



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LA ÉTICA EN LAS CONCEPCIONES IUSFILOSÓFICAS

Del iusnaturalismo a la Hermenéutica

Autor: Rodrigo de Miguel Herranz

5ºE3 C

Filosofía del Derecho

Tutor: Miguel Grande Yáñez

Madrid

Abril 2019

RESUMEN

En el presente trabajo se analizan las concepciones de la ética en las diferentes corrientes iusfilosóficas, abarcando desde las posturas más tradicionales (iusnaturalismo y iuspositivismo) a las más modernas (principalmente las elaboradas por la Filosofía del Derecho Hermenéutica).

Las notas distintivas de la ética iusnaturalista son la unicidad de esta, la prevalencia de lo material frente a lo formal, su carácter teleológico y la cognoscibilidad de la misma.

Por su parte, la ética iuspositivista se caracteriza por ser, en el iuspositivismo puro, identificable con la legalidad (en sentido amplio) vigente. Dada la problemática que ello suscitó a lo largo del s. XX, analizamos en este texto formulaciones más modernas y menos extremas como el iuspositivismo ideológico de Bobbio y el incorporacionismo de Peces Barba.

Por último, la Filosofía del Derecho Hermenéutica se erige como punto elevado sobre las dos iusfilosofías anteriores. Su concepción de la ética es dinámica, en constante crecimiento y creación por el intérprete del derecho, pero, por ello mismo precisamente, inaprehensible en su totalidad. Ello no aboca al relativismo necesariamente; distintos autores proponen como posibles controles un sentido compartido o la propia legalidad vigente, entre otros.

Como conclusión, podemos afirmar que, ante los tradicionales intentos de iusnaturalismo y iuspositivismo de basar la eticidad en una verdad preexistente, la Filosofía del Derecho Hermenéutica nos anima a construir dicha eticidad existencialmente, a progresar sobre la establecida para ir más allá de ella, abriéndonos así nuevas posibilidades de actuación no contempladas hasta el momento.

PALABRAS CLAVE

Filosofía del Derecho Hermenéutica

Justicia

Iusnaturalismo

Precomprensión

Iuspositivismo

Sentido

ABSTRACT

This paper reviews the main conceptions around ethics in iusnaturalism, iuspositivism and Hermeneutic Philosophy of Law.

The main distinctive notes of iusnaturalist ethics are its uniqueness, the prevalence of material content rather than formal, its teleological character and the possibility to access to it through knowledge.

The iuspositivist ethics main characteristic, in its purest conception, its identification with the positive legislation. Given the tragic events of the 20th century, we also analyze iuspositivist conceptions which revise the purest model, such as Bobbio's ideological iuspositivism and incorporationism, embraced by Peces Barba.

The Hermeneutic Philosophy of Law arises as a superior point above these two previous conceptions. The ethic under this conception is dynamic, constantly growing and originating as the legal operator interprets the law. Another essential characteristic of this ethic is its non-apprehensibility. Nonetheless, this does not condemn us to relativism; authors propose certain controls such as a shared collective sense or the legislation itself in order to avoid arbitrariness.

As a conclusion, instead of looking for a preexistent truth in which base the ethics (as iusnaturalism and iuspositivism do), Hermeneutic Philosophy of Law invites us to create the ethics existentially, opening new possibilities of action.

KEYWORDS

Hermeneutic Philosophy of Law

Justice

Iusnaturalism

Precomprehension

Iuspositivism

Sense

Contenido

Listado de abreviaturas	3
Introducción	5
1. Justicia y iusnaturalismo	9
1.1. La heterogeneidad en las concepciones iusnaturalistas de justicia	9
1.2. La concepción iusnaturalista de la ética.....	17
2. Justicia y iuspositivismo	21
2.1. La justicia como adecuación a la norma positiva.....	21
2.2. La paulatina inclusión de la moral en el iuspositivismo a partir del s. XX.....	25
3. Justicia(s) y hermenéutica	29
3.1. El agotamiento del iuspositivismo y del iusnaturalismo.....	29
3.2. La interpretación creadora de la Hermenéutica	30
3.3. Síntesis del pensamiento de la Filosofía del Derecho Hermenéutica	34
Conclusiones	37
Bibliografía	41

LISTADO DE ABREVIATURAS

a.C.: antes de Cristo

art. cit.: artículo citado previamente

cap.: capítulo

cf.: confróntese

ibidem: misma referencia que la inmediatamente precedente

op. cit.: obra citada previamente

passim: idea presente a lo largo de toda la obra

p.: página

s.: siglo

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre las concepciones que, a lo largo de la historia, las diferentes ramas iusfilosóficas han formulado en torno a los conceptos de justicia y ética. La temática de este trabajo la he elegido porque considero que la realidad jurídica debe seguir planteándose cuestiones que todavía no ha resuelto (y que probablemente nunca llegue a resolver, por otra parte, pero que no por ello merecen ser desatendidas). La idea (no en el sentido platónico, sino en su acepción más simple) o el sentido de justicia es algo que, en mi opinión, todos tenemos *dentro de nosotros* en mayor o menor medida. Abordé el presente trabajo con la ingenua intención de descubrir al menos qué era la justicia para mí, conceptualizarla de una forma más o menos convincente para mí mismo. Sin embargo, y como ya habrá intuido el lector avezado, una tarea así es poco menos que titánica. Ni qué decir tiene por supuesto que buscar una concepción *de facto* universal es, básicamente, imposible.

Así pues, ¿qué me ha aportado la realización de este trabajo? El recorrer histórica y conceptualmente las distintas etapas por las que ha pasado la concepción de justicia durante los últimos 2500 años, si bien no permite sistematizar y extraer un concepto único y claro de justicia, sí que permite *intuir* dicho concepto. Metafóricamente hablando, si somos un barco en la inmensidad del océano y la tierra representa la justicia, no podríamos afirmar haber llegado a tierra; sin embargo, sí podemos afirmar que en algún lugar hay tierra. Puede sonar descorazonador, pero el no caer en el relativismo absoluto, ni tampoco en conceptualizaciones de justicia que no están en contacto con la realidad humana no es un logro menor. Así pues, tras finalizar la lectura uno puede quedarse con la extraña sensación de haber llegado a un todo (“hay justicia”) que está vacío. Probablemente sea tarea de cada uno rellenar ese vacío con sus propios instrumentos intelectuales.

En cuanto a la metodología con la que se ha abordado el presente trabajo, se ha intentado diversificar lo máximo posible las fuentes de información, como podrá comprobar el lector en las abundantes notas a pie de página. Por otra parte, el desarrollo expuesto en cada uno de los apartados muestra la evolución de las ideas a lo largo del tiempo, lo cual puede dar a entender erróneamente un desarrollo lineal de la cuestión,

cuando más bien es cíclico (pese a los indudables momentos de irrupción y progreso que pueda haber).

El trabajo se organiza en torno a tres grandes bloques temáticos, identificados con las tres principales ramas iusfilosóficas que son, a nuestro parecer, las siguientes: iusnaturalismo, iuspositivismo y Filosofía del Derecho Hermenéutica. Dentro de cada bloque, el análisis se puede dividir en un primer apartado en el que se analiza la corriente iusfilosófica desde sus orígenes hasta su desarrollo más reciente. En una segunda parte, se estudia la concepción que de las ideas de justicia y ética se pueden inferir de tal corriente. Pese a que se ha intentado dar un peso equitativo a cada una de las partes del trabajo, la parte nuclear del trabajo puede considerarse que es la relativa a la Filosofía del Derecho Hermenéutica. Ello se debe principalmente a dos razones. De un lado, es la corriente más moderna de las tres y, por ende, la menos desarrollada por la doctrina a día de hoy. Por otra parte, la falta de respuestas por parte del positivismo (ni qué decir del iusnaturalismo) nos obliga a buscar aquello que tanto nos inquieta por otras vías, de tal forma que, en nuestra humilde opinión, consideramos que el desarrollo del futuro de la iusfilosofía transcurrirá, de una u otra forma, por los caminos de la Filosofía del Derecho Hermenéutica.

En lo relativo a las fuentes empleadas, en el primer apartado, correspondiente al iusnaturalismo, ha tenido un peso importante el alemán Welzel con su *Introducción a la Filosofía del Derecho*, en la que hace un análisis de los principales autores iusnaturalistas siguiendo un marcado criterio cronológico. En el segundo apartado, Kelsen y la obra (escrita en colaboración con otros autores) *Crítica del Derecho Natural* han servido de inspiración para la formulación genérica del iuspositivismo, mientras que nos hemos servido de textos más modernos (Bobbio, Peces Barba y Prieto Sanchís, principalmente) para analizar las últimas (que no nuevas o innovadoras) corrientes de esta iusfilosofía. En el apartado relativo a la hermenéutica, pese a la importancia de todas las fuentes, los textos de Grande, Kaufmann y Ollero han sido los que han servido de guía en el desarrollo de la exposición.

En lo referente al texto, se ha tratado de dotarlo de un estilo ameno, con un lenguaje sin florituras y natural, sin dejar por ello la rigurosidad y precisión lingüística de lado. No

por ello en determinadas partes (especialmente la relativa a la hermenéutica) conviene recomendar al lector la consulta de las fuentes al final del trabajo expuestas para la aclaración de determinados términos. Ello es por la carga semántica que esta nueva iusfilosofía de la Hermenéutica ha depositado en ellos que, por razones del objeto del trabajo, no ha podido ser desarrollada en profundidad (palabras tales como “sentido” o “precomprensión” encierran un significado mucho mayor del que a primera vista puedan sugerirnos).

Por último, y no por ello menos importante, este trabajo resultará de utilidad para todo aquel jurista que se plantee el derecho más allá de lo positivizado. En multitud de ocasiones en nuestro día a día topamos con situaciones legales que, pese su condición de tales, a nuestro parecer son de clara injusticia. Este texto no viene a dinamitar los principios del Estado de Derecho en que vivimos (seguridad jurídica, imperio de la ley, etc.), pero sí a plantear la posibilidad de seguir mejorando en la búsqueda de esa justicia, a no conformarse con la justicia legalista. Quedará, pues, en manos del lector la decisión de elevar el derecho por encima de su mera aplicación mecánica, o conformarse y no hacerlo.

1. JUSTICIA Y IUSNATURALISMO

Desde hace más de dos milenios, filósofos y juristas han formulado sus ideas en torno a los conceptos de justicia y derecho, intentando dilucidar la conexión (presupuesta) entre ambos. Este conjunto de corrientes iusfilosóficas se han clasificado tradicionalmente bajo el rótulo de “iusnaturalismo”.

Si bien es cierto que difieren unas de otras en aspectos importantes¹ (formas de llegar a ese derecho natural, origen del mismo, prescripciones que impone, etc.), se puede apreciar en ellas “una continuidad de pensamiento íntimamente conexas, en la que cada generación recibe y desenvuelve (...) la problemática planteada por las generaciones anteriores”².

1.1. La heterogeneidad en las concepciones iusnaturalistas de justicia

En el presente apartado analizaremos algunos de los autores más destacados en el iusnaturalismo. Se podrá apreciar en este análisis que todos siguen un hilo conductor que nos permitirá, en los siguientes apartados, formular una concepción de justicia y de ética iusnaturalistas basada en los puntos comunes que comparten la mayor parte de ellos.

Hasta mediados del s. V a.C., la filosofía griega giraba en torno a un concepto unitario de derecho³. Esto es, las normas que regían la convivencia en la *polis* eran de naturaleza divina. La separación entre un orden humano e imperfecto, y otro divino y superior no estaba todavía definida como tal⁴. Con Pericles llegan la democracia e, inevitablemente⁵, los sofistas, políticos *disfrazados* de filósofos. Ello marca un punto de inflexión en el pensamiento griego, donde la filosofía cosmológica cambia su objeto de interés y deviene antropológica⁶. Poniendo el peso en el hombre, en este pensamiento “se contiene la negación de una verdad supraindividual”⁷.

¹ Cf. PASSERIN D'ENTREVES, A.: *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson University Library, Londres, 1967, p. 35.

² WELZEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, p. 3.

³ PRIETO SANCHÍS, L.: *Apuntes de teoría del Derecho*, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2014, p. 305.

⁴ Cf. *ibidem*, p. 6.

⁵ WELZEL, H., *op. cit.*, p. 9.

⁶ *Homo omnium rerum mensura est*, “el hombre es la medida de todas las cosas”, dirá PROTÁGORAS en su obra perdida *Los discursos demoleedores* (cf. *Ibidem*).

⁷ WELZEL, H., *op. cit.*, p. 10.

Como se puede ver, esta concepción optimista del humano, cuyo principal logro fue erigir la democracia, aboca al relativismo. Los ciudadanos, investidos de un poder del que hasta entonces se habían visto privados, dictarán leyes según el signo político de quien más *les convenza* en un momento dado. Es así como la ley (*nomos*) se separará de la naturaleza (*physis*), no poseyendo más coercibilidad que aquella que en un momento dado una mayoría de ciudadanos le den.⁸

Sócrates, aunque tiene evidentiísimas diferencias con los sofistas⁹, equipara al igual que ellos justicia y legalidad. Esta aceptación de toda ley como justa fue la que, por coherencia, le llevó a la muerte, pues “lo único que me preocupa es no hacer nada injusto”¹⁰. La sentencia que acabó con su vida, justa para él, pero injusta materialmente para gran parte de la sociedad ateniense, movió la conciencia de muchos.

Su discípulo Platón buscará “una esfera de verdad sustraída a toda duda. (...) [inquieto por] el subjetivismo y el relativismo de los sofistas”¹¹. En este empeño, conceptualizará el mundo de las ideas, contenidos *a priori* del mundo, perfectos e inmutables. Ello le permitirá formular contenidos jurídicos de validez general, objetivos, independientes de toda voluntad. “[L]o bueno y lo malo, lo justo y lo injusto son verdades racionales (...) preordenadas a la voluntad divina, y a las cuales, por ello, el mismo Dios está vinculado”¹².

Sin embargo, no debemos caer en el error de considerar a Platón precursor del derecho natural. El pensamiento platónico encarna perfectamente el objetivismo político, pero en tanto que éste no es accesible para la totalidad de los hombres (aunque sea potencialmente), sino solo para los filósofos, no puede considerarse iusnaturalista.

⁸ Ya Hippias se preguntaba: “¿Cómo podía el *nomos* poseer una fuerza vinculante basada en la naturaleza, si podía ser modificado constantemente por los ciudadanos?” (cf. *ibidem*).

⁹ WELZEL, H., *op. cit.*, p. 17. “Frente al subjetivismo y relativismo de la sofística, de naturaleza sólo destructiva, SÓCRATES trató, sin embargo, de sentar las bases para un nuevo orden vinculante”.

¹⁰ PLATÓN: *Apología*, 32.

¹¹ WELZEL, H., *op. cit.*, p. 22.

¹² En el *Eutifrón*, Platón plantea “¿Es justo lo justo porque le parece a Dios, o le parece a Dios porque es justo?”, decantándose por la segunda opción (cf. *Ibidem*, p. 10).

Aristóteles sigue la línea idealista marcada por Platón, pero con una separación entre idea y realidad menos radical, y una metodología inversa a la de Platón, más inductiva que deductiva. La principal diferencia entre ambos se da en que para Aristóteles “las ideas no son trascendentes [como para Platón], sino immanentes a los objetos”¹³. Sobre la base de este *contacto* entre la realidad y las ideas Aristóteles formula su filosofía teleológica que tanta influencia tendrá posteriormente en Santo Tomás, ya que puede justificar que la realidad *tienda a* la idea, que su fin sea la idea. Igualmente, al poner en contacto la idea con la realidad, el Derecho natural cobra una nueva dimensión práctica, ya que “los contenidos materiales [de Derecho natural] podían fluir ilimitadamente a los principios jurídico-materiales”¹⁴. La idea de justicia en Aristóteles no aporta, pues, gran novedad respecto a la que se da en Platón. No obstante, la influencia de ambos en el Derecho natural medieval será considerable, como veremos a continuación.

Podemos considerar que el derecho natural propiamente dicho surge en la Edad Media, de la mano de San Agustín y, en mayor medida, de Santo Tomás, del que hablaremos seguidamente.

Santo Tomás tiene una clara influencia de Platón (sobre todo al someter a Dios a la razón, al contrario de lo que haría el voluntarista San Agustín¹⁵) y, en mayor medida, de Aristóteles, reubicando las ideas platónicas en el intelecto divino y, en una continuación del pensamiento (teleológico) aristotélico, considerando que todas las cosas tienden de forma *natural* (ideal) a la realización de *su* fin (que en última instancia es el de Dios, el bien o la perfección). Consecuencia de lo anterior es la no distinción entre el ser y el deber ser (constructo mucho más moderno, derivado de la aplicación del método científico a las ciencias sociales); la discrepancia entre la realidad (acto) y su naturaleza ideal o fin (potencia) no es una violación de un deber ser, sino una forma de ser pervertida¹⁶. No obstante, esta lógica que rige a las cosas y criaturas irracionales, no se aplica por completo al hombre: el hombre participa de la ley natural gracias no sólo a este impulso natural

¹³ Cf. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 32.

¹⁴ *Ibidem*, p. 33.

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*, p. 306.

¹⁶ Cf. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 73.

(tendente al bien), sino también a la razón¹⁷; y es esta participación del ser racional en la razón eterna es la denominada ley natural: “la ley natural es, pues, para Santo Tomás, la más específica esencia del hombre, por la que participa de Dios”¹⁸. La ley humana, así pues, para ser verdaderamente ley, debe estar en consonancia (identificarse diríamos) con la ley natural, pues “si la ley humana no ha sido derivada de la ley natural no es verdaderamente ley, sino *legis corruptio*”¹⁹. En este sentido, cabe destacar el notable avance que supone esta importancia que Santo Tomás da a la razón. Sin dejar de lado la base cristiana de su pensamiento, sitúa a la razón en un plano de autonomía que resultará de gran utilidad a posteriores elaboraciones de una ética material autónoma de la religión²⁰.

En conclusión, por una parte el pensamiento clásico metafísico de Santo Tomás retrocede en el tiempo cerca de diecisiete siglos y vuelve a la concepción de Derecho natural unitaria que ya imperaba en Grecia allá por el s. V a.C., en el sentido de que concibe la justicia no como la correspondencia entre el ideal y la realidad, sino como la *identificación* de la realidad con el ideal; por otra, sin embargo, abre la veda a futuras formulaciones iusnaturalistas en las que la autonomía del individuo (su subjetividad) irá ocupando un papel determinante.

Con el final de la Edad Media llegó la Reforma protestante y, como consecuencia de ella, luchas políticas y aun ideológicas en las que el Derecho natural pasó a utilizarse como *arma arrojadiza*. Igualmente, una concepción individualista del sujeto comenzó a extenderse por las sociedades del momento, cristalizando finalmente con el antropocentrismo humanista a partir del s. XIV. Ello llevó al iusnaturalismo a una crisis, ante la cual debía buscar fundamentos que respondiesen a las inquietudes de la generalidad

¹⁷ En la Cuestión 113 (“Los ángeles custodios”) de la *Suma Teológica* consta que “el conocimiento universal de la ley natural que posee el hombre naturalmente, le encamina también de algún modo hacia el bien”. Esto representa un gran cambio respecto a Platón, el cual considera restringido el acceso a ese conocimiento (cf. DE AQUINO, T.: *Suma de Teología*, Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, 4ª edición, Madrid, 2001. WELZEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, pp. 947-955).

¹⁸ GRANDE, M.: *Justicia y Ley Natural en Baltasar Gracián*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid, Madrid, 2001.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*, p. 307.

de sujetos, sin importar sus diferencias²¹. Uno de los primeros pasos para ello fue la renuncia a un Dios que en aquel momento separaba más que unía, dando lugar así a la secularización del derecho natural. Por otro lado, se dará un cambio fundamental en el concepto nuclear de “razón”: pasará de ser fuente (“tanto en sentido objetivo como subjetivo”²²) del Derecho, a ser la *clara et distinta perceptio* cartesiana; de ser un instrumento del sujeto a, en algunos casos, *ser* la propia esencia del sujeto.

En este contexto, e influido por las ciencias de la naturaleza y el método cartesiano, surge el Derecho natural moderno, de carácter mayormente laico. Dos de los autores más relevantes que analizaremos seguidamente fueron Hobbes y Locke.

Hobbes considera que el estado de naturaleza del hombre viene marcado por unas condiciones insoportables por mucho tiempo. La perpetua tensión provocada por el temor ante una posible agresión por sus pares²³ obligaría a llegar a leyes naturales por consenso que garantizaran la paz²⁴. Estas normas por consenso serían para Hobbes la ley natural²⁵ (siendo la ley por consenso ley natural, y no al revés). La ley natural consta básicamente de dos contenidos materiales: desear y perseguir la paz, de un lado, y estar dispuesto a limitar la propia libertad para garantizar tal paz (en beneficio propio²⁶). Este arraigo a la realidad, partiendo de la existencia del hombre en lugar de ideales, supone el paso de un Derecho natural ideal a otro de carácter existencial, en congruencia con las demandas de su tiempo, donde como se ha dicho se pasa del teocentrismo (el más allá) al antropocentrismo (el más *acá*, podría decirse coloquialmente)²⁷. El propósito de Hobbes no es así traer una justicia del más allá, sino elaborar un orden tal en la tierra que garantice al menos la no eliminación

²¹ Cf. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 146.

²² *Ibidem*, p. 148.

²³ *Homo homini lupus*, “El hombre es un lobo para el hombre” diría Hobbes en su tratado *De cive*.

²⁴ HOBBS, T.: “De la condición natural del género humano, en lo que concierne a su felicidad y a su miseria” en *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1940, p. 116.

²⁵ RODILLA, M.A.: “Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 1985. Destaca el autor la audacia de Hobbes al formular “su pretensión de demostrar que en el interés de todos y cada uno está aceptar la limitación de su autointerés”.

²⁶ *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*, “No hagas a nadie lo que no quieras para ti” (Tobías 4, 15)

²⁷ WELZEL, H. *op. cit.*, pp. 143-145. Recordemos que es en esta época cuando da sus primeros pasos el empirismo.

de la especie humana por sí misma²⁸. Podemos afirmar entonces que “Hobbes fue así el primero en emprender la tarea de fundamentar el orden social sobre bases estrictamente individualistas, sin necesidad de recurrir a principios morales ni de presuponer sociabilidad natural alguna”²⁹. Por otra parte, se produce en Hobbes un distanciamiento con la búsqueda de contenidos materiales de Derecho natural, de forma que éste queda reducido a contenidos poco más que puramente formales; aunque es obligación del soberano el hacer buenas leyes³⁰, Hobbes no considerará buena sólo aquella ley justa, pues “(n)o entiendo por buena una ley justa, ya que ninguna ley puede ser injusta”³¹. La divergencia aquí con Santo Tomás, cuyo concepto de justicia es visiblemente más material que formal. Podría incluso decirse que es un precursor en cierto modo del iuspositivismo, que al igual que Hobbes vacía por completo de contenido material el concepto de justicia.

La concepción hobbesiana de justicia como adecuación a la norma (en consonancia con el pensamiento socrático) presenta como mérito principal destacar el valor elemental que en el Derecho tiene la positividad³². Sin embargo, es igualmente muestra del mayor fracaso de Hobbes: no darle a lo ideal la importancia que le corresponde³³.

Por otro lado, Locke elabora su pensamiento sobre unos presupuestos similares a los de Hobbes, aunque menos radicales³⁴ (y más optimistas) en la percepción del hombre en su estado de naturaleza³⁵. Locke, también contractualista, considera que “la ley de [la] naturaleza (...) quiere la paz y preservación de la humanidad toda”, y el hombre en el estado de naturaleza *ya* se encuentra sometido a tal ley. Esta ley natural tiene contenidos

²⁸ *Ibidem*, p. 154.

²⁹ RODILLA, M.A., *art. cit.*

³⁰ WELZEL, H. *op. cit.*, p. 160. “El soberano tiene que ejercer su *potentia absoluta* dentro de las reglas de la *potentia ordinata* [siendo esta segunda la voluntad de Dios]”.

³¹ HOBBS, T. *op. cit.*

³² También en esta línea, destaca Welzel que “(a)l subrayar, sin embargo, HOBBS con gran precisión el elemento real del derecho tenía que aparecer mucho más claramente la distinción entre Derecho y moralidad y entre Derecho natural y Derecho positivo”. Cf. WELZEL, H. *op. cit.*, p. 160.

³³ *Ibidem*, p. 163.

³⁴ RODILLA, M.A. *art. cit.*

³⁵ LOCKE, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, 3ª edición, Porrúa, México D.F., 2003. “(L)a razón, que es dicha ley [ley natural, se refiere], enseña a toda la humanidad (...) que siendo todos iguales e independientes, nadie deberá dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones.”

concretos, accesibles a través de la razón, pues “es cosa cierta que tal ley existe, y que se muestra tan inteligible y clara a la criatura racional y de tal ley estudiosa, como las leyes positivas de las naciones; es más, posiblemente las venza en claridad”³⁶. Nótese en este punto una diferencia fundamental con Platón: Locke entiende que todo humano puede, potencialmente, llegar a tal ley, mientras que Platón restringe el acceso a dicho conocimiento a unos pocos individuos.

Como decíamos, la justicia en la concepción de Locke, al contrario que en Hobbes, sí tiene un contenido material delimitado y, en consecuencia, la injusticia sí puede predicarse de las leyes, de forma que serán “sólo justas en cuanto estén fundadas en la ley de naturaleza, por la que deberán ser reguladas e interpretadas”³⁷. La principal diferencia con Santo Tomás residirá entonces en el origen de la ley natural, situada en Dios por Santo Tomás, y en el mundo humano por Locke.

El s. XVIII parece marcar el comienzo del fin del Derecho natural. Nuevas formulaciones como la kantiana lo único que harán es plantear, bajo nuevos conceptos, los problemas que el Derecho natural no había sido capaz de resolver³⁸. Antes de comenzar el análisis de Kant, conviene matizar que son muchos los estudiosos que dudan de si debe ser considerado o no iusnaturalista. En el presente trabajo lo consideraremos como tal, al igual que Rodríguez Paniagua, en tanto que concibe leyes *a priori* que ordenan (o deberían ordenar) la conducta humana³⁹. En primer lugar, debemos partir de que Kant, al igual que Pufendorf y Thomasius, opina que una de las notas distintivas entre Derecho y moral se encuentra en el ámbito de coercibilidad (externo e interno, respectivamente) de estos; mientras que el derecho se refiere a los fines de la experiencia, la moral se refiere a unos fines en abstractos, lo cual puede llevarnos a pensar que Kant considera el derecho como

³⁶ *Ibidem.*, cap. II.

³⁷ *Ibidem.*, cap. II.

³⁸ WELZEL, H. *op. cit.*, pp. 221-222. Son de esta época las formulaciones que niegan la juridicidad del Derecho natural sin realmente resolver las cuestiones que éste planteaba. Kant, sin ir más lejos, plantea que “[e]l problema material de los contenidos del recto obrar social se plantea (...) igual para la ética que para el Derecho”.

³⁹ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *Historia del pensamiento jurídico*, 5ª edición, Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 251-252.

una forma decadente o pervertida de la moral⁴⁰. Así pues, mientras que “el Derecho tiene que contentarse con la legalidad, (...) la moralidad tiene que exigir (...) también moralidad, es decir, un obrar por razón de la obligación”⁴¹. Pese a que formalmente moral y derecho se diferencian bastante, a nivel material parece exigible que sean coincidentes pues “[s]i ello no fuera así, (...) sería imposible un obrar social unitario dotado de sentido”⁴². Por último, Kant, para acceder a dicho contenido material recurre al imperativo categórico, según el cual “no debo obrar nunca más que de modo que pueda querer que mi máxima se convierta en ley universal”⁴³. Este método, a priori tan prometedor, es fácilmente rebatible pues “[t]odo contenido de voluntad puede convertirse en ley general, con solo aceptar las consecuencias que de ello se siguen”⁴⁴. Por ejemplo, un anarquista cuyo respeto por la institución de la propiedad privada sea nulo tendrá poco reparo (o ninguno directamente) en robar, y según esta fórmula del imperativo categórico su conducta sería moralmente irreprochable, pues el anarquista efectivamente puede desear la universalidad de su conducta. De esta forma, Kant se olvida del lado ético-material de la moral, por cegarse en el “cómo” de la moral.

Como consecuencia de lo anterior, la justicia de Kant, sorprendentemente, resulta ser una justicia vacía, únicamente sometida a la regla del imperativo categórico y, por ende, completamente relativista y, *de facto*, inútil.

En los últimos estadios de desarrollo del iusnaturalismo nos encontramos con el británico Herbert Hart. En su opinión, el iusnaturalismo a lo largo de las diferentes épocas se ha centrado demasiado en formulaciones metafísicas complejas⁴⁵ que no llevaban a ningún sitio. Su cometido será reformular la tradicional filosofía iusnaturalista teleológica en unos términos más simples. Es así como llega a la conclusión de que el fin propio de la

⁴⁰ *Ibidem*, p. 251.

⁴¹ WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 223-224.

⁴² *Ibidem*, *op. cit.*, p. 225.

También en esta misma línea se pronuncia Rodríguez Paniagua al afirmar que el derecho “cae para Kant del mundo de la libertad. Es, por consiguiente, al menos, próximo a la moralidad” (RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *op. cit.*, p. 249)

⁴³ KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, NoBooks, Valencia, 2017. “[N]o debo obrar nunca más que de modo que pueda querer que mi máxima se convierta en ley universal”

⁴⁴ WELZEL, H. *op. cit.*, p. 228.

⁴⁵ HART, H.: *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 229.

actividad humana es la supervivencia⁴⁶. El derecho natural en Hart tiene un propósito mucho más modesto que el de muchos de sus predecesores, pues en lugar de intentar llegar a prescripciones eternas y perfectas, busca normas naturales contingentes en el tiempo, pero plenamente obligatorias *hic et nunc*. Es decir, de las circunstancias naturales del hombre en un momento y lugar determinado, extrae normas eternas y perfectas en tanto en cuanto no cambien dichas circunstancias de tiempo y lugar. Tales circunstancias de las que se derivan normas naturales son, en su opinión⁴⁷, la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada de todos los seres humanos, el altruismo limitado y los recursos limitados de un lado, y de otro, la comprensión y fuerza de voluntad limitadas. Las cuatro primeras *verdades obvias* (en palabras de Hart) dan lugar a reglas estáticas, en el sentido de que “las obligaciones que imponen y la incidencia de estas obligaciones no son modificables por los individuos”⁴⁸, mientras que la última verdad obvia mencionada da lugar a reglas dinámicas que permiten a los partícipes de un ordenamiento dado crear obligaciones y modificar la incidencia de las mismas según su voluntad.

1.2. La concepción iusnaturalista de la ética

De acuerdo con lo visto en este capítulo, y teniendo en cuenta que en toda época hay voces discrepantes, podemos diferenciar dos tendencias sobre la búsqueda de la justicia claramente diferenciadas en el desarrollo histórico del iusnaturalismo⁴⁹:

Hasta el s. XV prima una filosofía ontológica, centrada en el ser del objeto conocido. El ser humano, maravillado por un mundo del que no es artífice, busca explicaciones de éste *en* el mismo. Se pone así el peso en el objeto del conocimiento, de cuya existencia no

⁴⁶ *Ibidem*, p. 236. En la p. 238 de la misma obra, afirma Hart que “[a] plantear esta o cualquier otra cuestión referente a cómo deben convivir los hombres, tenemos que presuponer que su propósito, en términos generales, es vivir”.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 240-247.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 243.

⁴⁹ KAUFMANN, A.: “Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica” en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Editorial Debate, Madrid, 1992. Clasificación basada en el esquema seguido por el autor en las páginas 36-41.

se duda en ningún momento. Así, estos autores (Platón, Aristóteles, Santo Tomás) asumen la preexistencia de la justicia; su labor se centrará en desvelar tal justicia.

Los autores del s. XV en adelante se caracterizan por todo lo contrario. El peso se pone en la deontología, en el deber ser. La duda y desconfianza da paso a la subjetividad: una vez comprobado que la realidad no es fiable, hay que buscar esa realidad fija y estable *dentro* del ser humano. El autor de los analizados que más claramente encaja en este grupo es Kant, aunque en Hobbes y Locke también puede empezar a intuirse ese desplazamiento de la justicia de lo externo a lo interno del individuo, preguntándose por la naturaleza del hombre, o cuestionando la razón no como la *recta ratio* de la escolástica (“fuente del Derecho natural, tanto en sentido objetivo como subjetivo”⁵⁰), sino como la ya mencionada *clara et distincta perceptio* (cartesiana) del sujeto en su camino del conocimiento.

Pese a estas diferencias, se pueden apreciar en los autores anteriormente citados ciertos rasgos comunes. Muchas de ellos afirman la existencia de normas extra y suprapositivas (Eisenmann)⁵¹, normas que trascienden la existencia inmediata del humano y que, de una u otra forma, son estables en cierto modo. Igualmente, tal ley natural es cognoscible por los individuos partícipes en el ordenamiento (no así en Platón, como ya se ha apuntado). Por último en este sentido, en opinión de Prieto Sanchís, se da un dualismo en el Derecho vigente y una relación de superior a inferior entre Derecho natural y Derecho positivo, respectivamente⁵².

En vista de todo lo anterior estamos ahora en condiciones de formular una concepción iusnaturalista de la ética. El primero de los rasgos que la definen es que se trata de una ética única: sólo hay una ética *correcta*. El objetivismo obliga a que ello sea así. Esto que puede parecer una obviedad *a priori*, puede no serlo tanto. Como veremos en partes posteriores del presente trabajo, corrientes como la hermenéutica contemplan la posibilidad de tantas éticas *correctas* como individuos *competentes* éticamente, sin abocarnos ello necesariamente al peligroso relativismo.

⁵⁰ WELZEL, H. *op. cit.*, p. 148.

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*, p. 302.

⁵² *Ibidem*, p. 303.

En segundo lugar, se trata de una ética heterónoma: es una realidad superior y, sobre todo, independiente del individuo. No depende de él la concreción material de dicha ética. El voluntarismo no tiene cabida en las concepciones iusnaturalistas.

Otro rasgo común a bastantes autores iusnaturalistas (aunque no presente en figuras clave como Hobbes o Kant) es el carácter material de la ética. Al contrario que las éticas formales, el bien es bueno en sí. O, mejor dicho, existe el bien materializado en sustancias metafísicas, de carácter estable y referibles como orientadoras de la conducta humana correcta.

Un cuarto rasgo predicable de la ética iusnaturalista es su condición de teleológica: el bien de una acción se puede extraer de la bondad de sus consecuencias. Es más, toda buena acción acarreará necesariamente buenas consecuencias.

Por último, la ética iusnaturalista es cognoscible, es decir, de una u otra forma (innata o adquirida) el ser humano puede acceder al conocimiento de los contenidos materiales de la ética.

2. JUSTICIA Y IUSPOSITIVISMO

En el epígrafe anterior ya hemos visto cómo bajo el rótulo del “iusnaturalismo” se encuadran diversas teorías que difieren razonablemente unas de otras. Esto ocurre aún más pronunciadamente en el iuspositivismo⁵³. En el presente trabajo nos centraremos en los rasgos generales que las diferentes tendencias del iuspositivismo han tenido a lo largo del tiempo.

El iuspositivismo es una corriente de pensamiento que se desarrolla principalmente durante los ss. XIX y XX, motivado principalmente por tres factores. Por un lado, el agotamiento de la Ilustración y su reemplazo por el historicismo supone el paso de una concepción de la razón como entidad constructiva (creadora o descubridora, según casos) a considerarla meramente descriptiva. En esta línea también ahonda el segundo factor, la influencia de la filosofía fundamental positivista, que, en lugar de poner el peso en la ontología, en el ser de las cosas, lo pone en la gnoseología, en el acceso a las cosas (sin plantearse demasiado su ser). Por último, un tercer elemento que propicia la aparición del iuspositivismo es la consolidación del proceso de estatalización del Derecho, constatándose así *de facto* que el único Derecho aplicable es aquel que emana de la autoridad competente⁵⁴.

2.1. La justicia como adecuación a la norma positiva

Uno de los autores positivistas más importantes es Hans Kelsen. Kelsen es tajante a la hora de establecer una distinción entre derecho y moral. En su opinión, “[l]a Teoría pura del derecho (...) [p]rocura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del Derecho y no una política jurídica”⁵⁵. Uno de los grandes cambios que introduce Kelsen respecto de los últimos autores iusnaturalistas es que al referirse a la “ciencia del Derecho” no considera siquiera la idea de aplicar en la ciencia jurídica el método científico de las ciencias de la naturaleza. Esto es porque mientras que en la naturaleza el ser y el deber ser (si es que algo así existe en el estado natural de las cosas) están unidos por el principio de causalidad, en el orden

⁵³ *Ibidem*, p. 315.

⁵⁴ *Ibidem.*, pp. 316-319.

⁵⁵ KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, 12ª ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1974, p. 15.

jurídico ello no ocurre (en el mejor de los casos, habría una relación de imputación, pero de por sí no se puede afirmar que una conducta humana *cause* necesariamente una respuesta dada del ordenamiento jurídico)⁵⁶. Consecuencia de ello es que las ciencias naturales y algunas de las sociales⁵⁷ sí puedan extraer conclusiones inmutables, mientras que la ciencia jurídica no⁵⁸. Derivada de la anterior es una de las principales críticas que Kelsen hace a los iusnaturalistas⁵⁹: la razón que estos dicen utilizar para acceder al derecho natural en realidad no es razón en sentido estricto⁶⁰; al haber (en opinión de Kelsen) un acto creador⁶¹ y no meramente descubridor, las normas de derecho natural no son más que fruto de la voluntad de aquellos que las plantean.

Lo anterior conduce a una ausencia de un *ser* del derecho, un objeto preexistente que pueda ser descubierto. Consecuentemente, Kelsen prescindirá de cualquier teorización metafísica en torno a la justicia o injusticia de las normas, referenciándola a otras normas preexistentes y superiores. Si ya no podemos referenciar la justicia a un ideal permanente e invariable, y todo con lo que contamos es una ley de causalidad no absoluta (como la de las ciencias de la naturaleza), el Derecho natural no resulta ni correcto ni incorrecto, sino que es pura especulación⁶². Kelsen considerará de esta manera toda afirmación sobre la justicia o injusticia de una norma como una mera manifestación de la opinión personal de aquel que la enuncia, pero en ningún caso como enunciación válida de contenidos objetivos de la razón⁶³.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 24-26.

⁵⁸ Mientras que en las ciencias naturales el principio de causalidad sigue la fórmula: “Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá”, en las ciencias sociales normativas (entre ellas el derecho) opera la fórmula: “Si la condición A se realiza, la condición B *debe* producirse”, cf. *ibidem*, p. 26.

⁵⁹ Cf. KELSEN, H., “Justicia y Derecho Natural” en *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Política Taurus, Madrid, 1966.

⁶⁰ Recordemos que, por influencia de la filosofía positivista, la razón ya no se concibe como creadora, sino como instrumento de indagación.

⁶¹ Lo que los iusnaturalistas dicen que es descubrimiento, en opinión de Kelsen realmente es creación por medio de la proyección.

⁶² Cf. PRIETO, L., *op. cit.*, p. 318.

⁶³ GARCÍA AMADO, J.A.: “Hablando de Kelsen con Delgado Pinto” en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006, p. 1202.

Hay que advertir que, llegados a este punto argumentativo, muchos autores positivistas consideraban inexistente el problema del Derecho natural, porque éste, simplemente, no existía, según decían. De esta forma obviaban un problema que, se encontrase bajo el rótulo que se encontrase, seguía persistiendo⁶⁴, cual es la cuestionabilidad o no que plantean los contenidos materiales de las normas.

El iuspositivismo, pues, vaciará las normas jurídicas del contenido moral⁶⁵ que hasta entonces el iusnaturalismo había puesto en ellas, reduciéndolas a un mero silogismo lógico⁶⁶. En su afán por hacer del derecho una auténtica ciencia jurídica, Kelsen convierte el derecho en un mero instrumento lógico de la política jurídica.

Otro punto importante en nuestra argumentación es la estructura que adquiere el derecho en un sistema iuspositivista. Mientras que en un sistema iusnaturalista el problema fundamental del sistema es el acceso al conocimiento del derecho natural (problema epistemológico), en un sistema positivista la cuestión fundamental es la estructuración del sistema (problema lógico). Desde un primer momento los positivistas fueron conscientes de que aspirar a la plenitud (atributo deseable en todo sistema jurídico) de un ordenamiento en el que hay unas pocas fuentes materiales del derecho es un propósito casi utópico sin medios auxiliares que sirvan a tal fin. Por ello se recurre a una construcción jerarquizada del sistema.

Son dos las formas que puede revestir un sistema⁶⁷. De un lado, nos encontramos los sistemas estáticos, en los cuales la norma inferior es válida únicamente si su contenido es desarrollo de la superior. La norma fundamental, con contenido material concreto y situada en la cúspide de la pirámide normativa de este sistema, “no tendría sentido cuestionarla, sonaría descabellada la mera pregunta por la razón de su validez”⁶⁸. Se trataría de una norma evidentemente justa, que no podría justificarse de ningún modo. De hecho, Kelsen, a

⁶⁴ PASSERIN D'ENTREVES, A.: “El derecho natural” en *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Política Taurus, Madrid 1966, p. 189.

⁶⁵ Cf. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, p. 86.

⁶⁶ En este sentido, Kelsen afirmará que normas jurídicas en sentido estricto serán sólo aquellas con una estructura tal que: dada la situación previa A, debe actuarse de forma B. Si no se actúa de forma B, procederá la sanción C.

⁶⁷ GARCÍA AMADO, J.A., *op. cit.*, pp. 1200-1203.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 1202.

lo largo de su obra, demuestra cómo los diferentes intentos de dar una razón de ser a dicha norma resultan, antes o después, infructuosos⁶⁹: la justicia de la costumbre, la justicia de la medida, la justicia como venganza, justicia como “a cada cual según su trabajo (o mercancía), su salario (o precio)”, justicia como “a cada cual según sus necesidades”, etc. De *facto*, todas estas propuestas acaban llevando frecuentemente a tautologías o, simplemente, contenidos de justicia vacíos. La incoherencia de Kelsen en este punto es, en opinión de Delgado Pinto, enorme. Si Kelsen es relativista (pues considera que cualesquiera contenidos normativos no son sino reflejo de las opiniones personales), no se justifica entonces que afirme la existencia de sistemas cuya norma fundamental tiene un contenido racional, por muy evidente que sea⁷⁰.

El otro tipo de sistemas que identifica Kelsen es el dinámico, en el cual las normas son válidas si son dictadas por la autoridad competente. La jerarquía en este sistema es una jerarquía de autoridades, y no de contenidos (al contrario que en el caso anterior). La norma fundamental carece de todo contenido material; se limita únicamente a legitimar a las autoridades competentes para enunciar contenidos. Probablemente ésta sea la versión más coherente del iuspositivismo, en la que sólo es preciso “ver *cómo* se persiguen los fines, no *qué fines* se persiguen”⁷¹. La norma superior o fundamental, cúspide de este sistema, es habilitada por una norma hipotética, supuesta, presupuesta o fingida, según las épocas del pensamiento kelseniano⁷².

Este estricto formalismo normativista, que permite la ansiada separación entre derecho y moral (ya anticipada por Kant), tiene un ligero inconveniente lógico: a medida que se desciende en la jerarquía del ordenamiento jurídico, el operador inferior debe suplir independientemente (*por su cuenta*) las carencias que el operador superior, por razones obvias, no ha podido prever⁷³. Ello supondrá la inclusión involuntaria de contenidos de

⁶⁹ Cf. KELSEN, H., “Justicia y Derecho Natural”, *op. cit.*

⁷⁰ GARCÍA AMADO, J.A., *op. cit.*, p. 1202.

⁷¹ LÓPEZ HERNÁNDEZ, J.: *Introducción a la filosofía del derecho contemporánea*, Universidad de Murcia, 2005, p. 70.

⁷² GARCÍA AMADO, J.A., *op. cit.*, p. 1202.

⁷³ KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, pp. 169-170.

voluntad donde no debería haberlos (pues los jueces son teóricamente no normativistas)⁷⁴. Será precisamente por estos derroteros, poniendo el peso en los hombros del aplicador del derecho, por los que la hermenéutica del derecho encontrará la debilidad del iuspositivismo e intentará “superarlo”, desplazando la función creadora de normas de la ley al individuo.

En resumen, en un primer momento el iuspositivismo no entra a juzgar la justicia o injusticia de unas normas jurídicas dadas. El derecho es un hecho social más, y como tal se debe obedecer porque emana de la autoridad competente, y no porque el sujeto sienta un compromiso moral con el cumplimiento que aquél prescribe⁷⁵. El acto será calificado como justo en tanto en cuanto sea consecuencia de una correcta aplicación de la norma⁷⁶. La norma positiva, de esta forma, se separa de la justicia como lógica jurídica.

2.2. La paulatina inclusión de la moral en el iuspositivismo a partir del s. XX

Durante el s. XX el iuspositivismo entra en crisis. La I y II Guerra Mundial pusieron de manifiesto la peor parte del ser humano, mostrando al mundo cómo se podía infligir terrible daño a miles de personas a través de crímenes legitimados por los ordenamientos jurídicos. Por otra parte, el aplicador del derecho veía cómo su labor (la interpretación) se regía excesivamente por el deductivismo, convirtiéndose prácticamente en un autómata del derecho⁷⁷. El iuspositivismo sólo dará respuesta a la primera cuestión⁷⁸, a través del iuspositivismo ideológico y del iuspositivismo inclusivo o incorporacionismo⁷⁹.

El iuspositivismo ideológico es una corriente cuyo mayor exponente es el italiano Norberto Bobbio. En su versión más radical, que podríamos decir que es puramente teórica, el también denominado formalismo ético arguye que el derecho, simplemente por el hecho

⁷⁴ En este sentido, llama la atención la fría concepción que del aplicador del derecho tiene el positivista Perelman, que equipara su labor a la de una máquina sin pasión. “En cuanto juez no puede plantearse si la ley es o no conforme a la justicia”. Esta última referencia a la justicia (que obviamente no se identifica con la simple y ciega prosecución de la norma) es prueba de que, pese a todo, muchos positivistas no acaban de renunciar por completo al ideal de justicia. (Cf. PERELMAN, CH.: “La idea de justicia en sus relaciones con la moral, el derecho y la filosofía” en *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Pontifica Taurus, Madrid, 1966, pp. 166-168.)

⁷⁵ Cf. PRIETO, L., *op. cit.*, pp. 319-321.

⁷⁶ Cf. PERELMAN, CH., *op. cit.*, p. 166.

⁷⁷ Cf. PRIETO, L., *op. cit.*, p. 324.

⁷⁸ La respuesta a la segunda cuestión vendrá formulada posteriormente por la hermenéutica.

⁷⁹ Cf. PRIETO, L., *op. cit.*, pp. 322-323.

de existir (estar positivizado), tiene un contenido moral, de forma que sí hay un componente moral a la hora de cumplir con lo que prescribe. Es el derecho el que viene a imponer qué es lo justo y lo injusto, lo moral y lo inmoral (invirtiendo así la tradicional relación sucesiva justicia-derecho del iusnaturalismo). Una versión más moderada, la defendida por el propio Bobbio⁸⁰, considera que el Derecho, por los fines que persigue (la “quiebra del [inestable] estado de naturaleza”), “garantiza ciertos valores morales como la seguridad, la certeza, la previsibilidad de las conductas, la paz, etc.”⁸¹, y, en consecuencia, es moral. Podría decirse que es aquí donde el iuspositivismo comienza a quebrarse. Si bien es cierto que en la versión radical la obediencia a la norma seguiría prescindiendo de cualquier intervención de la moral como venía entendiéndose hasta entonces, en la versión más moderada es de suponer que la obediencia sólo fuese preceptiva en los casos en que la norma satisficiera la consecución de los mencionados fines⁸². En esta misma línea se pronuncian autores como Perelman, afirmando que “la decisión del juez será justa cuando la regla de su juicio esté conforme con el espíritu del sistema jurídico”⁸³, pero aquí se plantean preguntas análogas a las que se planteaba el iusnaturalismo sobre cómo acceder a dicho conocimiento o directamente cuál es. Poco a poco los propios iuspositivistas se van dando cuenta de que prescindir tanto de la justicia “ideal”, como del papel del aplicador del derecho en la realidad que configura, lleva a una argumentación insostenible en determinados puntos.

Por otra parte, a partir de la segunda mitad del s. XX cobra peso el iuspositivismo inclusivo o incorporacionismo, con unos postulados aparentemente similares en ocasiones a los de la hermenéutica, pero que como se verá poco tienen que ver en la praxis del derecho que uno y otra proponen⁸⁴. Estos autores defienden que el funcionamiento normal del

⁸⁰ Cf. BOBBIO, N.: “Algunos argumentos contra el derecho natural” en *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Pontifica Taurus, Madrid, 1966, pp. 224-225.

⁸¹ Cf. PRIETO, L., *op. cit.*, p. 322.

⁸² JIMÉNEZ CANO, R.M.: “Positivismos ideológico e ideología positivista en Norberto Bobbio: precursor del positivismo ético” en el Seminario *Figura y pensamiento de Norberto Bobbio*, UC3M, Madrid, 2009.

⁸³ Cf. PERELMAN, CH., *op. cit.*, pp. 169-172.

⁸⁴ Postulados similares, que no iguales. Para estos autores la ley sigue siendo el eje fundamental en torno al cual gira el ordenamiento jurídico. Cf. PECES BARBA, G.: “Sobre el positivismo jurídico” en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 85.

derecho se basa en la tradicional tesis de fuentes sociales del derecho (la autoridad competente promulga normas que son de obligado cumplimiento gracias a la legitimación que tiene la autoridad, no la norma en sí por su contenido). Sin embargo, excepcionalmente el sistema jurídico puede incorporar normas sustantivas de carácter moral que representan criterios de validez de las normas (junto con aquellos que legitiman a la autoridad competente) y de enjuiciamiento de las conductas. Como vemos los problemas para la concepción inicial del iuspositivismo son cada vez mayores: los contenidos materiales van acercándose⁸⁵ decididamente a la norma fundamental del sistema, que ya no es capaz por sí misma de mantener la legitimidad del sistema. De esta manera, la diferencia con el iusnaturalismo se va volviendo cada vez más difusa. Sin embargo, este hecho era inevitable: un derecho que en modo alguno se referenciase a un concepto de justicia (independientemente de cuál fuese este) reduciría el derecho a puro formalismo, sin ponerlo en contacto con la realidad social a la cual, en principio, sirve. De todas formas, conviene puntualizar que estos autores no consideran que estos contenidos morales sean derecho por sí mismos, sino que entran a formar parte del ordenamiento jurídico a través de las diferentes fuentes formales previstas⁸⁶.

Como se puede comprobar, los positivistas a lo largo del s. XX han intentado dar respuesta a los problemas éticos que su propio modelo planteaba, con un éxito más bien discreto. La exigencia de una separación entre derecho y moral⁸⁷ aboca a un sistema normativo en el que no hay posibilidad de cuestionar los contenidos materiales, el cual está condenado al fracaso. Hará falta una nueva corriente iusfilosófica, la hermenéutica, que sortee dichas dificultades reconociendo el valor de la justicia casuística en el derecho, frente a las tradicionales pretensiones de universalidad que, de una u otra forma, iusnaturalismo y iuspositivismo buscaban.

⁸⁵ PECES BARBA, G., *op. cit.*, pp. 83-86.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 84-85.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 85.

3. JUSTICIA(S) Y HERMENÉUTICA

3.1. El agotamiento del iuspositivismo y del iusnaturalismo

Como hemos visto en el apartado anterior, el iuspositivismo poco a poco había ido convirtiéndose en una ciencia cada vez menos ciencia, menos cierta⁸⁸, cuando precisamente era esa la virtud de que tanto se jactaba. La rigurosidad del iuspositivismo le empujaba a renegar de aquello que tantas veces pasaba: la interpretación acababa, de una u otra forma, creando Derecho⁸⁹. La ley se mostraba en la práctica (y se muestra) insuficiente, y así, el recurso a principios jurídicos se convierte antes que en la excepción, en la regla⁹⁰. Por otra parte, tanto en el positivismo como en el iusnaturalismo racionalista los juristas, y muy especialmente el juez, se habían convertido en meros burócratas cuya actuación era mecánica⁹¹, que en no pocas ocasiones, y con el pretexto de no *traicionar* al sistema, dictaban sentencias que, siendo legales, eran materialmente injustas⁹².

Por su parte, el iusnaturalismo, relegado desde hace tiempo a un segundo plano, al igual que el iuspositivismo cometía el error de buscar el derecho fuera del sujeto y su situación concreta. De esta forma, mientras los iuspositivistas se jactaban de haber superado las confusiones del pasado y los iusnaturalistas se consolaban atendiendo a sus verdades profundas⁹³, el problema sobre la justicia seguía tan latente como al principio.

Queda claro que iusnaturalismo y iuspositivismo se centran en exceso en *qué* se interpreta o, en el mejor de los casos, en *quién* interpreta. La hermenéutica pondrá el peso en *qué supone* para el intérprete y la parte enjuiciada el interpretar⁹⁴, y de esta forma la interpretación pasará a ser creación, configuración de una realidad dinámica, y con ello,

⁸⁸ OLLERO, A.: “Hermenéutica o metodología” en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, 2ª ed., Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 159.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 166.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 177.

⁹¹ KAUFMANN, A.: “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica” en *Hermenéutica y Derecho*, Comares, Granada, 2007, p. 142.

⁹² Cf. GRANDE, M.: “En busca de la ética en la Filosofía del Derecho Hermenéutica”, *Bajo Palabra*, nº12 (2016), p. 105, p. 109.

⁹³ HART, H., *op. cit.*, p. 231.

⁹⁴ Cf. GRANDE, M.: *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 18.

devendrá ontología. El Derecho será entendido como un proceso vivo y dinámico, inaprehensible por completo e íntimamente ligado a la existencia humana.

3.2. La interpretación creadora de la Hermenéutica

Pese a la dicotomía entre cientifismo (iuspositivismo) y moralismo (iusnaturalismo), ambas corrientes iusfilosóficas coinciden en una visión estática de la verdad. Para el iusnaturalismo ésta suele ser inmutable y trascendente. Para el iuspositivismo es, simplemente, la positivizada en el ordenamiento jurídico en un momento y lugar dados. Por esto resulta rompedor que la hermenéutica se nos presente no como iusfilosofía *descubridora* de la verdad, sino como *creadora* de una parte de la verdad, que es inagotable⁹⁵ y se crea (y sólo así se descubre) constantemente. Consecuencia de lo anterior es el carácter eminentemente práctico de la hermenéutica⁹⁶. Asumida la imposibilidad de acceder a una hipotética verdad única, los esfuerzos se concentrarán en desvelar la parte de la misma presente en lo real, el aquí y el ahora. La incardinación del sujeto en sus circunstancias de tiempo y lugar tomarán un papel central; la verdad ya no será un constructo trascendente y etéreo, sino una realidad *hic et nunc*⁹⁷. Todo ello ocurrirá en detrimento de la carga filosófica de esta corriente iusfilosófica⁹⁸. Se puede considerar que la Hermenéutica es la primera iusfilosofía en asumir sin complejos su condición de ciencia social, desistiendo de un camino fútil cual es intentar demostrar que la lógica y metodología de las ciencias naturales son aplicables al comportamiento y pensamiento humanos. El fenómeno humano es único y desde hacía tiempo reclamaba el reconocimiento en el derecho de esa unicidad.

Al renegar de esa verdad absoluta a la que, de una u otra forma, iusnaturalismo y iuspositivismo aspiraban, la hermenéutica se ve obligada a recolocar el método⁹⁹,

⁹⁵ Cf. OLLERO, A., *op. cit.*, p. 182.

⁹⁶ Cf. GRANDE, M.: “En busca de la ética en la filosofía del derecho hermenéutica”, *art. cit.*, p. 105.

⁹⁷ Cf. GRANDE, M.: *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁹⁸ Cf. OLLERO, A., *op. cit.*, p. 160.

⁹⁹ Rodríguez Puerto llega a calificar de “engañosa” a la metodología. No obstante, posteriormente reconoce la importancia del método, pese a no ser ya central. Cf. RODRÍGUEZ PUERTO, M.J.: “Métodos de interpretación hermenéutica y derecho natural”, *Dikaion*, Universidad de La Sabana, Colombia, 2011.

restándole el peso que había tenido hasta entonces. Los iusfilósofos hermeneutas entienden que la realidad no se puede aprehender con un método¹⁰⁰; la realidad es más compleja, y por ello necesita de un componente humano de que el mecanicismo positivista carece por completo. Antes de entrar en la cuestión de fondo (el proceder de la hermenéutica), explicaremos las dos principales causas que motivan la reubicación del método.

La primera de estas causas es el rechazo, o al menos atenuación, del dualismo metódico kantiano que separa tajantemente el ser del deber ser¹⁰¹. La unicidad y unidad de la realidad es innegable, la realidad siempre *es*, pues el *deber ser* nunca se consume como tal. Se lleva a cabo así “la instalación del derecho en la realidad existencial”¹⁰².

Por otra parte, y derivado parcialmente de lo anterior, la ley se muestra como insuficiente. El rechazo del dualismo ser-deber ser pone de manifiesto que la ley debe considerarse parte del ser que acontece, pero como tal resultará insuficiente para captar toda la realidad (o al menos una parte significativa de la misma). Algunos autores reducen incluso el papel de la ley a mera posibilidad, negando así su participación de la realidad¹⁰³. Sea como fuere, esto no es un fallo de la ley, sino que forma parte de su misma esencia: la ley, por razones obvias¹⁰⁴, es incapaz de abarcar todas las posibilidades de la realidad.

La cuestión que surge tras aceptar lo anterior es cómo materializar el derecho, si la ley apenas ayuda a ello. Y es aquí donde la hermenéutica nos ofrece respuestas. El papel del juzgador al analizar un supuesto no se limita a encajarlo en el supuesto de hecho de un texto. Tampoco siquiera llegar a la representación mental de lo acaecido es suficiente¹⁰⁵. El juez debe conformar el derecho en el caso concreto, debe *crear* parte de la norma jurídica en el caso concreto¹⁰⁶. Así, la norma jurídica en la hermenéutica, al contrario que en el

¹⁰⁰ Cf. RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., *ibidem*.

¹⁰¹ KAUFMANN, A., *op. cit.*, p. 134.

¹⁰² Cf. GRANDE, M.: *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰³ KAUFMANN, A., *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁴ Nos referimos aquí especialmente a su carácter de general.

¹⁰⁵ Cf. GRANDE, M.: “En busca de la ética en la filosofía del derecho hermenéutica”, *art. cit.*, p. 108.

¹⁰⁶ KAUFMANN, A., *op. cit.*, p. 142.

iusnaturalismo y el iuspositivismo, no se concibe como completa y acabada¹⁰⁷; su aplicación supone “desvela[r] incesantemente el ser”¹⁰⁸. La justificación lógica¹⁰⁹ detrás de esto está en uno de los rasgos elementales configuradores de la ley, a saber, su materialización: mientras que en el texto oral el mensaje es muy claro (pues no solo se transmite a través de palabras, sino de gestos, entonaciones, pausas, etc.), no ocurre así con el texto escrito. Éste último es algo inacabado¹¹⁰, es antes que un mensaje unívoco, un proyecto de contenido¹¹¹. El texto nunca puede ser comprendido por sí mismo, y “para poder conocerlo se necesita siempre una *precomprensión o prejuicio*”¹¹². De esta forma el intérprete del derecho, hasta este momento considerado como puro autómatas, tendrá la *obligación* de crear el derecho, contando con la guía de la ley, pero siendo su responsabilidad gran parte de la construcción de la norma jurídica en el caso concreto. El texto ya no será exclusivamente de quien lo escribió, sino también (y mayormente incluso) de quien lo lee¹¹³. Es, en fin, decidir *en* justicia sobre el caso concreto planteado.

El instrumento con que cuenta el intérprete del derecho para esta tarea es la anticipada precomprensión y el sentido que ésta encierra. La ley como tal es mero texto, pero aquellos a quienes va dirigida son capaces de ver más allá de las palabras textuales, y son capaces de comprender los valores subyacentes a la ley. Estos valores dotarán a personas, relaciones y bienes una específica cualidad que es captable no a través de conceptos, sino de intuiciones. Es responsabilidad del intérprete materializar esa sospecha que tiene sobre ese “plus” del texto que no tiene reflejo material¹¹⁴. Evidentemente el

¹⁰⁷ Opina Ollero al respecto que “el texto legal se compone de (...) símbolos opacos que portan un “doble sentido”: el literal y el existencial: ello les lleva siempre a decir más de lo que dicen, y a no terminar nunca de decir”. OLLERO, A., *ibidem*, p. 180.

¹⁰⁸ Cf. OLLERO, A., *op. cit.*, p. 170.

¹⁰⁹ Como se podrá apreciar a continuación, la lógica en la hermenéutica no es una lógica científica como la que hemos ido viendo hasta ahora. Se trata más bien de una lógica intuitiva, de un “tiene sentido” interno.

¹¹⁰ Afirma Rodríguez Puerto que “el ser textual del Derecho es un ser *in fieri* nunca acabado y en permanente transformación”. Cf. RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., *op. cit.*, *passim*.

¹¹¹ Cf. OLLERO, A., *op. cit.*, p. 169.

¹¹² KAUFMANN, A., *op. cit.*, p. 141.

¹¹³ Cf. GRANDE, M.: “En busca de la ética en la filosofía del derecho hermenéutica”, *art. cit.*, p. 102.

¹¹⁴ Cf. OLLERO, A., *op. cit.*, p. 160, p. 176.

carácter de la ley ya no será imperativo como hasta ahora: la ley habrá de ser seguida por cuanto se refiere a un sentido, pero la mayor parte de la desvelación del mismo corresponderá a quien lo aplica, y no al texto o a la aplicación de cualesquiera otros criterios de interpretación que hasta el momento se habían empleado. Esta solución parece que acabaría abocando al relativismo, pero ello no es así. El sentido no emana graciosamente del individuo; el sentido se da “junto con otros, en un contexto social, en una tradición cultural”¹¹⁵. La intuición que guía al juez no es impulsiva (quizá sí en forma, pero no en fondo); se trata de una reflexión profunda sobre las implicaciones que todos los elementos del caso *representan*: “el sujeto decide desde la alteridad y para la alteridad”¹¹⁶. De forma más visual, podríamos decir que el sentido es aquello que, al releer un libro años más tarde después de una primera lectura, nos hace sorprendernos al descubrir nuevos contenidos. Es el conocimiento creador de *parte de* la realidad humana.

La alteridad es otro punto importante a la par que conflictivo en el desarrollo de la hermenéutica. De un lado se da una relación de configuración y nutrición mutua y recíproca entre el sujeto interpretador y el objeto interpretado, de tal forma que el sujeto sólo puede comprender el objeto a partir de su precomprensión y sentido sobre el mismo, pero a la vez el objeto sólo puede ser comprendido *hic et nunc* gracias al “extra” que pone el intérprete sobre aquel¹¹⁷. Obsérvese que esta relación, antes que de circularidad, es de “espiralidad”¹¹⁸ expansiva (de ahí que el derecho esté en constante evolución), pues tanto sujeto como objeto crecen en esta relación¹¹⁹. De otro lado, la alteridad también se manifiesta en la relación entre el sujeto que interpreta y el colectivo a quien se dirige la interpretación (la sociedad): el intérprete realiza su labor a partir de un sentido cuyo contenido no emana propiamente de él, sino que es un constructo colectivo; ello no implica, sin embargo, que el intérprete deba entregarse a la (frecuentemente peligrosa) opinión de la mayoría, pues ese

¹¹⁵ GRANDE, M.: *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 29.

¹¹⁷ KAUFMANN, A., *op. cit.*, p. 141.

¹¹⁸ Cf. GRANDE, M.: *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁹ Miguel Grande destaca cómo “el sujeto se comprende mejor cuando comprende a otro”, cómo en la alteridad se encuentra, paradójicamente, una de las claves de la autocomprensión. (Cf. GRANDE, M.: “En busca de la ética en la filosofía del derecho hermenéutica”, *art. cit.*, p. 106.)

sentido, aunque configurado colectivamente, es también sentido creador y por tanto, indomable y único en cada sujeto (aunque sí susceptible de control, como veremos seguidamente, para no condenar al sistema a un decisionismo insoportable). De esta forma, el abismo de la subjetividad hermenéutica es una realidad con la que hay que lidiar necesariamente si aspiramos a lograr la justicia en el caso particular¹²⁰. El dinamismo de las decisiones es una característica estructural de todo ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de la Hermenéutica.

Por último, y volviendo al punto del que partíamos, se hace necesario buscar un nuevo emplazamiento para el método. Para la hermenéutica, el método antes que ser previo, será final. Así, no será el responsable de ayudar al intérprete a llegar al derecho, sino que se encargará de justificar *cómo* el intérprete ha llegado al derecho. En esta línea, en opinión de Rodríguez Puerto, Esser considera que esta nueva racionalidad no metódica de la hermenéutica demanda como *controles*, de un lado la corrección material del resultado y de otro, el encaje de la solución en el derecho positivo¹²¹, siendo este encaje *a posteriori*. Todo esto es coherente con el abandono de la estructura ser-deber ser impuesta por el dualismo metódico kantiano.

3.3. Síntesis del pensamiento de la Filosofía del Derecho Hermenéutica

De todo lo expuesto anteriormente no resultará extraño concluir que la Filosofía del Derecho Hermenéutica no concibe la justicia y el derecho como algo completo *a priori*. Como bien apunta Kaufmann, “el derecho correcto no se da como una entidad o como un *estado* que quepa encontrar acabado, sino que más bien *acaece históricamente* en un *proceso* que no llega nunca a su fin”¹²². Esto supone un cambio de paradigma radical respecto al iusnaturalismo y al iuspositivismo, que cuentan con la existencia de una justicia *preexistente*. Mientras que la justicia en el iusnaturalismo y en el iuspositivismo se *descubre* (de una forma elaborada en el iusnaturalismo; de una forma simple y silogística en el iuspositivismo), en la filosofía del derecho hermenéutica se *construye*. Es por esto por

¹²⁰ Cf. GRANDE, M.: *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, *op. cit.*, p. 34.

¹²¹ Cf. RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., *op. cit.*

¹²² KAUFMANN, A., *op. cit.*, p. 137.

lo que, mientras que las iusfilosofías del pasado no admitían cuestionamiento a sus postulados materiales, la hermenéutica sí que lo acepta, pues “no hay nunca decisiones jurídicas incuestionablemente correctas”¹²³. Así pues, se niega la existencia de lo apodíctico.

Por último, a continuación, expondremos las principales críticas que, incluso desde las propias filas de la Filosofía del Derecho Hermenéutica, se han vertido contra la misma.

El primero y más evidente de los riesgos que se plantean es que la norma pase a ser una mera justificación que sirva de enmascaramiento de decisiones arbitrarias¹²⁴. Esto sería una suerte de fraude de ley con los términos alterados. En nuestra opinión, la solución a este problema pasaría por replicar en la relación entre sentencia y ley la relación de “espiralidad” ya comentada anteriormente. De esta forma, el sentido de la ley contribuiría (como parte del contexto del juzgador) a inspirar la sentencia, que posteriormente encontraría justificación en esa misma ley, cuyo contenido a la par acrecentaría por medio del derecho judicial.

La segunda crítica recurrente contra la filosofía del derecho hermenéutica es la falta de *una verdad*. Iusnaturalistas y positivistas encuentran sobrecogedora la idea de no tener una verdad que sirva de criterio para la corrección (o falta de la misma) del derecho¹²⁵. Sin embargo, esto que otros ven como un defecto, la hermenéutica lo acepta como parte esencial del derecho, que se basa necesariamente en la existencia humana¹²⁶, no siempre cierta y clara. Esto, antes que ser un defecto, es una condición estructural del sistema de derecho hermenéutico; es hora de superar la visión pueril de un mundo perfecto caído en desgracia cuya idealidad puede ser restablecida (lo cual no obsta para aspirar a él).

Una tercera crítica frecuente incluso entre autores cercanos a la Filosofía del Derecho Hermenéutica (entre otros, Zaccaria y Viola) es la conocida como “posición romántica”, en la cual el sentido del intérprete podría ir mucho más allá de la ley para llegar a la solución

¹²³ *Ibidem*, p. 137.

¹²⁴ Cf. OLLERO, A., *op. cit.*, p. 195.

¹²⁵ KAUFMANN, A., *op. cit.*, p. 136.

¹²⁶ Ver nota 115.

justa. Larenz, que pese a no ser hermeneuta ha estado hasta cierto punto influido por la Hermenéutica, rechaza enérgicamente la idea de que el método quede relegado a mero instrumento de justificación de una decisión previamente tomada sin el mismo. Como apunta Rodríguez Puerto, para Kaufmann el riesgo de una subjetividad extrema (que es lo que realmente preocupa a los autores mencionados anteriormente) queda neutralizado por el hecho de que el sentido individual está, en una medida considerable, influido por el grupo y el consenso¹²⁷. Parece que de lo dicho por Kaufmann podría deducirse que un consenso no formalizado posterior se impone a un consenso formalizado (la ley) anterior; por ello, consideramos oportuno hacer un añadido. No solo es la cualidad de *compartido* lo que hace del sentido del juzgador algo irreprochable jurídicamente. En ocasiones, el intérprete, por el sentido que se halla en él, será *más* capaz que el grueso de la sociedad de llegar a soluciones justas. Esto, sin embargo, nos lleva a otro problema de difícil solución: ¿qué personas están dotadas de ese sentido que ha de traernos el progreso humano en más amplio sentido? Porque incluso en el supuesto de que todos estemos dotados con dicho sentido, ¿qué cualificaría entonces a unos para regir sobre otros? No menos importante, de otro lado, sería determinar la responsabilidad del juzgador dotado de sentido que, sin embargo, no desempeñó su función de decidir correctamente.

Sea como fuere la respuesta que se dé a estas cuestiones, ésta debe ser satisfactoria desde un punto de vista práctico, pues la praxis está en la esencia de la hermenéutica. Los tiempos de la especulación deben pasar a formar de una vez parte del pasado, y para ello las sociedades deben demostrar capacidad y valentía a partes iguales.

¹²⁷ Cf. RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., *op. cit.*

CONCLUSIONES

Las conclusiones que podemos extraer del presente trabajo son:

1. El iusnaturalismo es una corriente iusfilosófica que ha llevado a cabo elaborados intentos por descubrir una verdad profunda (siempre con la idea de realización de la justicia como objetivo). Sin embargo, ésta nunca ha terminado de aparecer *clara y distintamente* como única. Los diferentes intentos de llegar a una existente y (según ellos) completa verdad se han demostrado inestables a lo largo del tiempo, dependiendo excesivamente de las condiciones de la época en que fueron formuladas. En consecuencia con lo anterior, si hay que hacer una crítica al iusnaturalismo es que éste, paradójicamente, se ha mantenido muy alejado de la realidad a la que se supone debe servir y de la que claramente emanaba. Relacionado en cierto modo con lo anterior será la difícil legitimación del derecho en un *teórico* Estado iusnaturalista (lo cual es fácilmente apreciable en el hecho de que ninguna sociedad moderna a día de hoy sigue los postulados iusnaturalistas): si una ley natural prima sobre la ley positiva, *de facto* aquel que, en su caso (nada infrecuente), se arrogue el poder de desvelarla será único legislador (tiránico en el peor de los casos, incluso) del mencionado Estado. No obstante lo anterior, no todo es negativo en el iusnaturalismo: el no renunciar a una idea de la verdad y la intención de dar con ella influirá positivamente en otras corrientes. Así, el positivismo se verá forzado a reconsiderar sus afirmaciones una vez demostrado por la historia el potencial destructivo del ser humano, y la hermenéutica integrará en su proceder esta prosecución de la verdad (con matices, como ya se ha indicado en anteriores capítulos del trabajo). Por último, conviene advertir al lector de que la noción aquí esbozada de iusnaturalismo obvia muchas de las *subespecies* de iusnaturalismo que ha habido a lo largo de la historia, centrándose en las más relevantes.
2. El iuspositivismo, por su parte, y siendo puristas (que debemos serlo), no ha conseguido sus objetivos de reflejar fielmente la realidad jurídica. Curiosamente, han confundido el ser y el deber ser (que tanto se jactan de haber superado): en su opinión el derecho viene constituido por aquello que emana de las fuentes formales competentes para elaborar el mismo. Sin embargo, se olvidan en esta formulación del componente

humano nada desdeñable que representa la creación normativa por parte de jueces. Han considerado que su idea del deber ser se correspondía perfectamente con el ser, cosa que en absoluto ha ocurrido. Igualmente, y no por ello menos importante, se olvidan por completo de la *necesidad* que el humano tiene de la justicia. La conocida frase de Goethe *Ich will lieber eine Ungerechtigkeit begehen als Unordnung ertragen* (“prefiero la injusticia al desorden”) no es una máxima universal aplicable en cualquier caso. Conviene considerar que en ocasiones quizá proceda soportar cierto grado de desorden a cambio de obtener como recompensa un plus de justicia. Pese a lo anterior, no se puede negar la enorme aportación que esta teoría ha hecho al derecho: gracias al positivismo a día de hoy la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de países desarrollados pueden presumir de tener más que razonables grados de seguridad, plenitud y coherencia. Igualmente relevante podemos considerar la fuerte legitimación de que goza este sistema en cualquier sociedad avanzada: para gente con cierto nivel educativo básico es fácil entender conceptos tales como imperio de la ley o Estado de Derecho, y respaldar de esta manera el ordenamiento jurídico (como se ha visto anteriormente y se verá seguidamente, esto no ocurre en las otras corrientes iusfilosóficas).

3. La Filosofía del Derecho Hermenéutica, de las corrientes planteadas, es la única que acepta la imperfección estructural de la comprensión que el ser humano tiene de la realidad, tanto a nivel trascendente (la verdad ideal no existe como tal, es algo en constante elaboración) como a nivel humano (la justicia humana es, siempre y en todo momento, imperfecta, incompleta). Probablemente sea éste el gran aporte de la Filosofía del Derecho Hermenéutica a la cuestión, la integración en un sistema de la falibilidad propia del mismo (supone aceptar de una vez por todas y con todas sus consecuencias el *errare humanum est*), la configuración de un sistema de carácter existencial, y no esencial como aquel presente en el iusnaturalismo y (en menor medida) el positivismo. Sin embargo, esta corriente iusfilosófica no está exenta de problemas: los términos que emplea en torno a la aplicación del derecho (precomprensión, sentido, círculo hermenéutico, etc.) esconden mucha más profundidad de la que a priori pudiéramos pensar (como se avanzó en la introducción de este texto).

Ello no solo plantea un problema de cara a la formación de los futuros aplicadores del derecho (que antes o después se adaptarán a los cambios), sino que plantea el problema de la legitimación del sistema. ¿Cómo una sociedad va a aceptar la imposición de sentencias que vayan contra su sentido de justicia? (recordemos en este punto que dicho sentido no se debe a la colectividad; es un sentido subjetivo que se confronta y está abierto a la comunidad, pero no se somete a ella).

4. Como punto final al presente trabajo, nos gustaría destacar el carácter revolucionario que *potencialmente* tiene la Filosofía del Derecho Hermenéutica dentro de la filosofía del derecho. Hasta ahora el derecho o bien se ha centrado en atender supuestas verdades profundas a las que rara vez llegaba de forma satisfactoria (iusnaturalismo) o bien ha presumido de dejar atrás un pensamiento *anacrónico*, atendiendo a lo único útil del derecho, la ley (en sentido amplio) positiva, pero obviando el funcionamiento de la realidad. La hermenéutica se erige en este punto como iusfilosofía elevada sobre las otras dos concepciones, radicalmente diferente. A partir de ahora procederá buscar la consecución de un ideal de justicia (como siempre se ha hecho y siempre se hará), pero ello no condenará al derecho a ser una “ciencia” especulativa que al final no llega a la práctica. La praxis hermenéutica *impone* la obligación de *realizar* la justicia. Y es que tanto iusnaturalismo como iuspositivismo, pese a sus intentos de diferenciarse mutuamente la una de la otra, caían en el mismo error: en la consideración de que la justicia (algo puramente humano) venía dada de una u otra forma, y el hombre solo tenía que buscarla, descubrirla o, en el peor de los casos, positivarla y entregarse a ella. La Filosofía del Derecho Hermenéutica, de esta manera, pondrá al hombre en el centro de su propia existencia, enfrentándole al imponente a la par que satisfactorio reto de desvelar la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, N.: “Algunos argumentos contra el derecho natural” en *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Pontifica Taurus, Madrid, 1966.

DE AQUINO, T.: *Suma de Teología*, Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, 4ª edición, Madrid, 2001. WELZEL, H.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005.

GARCÍA AMADO, J.A.: “Hablando de Kelsen con Delgado Pinto” en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006.

GRANDE, M.: *Justicia y Ley Natural en Baltasar Gracián*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid, Madrid, 2001.

-, “En busca de la ética en la Filosofía del Derecho Hermenéutica”, *Bajo Palabra*, nº12 (2016).

-, *Filosofía del Derecho Hermenéutica*, Tecnos, Madrid, 2018.

HART, H.: *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

HOBBS, T.: “De la condición natural del género humano, en lo que concierne a su felicidad y a su miseria” en *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1940.

JIMÉNEZ CANO, R.M.: “Positivismo ideológico e ideología positivista en Norberto Bobbio: precursor del positivismo ético” en el Seminario *Figura y pensamiento de Norberto Bobbio*, UC3M, Madrid, 2009.

KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, NoBooks, Valencia, 2017.

KAUFMANN, A.: “Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho, Dogmática jurídica” en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Editorial Debate, Madrid, 1992.

-, “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica” en *Hermenéutica y Derecho*, Comares, Granada, 2007.

KELSEN, H., “Justicia y Derecho Natural” en *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Política Taurus, Madrid, 1966.

-, *Teoría pura del derecho*, 12ª ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1974.

LOCKE, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, 3ª edición, Porrúa, México D.F., 2003.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, J.: *Introducción a la filosofía del derecho contemporánea*, Universidad de Murcia, 2005.

OLLERO, A.: “Hermenéutica o metodología” en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, 2ª ed., Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.

PASSERIN D’ENTREVES, A.: “El derecho natural” en *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Política Taurus, Madrid 1966.

-, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson University Library, Londres, 1967.

PECES BARBA, G.: “Sobre el positivismo jurídico” en *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 1999.

PERELMAN, CH.: “La idea de justicia en sus relaciones con la moral, el derecho y la filosofía” en *Crítica del Derecho Natural*, Biblioteca Pontifica Taurus, Madrid, 1966.

PRIETO SANCHÍS, L.: *Apuntes de teoría del Derecho*, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2014.

RODILLA, M.A.: “Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 1985.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.: *Historia del pensamiento jurídico*, 5ª edición, Universidad Complutense, Madrid, 1984.

RODRÍGUEZ PUERTO, M.J.: “Métodos de interpretación hermenéutica y derecho natural”, *Dikaion*, Universidad de La Sabana, Colombia, 2011.