necesario llevar a cabo la implementación de un mecanismo para acabar con el Estado de naturaleza en el que el ser humano se encuentra inmerso. Este mecanismo, supone que los individuos que habitan el mundo al que se refiere Hobbes, lleven a cabo una renuncia de sus poderes, a través de un pacto o contrato. Este contrato, se basa en la entrega por parte de los habitantes de sus poderes a un soberano. Un soberano que en virtud del contrato, poseerá y administrará los poderes a los cuales los habitantes han renunciado. El papel, que pasará a asumir será el de legislador, decidiendo cómo han de comportarse los ciudadanos y que funciones ejercerán en la sociedad a partir del contrato. Legislará en torno a que forma de comportarse es la correcta y cuál no lo es, determinando que constituye el bien y que conforma el mal. Como consecuencia de este contrato, el soberano será fuente de validez, siendo todo lo que legisle mientras ostente la posición de soberano, Derecho. Ya que “sólo si el soberano es el único capacitado para establecer lo que está bien puede alcanzarse la paz. Pero esto significa que el soberano es también fuente de justicia”<sup>105</sup>. De forma que la justicia, queda relegada a un segundo plano, siendo sustituida por la validez. El Derecho positivo, aparece aquí como indiscutible, y garantiza “que el Estado sea lo suficientemente fuerte para sofocar las tendencias al mal de los hombres y garantizar el orden”<sup>106</sup>. Como se observa, en Hobbes es difícil poder hablar de la existencia de un Derecho natural, ya que la naturaleza es concebida por el inglés como tendente al mal y a la corrupción.

---

<sup>103</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.73.

<sup>104</sup> Hobbes, Thomas, *Elementos de Derecho Natural y Político*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.

<sup>105</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.73.

<sup>106</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.293.

Norberto Bobbio, filósofo, jurista y politólogo italiano nacido a principios del siglo XX prestó durante su vida gran atención al positivismo jurídico. Para el italiano, el concepto de positivismo jurídico es utilizado de un modo bastante ambiguo y para definir interpretaciones del fenómeno jurídico que si bien comparten puntos en común, tienen también notables diferencias. Bobbio lleva a cabo en su obra “El problema del positivismo jurídico”<sup>107</sup>, una distinción entre las distintas formas en lo que se ha presentado el positivismo jurídico. Son tres, en primer lugar como un modo de acercarse al fenómeno jurídico, en segundo lugar como una teoría del Derecho y en tercer lugar como una ideología de justicia. Son las dos segundas acepciones las que más nos interesan en el presente trabajo. En cuanto al positivismo como teoría, “vincula al fenómeno jurídico, con la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: El Estado”<sup>108</sup> y en relación al positivismo como ideología supone “que el Derecho positivo, por el simple hecho de serlo o mejor dicho por emanar de la voluntad dominante es justo”<sup>109</sup> y que las normas creadas por aquel que ostenta el poder “sirven, independientemente del valor moral de sus reglas para la obtención de ciertos fines tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal”. Es en base a estas dos circunstancias por lo que se tendrán que cumplir las leyes. Para Bobbio, la ley natural carece de eficacia, señalando que al ser la naturaleza equívoca que se han considerado como igualmente naturales derechos opuestos, impidiendo que se pueda llevar a cabo una definición correcta de lo justo.

En conclusión se puede observar como en el positivismo se lleva a cabo una separación entre justicia y validez. Siendo esta última la que determina el carácter jurídico y subordinándose a ella la justicia.

### **3.4. Realismo**

Después del estudio del iusnaturalismo y del positivismo, hay que finalizar el estudio de las teorías del Derecho más influyentes, centrándonos en el realismo. El realismo es una corriente ideológica del fenómeno jurídico que a su vez puede dividirse en tres

---

<sup>107</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México D.F., 2015.

<sup>108</sup> Gutiérrez, Jorge, “Norberto Bobbio y el positivismo jurídico”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.8, 1988, p.59-72.

<sup>109</sup> Gutiérrez, Jorge, “Norberto Bobbio y el positivismo jurídico”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.8, 1988, p.59-72.

corrientes distintas con sus diferentes matices. La Escuela Histórica del Derecho, la Escuela del Derecho Libre y por último el Realismo Jurídico. Su aparición es defendida como una reacción al positivismo formalista.

Todas ellas, con sus respectivos matices que luego estudiaremos con mayor detenimiento, defienden que el Derecho es esencialmente eficacia. Que una norma, es jurídica por el hecho de ser eficaz. De forma que todo aquello que en la sociedad actúa de forma jurídica es Derecho. Como señala el profesor Almoguera, “se somete la validez y la justicia a la eficacia”<sup>110</sup>. En conclusión, estamos ante una corriente ideológica en la que “el núcleo central de su tesis es la superposición de la eficacia (como algo empírico y comprobable) a la validez, dejando en un segundo plano la reducción de la justicia”<sup>111</sup>.

Visto el concepto general de la teoría realista, vamos a llevar a cabo un estudio de las distintas corrientes que encontramos en ella. En primer lugar, aparece la Escuela Histórica del Derecho, de origen alemán, que se origina en los primeros años del siglo XIX. A modo de reacción frente a las ideas de la Revolución Francesa, se opone a la idea de que el fenómeno jurídico es resultado de la razón. En profunda relación con la idea de Volkgeist, defiende que el derecho es consecuencia de una creación popular. Como señala Savigny, uno de sus máximos exponentes, el Derecho es un producto de los pueblos. De ahí la importancia que para esta corriente de pensamiento tiene el Derecho consuetudinario. Como señala Fernández-Galiano, “si una de las notas que caracteriza al Derecho natural es su inmutabilidad, la afirmación de la esencial mutabilidad del Derecho, permite deducir que Savigny y sus seguidores marginaron la idea iusnaturalista”<sup>112</sup>. Contrarios a la codificación del Derecho, enfatizan la eficacia, ya que “es ante todo: aceptación popular”<sup>113</sup>. De forma que en virtud de esta circunstancia, la justicia se encuentra y depende de la eficacia.

La Escuela del Derecho Libre, surge como respuesta al formalismo que existe durante la segunda parte del siglo XIX. Con preocupación, observa el distanciamiento existente entre el Derecho recogido en los códigos y la realidad que se vive en la sociedad. Junto a esa preocupación defenderán la necesidad de que los jueces ejerzan un papel mucho

---

<sup>110</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.74.

<sup>111</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.74.

<sup>112</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.317.

<sup>113</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.75.

más importante, adaptando el Derecho a las necesidades sociales que observen. “La relación entre Derecho y sociedad se invierte: el Derecho, que se elabora espontáneamente en las relaciones sociales reales, es al que deben de estar atentos los jueces”<sup>114</sup>. Hay que destacar a juristas como Ehrlich, que se situaron en la postura de que los jueces pudiesen ir más allá del marco que ofrecen los códigos a la hora de resolver los conflictos.

Por último, hay que hablar del Realismo jurídico surgido en los primeros años del siglo XX, con dos corrientes principales, el realismo escandinavo y el estadounidense. En ellos, el juez sociológico al que antes nos referíamos alcanza una gran importancia. “El Derecho es continua creación del juez. (...) es difícil hablar de aplicación del Derecho”<sup>115</sup>. Esta corriente ideológica trae complicaciones a la hora de coexistir con el concepto de seguridad jurídica, ya que no debe de existir un Derecho que los jueces deban de desvelar, sino simplemente prestar atención a los hechos de la sociedad. Autores como Holmes, señalarán que la seguridad jurídica es un resto del antiguo carácter autoritario del fenómeno jurídico. Como podemos observar, se produce un sometimiento de la validez a la eficacia, “lo verdaderamente jurídico es aquello que socialmente se vive como tal”<sup>116</sup>.

Hemos estudiado las tres grandes teorías del Derecho, que dependiendo de la adopción de la justicia, la validez o la eficacia como el factor determinante del fenómeno jurídico se acercan al mismo y lo entienden de una manera distinta. Pasamos a continuación a centrarnos en la confrontación entre el Derecho natural y el Derecho positivo, lo que nos permitirá clarificar cuales son las grandes críticas al positivismo. Antes de ello y para poner punto y final a esta parte del trabajo, es interesante referirse con una cita a Almoguera, que señala que los intentos de explicar el Derecho estudiados en este apartado son resultado de “la tensión originada por la presencia de tres perspectivas que, por un lado son imprescindibles en la explicación del Derecho, pero que por otro lado ofrecen cada una en sí misma una visión que pretende ser completa y excluyente”<sup>117</sup>.

### **3.5. El Derecho Natural y el Derecho Positivo**

---

<sup>114</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.76.

<sup>115</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.76.

<sup>116</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.77.

<sup>117</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.77.

Si para los iusnaturalistas existe un Derecho natural que ha de coexistir con el Derecho positivo, ¿Cómo se concilian entre ambos? ¿Qué relación existe entre el Derecho natural y el Derecho positivo? ¿Es insuficiente el Derecho natural para mediar en todos los conflictos que pueden aparecer en una sociedad? En este apartado, procederemos a un análisis de estas cuestiones, que nos ayudaran a entender mejor cual es el papel que ha de jugar el Derecho positivo desde el punto del iusnaturalismo y en qué sentido se dirigen las críticas hacia la teoría positivista en este aspecto.

El Derecho positivo, como hemos mencionado con anterioridad, es resultado de la deducción racional de los preceptos de Derecho natural a los que el hombre llega por medio de la razón. Sin embargo, esta ley natural como estudiábamos en el apartado correspondiente responde a los adjetivos de universal y general, de forma que no resulta apta para llevar a cabo la regulación de actos concretos, siendo “insuficiente para regular de manera inmediata las complejas relaciones sociales”<sup>118</sup>. La suficiencia para regular estas relaciones la ostentan las leyes positivas. De forma que podemos observar una coexistencia entre el Derecho natural y el positivo. Mientras que los iusnaturalistas defenderán esta doble normatividad, los defensores del positivismo, “consideran que admitir tal dualidad de ordenamientos jurídicos carece de sentido, pues no se entiende por qué la vida humana de convivencia ha de estar regulada por dos normatividades yuxtapuestas”<sup>119</sup>. Para los iusnaturalistas, “el positivo necesita del natural para encontrar en él su fundamento y su última justificación, y el natural precisa del positivo para explicitarse a través de sus normas y poder llegar así a una regulación inmediata de las relaciones sociales”<sup>120</sup>.

La insuficiencia de la ley natural y la necesidad de que exista una ley positiva, se fundamenta de acuerdo al profesor Fernández Galiano, en cuatro razones. La primera enunciada como la supremacía de la ley sobre la actividad judicial libre, se cuestiona que es más eficaz y justo a la hora de aplicar el Derecho, que el juez juzgue atendiendo a su propio arbitrio o por el contrario mediante la aplicación de normas recogidas en los códigos. La solución es adoptar un punto intermedio, ya que el juez debe moverse dentro de un marco que evite un inevitable subjetivismo, pero dicho marco ha de permitir al juez actuar con cierto criterio propio para adaptar el caso concreto. Una

---

<sup>118</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.125.

<sup>119</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.126.

<sup>120</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.126.

segunda razón de la insuficiencia de la ley natural, viene dada por el carácter de la ley natural. Como mencionamos al estudiarla, los preceptos que la conforman son de naturaleza general y abstracta, mientras que los preceptos que se necesitan para regular los conflictos que surgen en el seno de una sociedad han de ser concretos. En tercer lugar, se argumenta la falta de una sanción adecuada por parte de la ley natural. Es necesario, en aras de garantizar una mayor eficacia del Derecho el establecimiento de unas sanciones más tangibles. Y por último, tenemos al principio de la seguridad jurídica como última razón de esta insuficiencia. El Derecho positivo es necesario para “regular aquellas materias que, siendo de suyo indiferentes a la ley natural y no estando, por consiguiente reguladas en ella, exigen, sin embargo, ser de alguna manera ordenadas para seguridad de la vida social”<sup>121</sup>.

¿Cómo se produce la transposición de la ley natural a la ley positiva? Es decir, como los preceptos recogidos por la ley natural son traspasados a la ley positiva. Para dar respuesta a esta cuestión hay que acercarse a la figura de Santo Tomás<sup>122</sup> que señala dos vías, la de conclusión y la de determinación. En la primera vía se produce una operación lógica-deductiva, mientras que en la segunda además de deducir los principios se lleva a cabo un proceso de concretar su sentido atendiendo a las circunstancias de hecho.

¿Es la relación entre las leyes naturales y las leyes positivas de subordinación? Sin lugar a dudas, la corriente iusnaturalista defiende esta subordinación al afirmar que el Derecho positivo tiene su esencia y fundamento en el Derecho natural. En el sentido de esta subordinación, Fernández-Galiano afirma que se manifiesta “en el hecho de ser la ley natural un límite a la labor del legislador humano y, correlativamente una garantía para el súbdito”<sup>123</sup>.

A modo de conclusión de este apartado, podemos preguntarnos ¿A qué se debe el hecho de que nos sintamos obligados por el Derecho? Es en esta cuestión donde se produce otra oposición entre el Derecho natural y el Derecho positivo. Mientras que “desde un ángulo positivista, la respuesta que más inmediatamente se presenta es la relativa a la fuerza”<sup>124</sup>, para el iusnaturalismo, “el Derecho obliga por lo que tiene de natural, ya que

---

<sup>121</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.130.

<sup>122</sup> De Aquino, Santo Tomás, *Santo Tomás de Aquino Suma Teológica II*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2010.

<sup>123</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.136.

<sup>124</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.80.

el Derecho natural es un orden esencialmente justo”<sup>125</sup>. La postura positivista ha sido criticada, en el sentido de que se producen ocasiones en las que los destinatarios de las normas jurídicas no tienen temor a la fuerza del Derecho y a las consecuencias que de esta se pueden derivar. En esos casos, como dice Almoguera, la obligatoriedad fundada en esa idea no se aplicaría a ellos. Esta crítica fue apoyada por Kelsen. Otra crítica a la postura positivista, “proviene del hecho de que no sólo las normas jurídicas se presentan como amenazas respaldadas por la fuerza”<sup>126</sup>. De forma que al quedar clara la insuficiencia de la coacción como explicación de la obligatoriedad, el positivismo buscó “tratar de identificar un elemento cualitativo dentro del Derecho positivo, como una propiedad el mismo, que cumpla esta función explicativa, (...) el analítico de Hart y el lógico-formal de Kelsen”<sup>127</sup>.

### **3.6. Críticas al Derecho Positivo**

Antes de proceder a llevar a cabo las conclusiones de este trabajo acerca del positivismo jurídico y sus críticas, a modo de recopilación, es importante hacer un repaso general de las principales críticas que hemos encontrado contra el movimiento positivista y de su posible incompatibilidad con la justicia como dimensión valorativa del fenómeno jurídico.

Para comenzar hay que atender a la crítica que recibe el movimiento positivista desde el ámbito de las teorías iusnaturalistas y realistas. Mientras que el positivismo, tiene a la validez como el elemento determinante a la hora de determinar que ha de considerarse parte del fenómeno jurídico, el iusnaturalismo se opone y crítica a esta teoría argumentando que ha de ser la justicia la que juegue el papel más determinante en este aspecto. Por otro lado, desde el punto de vista de la corriente realista (más afín al iusnaturalismo que al propio positivismo) se señala que lo verdaderamente importante es la eficacia. Mientras el iusnaturalismo subordina la validez a la justicia, el realismo, subordinará la validez a la eficacia. Tenemos aquí la gran primera crítica al positivismo, basada en que la validez no ha de ser la esencia o forma de existencia del Derecho.

---

<sup>125</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.92.

<sup>126</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.82.

<sup>127</sup> Lecciones de Teoría del Derecho, cit., p.82.

Otra crítica hacía el positivismo jurídico, viene por el hecho de negar la existencia de un Derecho natural. El iusnaturalismo, como hemos visto a lo largo del trabajo, no concibe el fenómeno jurídico sin la existencia de un Derecho natural que fundamente el Derecho positivo. La negación de esta circunstancia por parte del positivismo, supone otra gran crítica por parte de la corriente iusnaturalista al positivismo jurídico.

Del mismo modo, se ha criticado al positivismo jurídico, aludiendo al hecho de que al no reconocer un sistema de valores superiores que limitan al legislador se pueden dar situaciones indeseadas. Como señala Fernández-Galiano, “la humanidad actual ha recibido la gran lección de hasta dónde puede llegarse cuando el poder es ejercido por los sistemas totalitarios y a qué puede conducir un Derecho, manejado por estos sistemas, cuando a ese Derecho no se le reconozcan límites impuestos por una normativa superior”<sup>128</sup>. Con la existencia de un Derecho natural que actúe como límite se evitarían situaciones no deseadas, ya que ninguna autoridad legisladora podría legislar sobrepasando ciertos límites y valores dados por el Derecho natural. Podemos entender de este modo como una crítica hacía el positivismo el hecho de obviar la existencia de un Derecho natural, que funciona como límite al poder del legislador, y es garante de justicia.

Es en este sentido, en el que se dirigen la gran mayoría de críticas hacia el positivismo y su compatibilidad con la justicia. El hecho de que el Derecho positivo, para el positivismo sea justo por el mero hecho de adaptarse a unos requisitos formales no garantiza la justicia. Esta justicia puede ser vulnerada por parte del legislador, que ostenta dicho poder en un momento determinado, con el objetivo de satisfacer intereses personales alejados del fin último del Derecho, que a mi entender debe ser la justicia. Si bien, sería una postura radical afirmar que el positivismo jurídico da lugar a una vulneración de la justicia, el límite que ejerce el Derecho natural favorece a mi forma de ver un cumplimiento más riguroso de la justicia.

Por último, una crítica a la corriente positivista ha venido dada en torno a la explicación de porqué el Derecho obliga. La postura que ha defendido el positivismo señalando que la obligatoriedad del Derecho radica en su naturaleza coactiva, ostenta numerosas

---

<sup>128</sup> Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho, cit., p.333.

lagunas como estudiábamos anteriormente, ya que el fenómeno jurídico no ha de explicarse desde la fuerza sino desde gran valor que ostenta en sí mismo.

#### **4. CONCLUSIONES**

Para empezar estas conclusiones que suponen un punto y final a este trabajo, me gustaría señalar que la tensión entre el positivismo y el resto de teorías del Derecho, entre la que destaca el iusnaturalismo, se sitúa lejos de tener una sencilla solución. Es una cuestión de gran complejidad, que presenta un fuerte carácter ideológico y numerosas variantes, por lo que sería osado por mi parte decantarme por una postura de forma tajante, sin apreciar los factores positivos que tanto unas como otras pueden aportar al fenómeno jurídico.

Profundizando en las conclusiones que he llegado a extraer a partir del estudio del concepto del Derecho, me decanto por posicionarme en una postura favorable a la concepción tridimensional del Derecho. Creo que tanto la justicia, como la validez y la eficacia han de estar presentes para que el Derecho alcance todos sus fines. Concebir un Derecho, en el que se prescindiera de alguno de estos elementos, daría lugar a un fenómeno jurídico incompleto. Con la consecuencia de que alguna de las dimensiones del mismo, ya sea la sociológica, la normativa o la valorativa careciese de la importancia necesaria para que el Derecho alcanzase sus fines.

Concluyendo acerca de las críticas hacia el positivismo jurídico, hay que señalar a modo de recopilación las siguientes: en primer lugar, la subordinación de la justicia y de la eficacia a la validez. Para muchos autores, esto puede dar lugar a Derechos válidos y aplicables, pero carentes de justicia. A mi entender, la justicia es un elemento del fenómeno jurídico que no se puede subordinar a la validez o a la eficacia, debido a las peligrosas consecuencias que de ello se pueden derivar. Una segunda crítica al positivismo, viene de la negación del Derecho natural. Suponer la inexistencia de este orden de valores superior, lleva consigo la afirmación de que no existe un límite superior a la actuación del legislador, con la posibilidad que legisle alejado de la justicia pero debiéndose aceptar lo legislado por su válida naturaleza. Y por último remarcar, la crítica de la afirmación positivista de que el Derecho obliga por su carácter coactivo y no por el valor que tiene en sí mismo.

Es apreciable, como el núcleo duro de críticas contra el positivismo jurídico aparecen en relación a la justicia como valor. Poniendo en duda, como la teoría positivista puede ser garante de la misma. Si bien, es radical definir al positivismo como injusto en sí mismo, es innegable el rol del Derecho natural como favorecedor de la realización de la justicia. Estamos ante una discusión que ha sido inherente a la historia del Derecho y que constituye una de las grandes discusiones dentro del fenómeno jurídico.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

### Legislación:

- Código Civil. (BOE 25 de julio de 1889).

### Obras Doctrinales:

- Alchourrón, C. y Bulygin, E., “Norma Jurídica” en Garzón, E. y Laporta, F., *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p.133-137.
- Almoguera Carreres, Joaquín, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Reus, Madrid, 2009.
- Barp, Luciano, “La ley natural moral según el pensamiento clásico”, *Revista del Centro de Investigación. Universidad La Salle*, n.30, 2008, p.97-104.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México D.F., 2015.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1993.
- Bottomore, Tom, *Introducción a la Sociología*, Península, Barcelona, 1989.
- Cotta, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, Ceura, Madrid, 1987.
- De Aquino, Santo Tomás, *Santo Tomás de Aquino Suma Teológica II*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2010.
- Del Vecchio, *Il concetto della natura e il principio del Diritto*, Kessinger Legacy Reprints, Montana, 2010.
- Durkheim, Émile, *Las Reglas del Método Sociológico*, Gorla, Buenos Aires, 2005.
- Fernández-Galiano, Antonio, *Derecho Natural: Introducción Filosófica al Derecho*, Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid, 1979.
- Greppi, Andrea, “Eficacia”, *EUNOMIA. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 3, 2012, p.150-159.
- Gutiérrez, Jorge, “Norberto Bobbio y el positivismo jurídico”, *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.8, 1988, p.59-72.
- Hernández-Gil, Antonio, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Espasa, Madrid, 1988.

- Hobbes, Thomas, *Elementos de Derecho Natural y Político*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*, Trotta, Madrid, 2011.
- Laporta, F., “Poder y derecho”, en Garzón, E. y Laporta, F., *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p.441-454.
- Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1979.
- Linton, Ralph, “*Estudio del Hombre*”, S.L. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2008.
- López Moreno, Ángeles, “La Teoría de la acción en Weber. Parsons y Habermas: algunas consideraciones críticas”, *Foro, Nueva época*, n. 1, 2005, p.179-201.
- Martínez Roldán, Luis y Fernández, J., *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2004.
- Massini-Correas, Carlos Ignacio, *El Iusnaturalismo actual*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Molano, Eduardo, “Ley Natural y derechos humanos”, *Ius Canonicum*, XLVIII, n.96, 2008, p.611-630.
- Navarro, Pablo, “Validez y eficacia de las normas jurídicas” en Garzón, E. y Laporta, F., *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, p.209-218.
- Peña Freire, A., “Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.16, 1999, p.99-120.
- Raz, Joseph, *The concept of a legal system*, Claredon Press, Oxford, 1980.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2014.
- Reale, Miguel, “El término Tridimensional y su contenido”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.50, 1996, p.5-9.
- Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1963.
- Ruiz de Huidobro, José M., *Manual de Derecho Civil: Parte General*, Dykinson, Madrid, 2012.
- Villar Barnuevo, N., “El Derecho como norma”, *Revista Vox Juris*, n.14, 2007, p.150-159.

- Welzel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho: Derecho Natural y Justicia Material*, BdeF, Buenos Aires, 2005.