



¿QUÉ VALORES DEFIENDEN LOS IUSNATURALISTAS?

MILAGROS OTERO DE PARGA

1. Introducción

El intento de definición del Derecho es uno de los problemas que preocupa a la ciencia jurídica desde tiempo inmemorial. Parece que es necesario definir algo a fin de que el estudio de su objeto se considere científico. Asumida esta premisa, en torno al intento de definición se han agrupado multitud de juristas de todos los tiempos. Todos ellos pretendieron aportar algún elemento distintivo claro y rotundo que por lo mismo pudiese configurar una definición de derecho que no pudiese ser contestada. Todos estos intentos resultaron al fin y a la postre vanos porque el término “derecho” no es un término unívoco sino “equivoco”. Y por lo tanto las definiciones que pueden producirse, que de hecho ya se han producido a lo largo del tiempo, pueden ser tantas como definidores. Y es más, todas ellas pueden ser correctas si las consideramos desde el punto de vista de quien las emplea.

Este hecho produjo en algún momento histórico, especialmente en el siglo XIX, una gran desazón. Parecía que un saber en relación con el cual no era posible alcanzar una definición no podía ser, por lo mismo, científico. Y todo saber del cual no pudiera predicarse la consideración de científico era de inferior categoría. Un simple divertimento en el que pasar el tiempo dedicado al estudio contemplativo, pero no un verdadero saber. Estas consideraciones, junto con las consecuencias que producían de infravaloración del conocimiento jurídico, incitaron si cabe con mayor intensidad, la necesidad de encontrar definiciones universales o universalizables. Vano intento de nuevo. Personalmente entiendo con Celso, el célebre jurista romano





recogido en el Digesto que el derecho más que una ciencia es un arte “ars boni et aequi”,¹ y como arte de lo justo y de lo equitativo puede ser definido. No obstante soy consciente de que esa definición no es suficiente para los afares científicistas. Precisamente por eso los juristas siguen buscando en la actualidad definiciones de Derecho que satisfagan la necesidad que sienten algunos de encerrar el saber dentro de los límites de unas palabras.

No obstante lo dicho, lo cierto es que definir siempre es útil en sí mismo y no una tarea estéril tal y cómo opinan aquellos que defienden que por lo que al derecho se refiere, lo verdaderamente importante es lograr su efectiva realización y no malgastar el tiempo en tratar de definirlo. Para lograr la realización de algo es preciso amarlo, y para amarlo es necesario conocerlo, y para conocerlo, es útil tratar de definirlo. Esta utilidad de la que hablo se muestra con mayor intensidad en el caso de la definición del término “Derecho” puesto que cada autor es deudor de la escuela jurídico-política y filosófica a la que pertenece. De manera tal que nunca daría la misma definición de derecho un iusnaturalista, que un positivista, que un realista, un sociólogo etc. Ni dentro de estos grupos genéricos, cada escuela más concreta.

En este sentido no es a mi juicio aventurado afirmar que de las definiciones de derecho, ley y justicia, es posible extraer la filiación de cualquier jurista. Y así debe ser entiendo, porque éstos tres conceptos son los troqueles fundamentales que determinan y moldean en sus incontables combinaciones el ser único e irrepetible de cada ser humano jurista.

Precisamente por eso es importante que cada jurisconsulto se cuestione sobre estos conceptos, a fin de tratar de conocerse a sí mismo, antes de darse a conocer a los demás. Cada persona en uso de su libertad, puede y debe tomar sus propias decisiones y vivir de acuerdo con ellas, pero para poder hacer esto de la forma más adecuada, es preciso ser consciente de su presente y de la importancia que tiene su pasado en la configuración del mismo. El futuro se dará por añadidura, pero siempre es fruto de las vivencias y experiencias de cada cual. Los caminos a elegir en el Derecho, como en la vida, son muchos. Pero

¹ *Digesto*, 1, 1, 1, dice que “conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de dónde deriva el término *ius*, o derecho. Es llamado así por derivar de *justicia* pues como elegantemente define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y lo justo”.





creo que por respeto a uno mismo y a los demás, es preciso conocerlos y asumirlos.

Desde este punto de vista yo soy iusnaturalista, formada y en formación en una escuela iusnaturalista bajo la dirección del Prof. Puy. Esta escuela hunde sus raíces más profundas en el pensamiento tradicional del iusnaturalismo clásico. Pero no está anquilosada, sino viva y en constante movimiento. No vivimos del pasado rechazando el presente y olvidando el futuro sino que, por el contrario, buscamos nuevas vías de conocimiento, nuevas posibilidades de estudio que sirvan mejor al entendimiento entre los seres humanos en la búsqueda de la justicia.

Y he dicho que soy iusnaturalista con una opción moderada, abierta y no excluyente. Por eso creo que debo ahora explicar qué significa esta afirmación. Es decir ¿qué significa ser iusnaturalista? O dicho de otra manera ¿qué rasgos identificativos distinguen a un iusnaturalista de un jurista que no lo es? La respuesta no es fácil. Creo que es bastante complicada pero trataré de darle alguna solución a lo largo de las páginas que siguen.

2. Iusnaturalismo versus positivismo. Una lucha secular

Es habitual que se trate de aprehender la historia de la Filosofía jurídica, o al menos de un cierto período de la misma, a través de la oposición iusnaturalismo iuspositivismo. O dicho de otra manera, muchos estudios del derecho se esfuerzan en tratar de comprender la evolución del mismo reduciéndolo en gran parte a dos concepciones opuestas sobre el mismo. Las de los llamados iusnaturalistas, frente a las de los iuspositivistas. En una primera aproximación al tema y con el objeto de situarlo, podríamos decir que los primeros, es decir los iusnaturalistas, entienden que el derecho es un fenómeno social basado en la naturaleza humana,² que trata de organizar la vida de

² Cuando decimos “naturaleza humana” no entendemos por supuesto todo lo que espontáneamente se le pueda ocurrir o incluso apetecer a cada ser humano sino como dice José Corts Grau, *Curso de Derecho Natural*, 4^a ed., Editora Nacional, Madrid, 1970, p. 259, “la naturaleza humana es fundamentalmente racionalidad y libertad”. De manera tal que las referencias a la naturaleza están siempre en relación con la esencia misma del ser humano, y con su tendencia hacia la búsqueda de la justicia y del bien común, y no con los simples caprichos.





los seres humanos en sociedad, persiguiendo unos valores. La base sobre la que se asienta esta organización es la naturaleza humana y por eso el Derecho no lo crea el poder político sino que éste sólo lo reconoce, porque es previo a su propia existencia. El poder político debe positivizar las reglas de conducta a fin de que sean realmente efectivas. Pero nada más.

Frente a esta concepción que he expuesto de forma sucinta, los defensores del iuspositivismo opinan que el derecho está en las leyes estatales, vive en las normas jurídicas. De manera tal que todo lo que está fuera de ellas no es Derecho. Entienden que hay un orden normativo y otro moral, y el estudio de los valores, de cualquiera de ellos, corresponde a la moral, no al Derecho, si bien admiten que, algún valor concreto como la “justicia” puede ser y de hecho es adecuado que sea tenido en cuenta por las leyes. No obstante dicen, si eso no es así, se produce una ley injusta que no por eso deja de ser ley. El Derecho para los iuspositivistas es el “ser”, para los iusnaturalistas es también el “deber ser”.

Esta primera aproximación al tema resulta excesivamente obvia y por lo tanto debe ser matizada, como se hará a lo largo del presente trabajo. Sirvan estas líneas iniciales a modo de simple planteamiento.

Hoy en día existen muchas voces que entienden que el estudio de la evolución del derecho no debe situarse en una lucha (aunque solo sea dialéctica) entre iusnaturalistas y iuspositivistas porque “dentro del sistema jurídico vigente, lo natural y lo positivo suelen estar unidos, conformando conjuntamente los distintos derechos”.³ En realidad y como dice Puy, “las reglas de derecho natural son normas fundamentales, y las otras, las del derecho positivo son normas accidentales, pero unas y otras están en el mismo sitio y constituyen la misma cosa genérica: el derecho realmente vivido por las comunidades políticas humanas, cuyo elenco hace la historia del

³ Javier Hervada, *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA (Ediciones de la Universidad de Navarra, S.A.), Pamplona, 1981, p. 81. Y continúa diciendo “el arte del derecho es a la vez arte del derecho natural y arte del derecho positivo sin que quepa desglosar como dos artes o ciencias distintas...en la solución del caso concreto no hay mas que un arte, el arte de derecho, el cual utiliza en parte criterios naturales y en parte criterios positivos...la exclusiva utilización de criterios positivos conduce, de uno u otro modo, a la injusticia”.



derecho; el derecho norma, el derecho conducta y el derecho idea incardinada en los hombres”.⁴

Lo adecuado es tratar de buscar unas normas que respeten la naturaleza del ser humano y organicen la vida social de forma no solo válida sino también eficaz. Las normas jurídicas pueden ser válidas por estas legalmente constituidas, pero éstas no serán nunca eficaces si no respetan lo que el ser humano considera justo, porque está en su conciencia, en su naturaleza, moral o como se prefiera denominar. Por eso el derecho natural y el positivo deben respetarse y coayudar a fin de que el resultado social sea deseable.⁵ Tanto es así que su relación debe ser íntima a fin de que las normas positivas no encuentren obstáculos en su realización, lo cual las convertiría en simple ejercicio de la fuerza y por lo tanto inútiles.⁶

De hecho la ley natural, que se produce siempre en términos generales, necesita del concurso del derecho positivo.⁷ Lo general, lo

⁴ Más información en Francisco Puy, *Lecciones de Derecho Natural*, Dirosa, Barcelona, 1974, p. 617.

⁵ Decía de Felice en su obra *Lecciones de Derecho Natural y de gentes*, Librería de Gracia, Madrid, 1841: “He aquí el escollo en el que han chocado la mayor parte de las legislaciones humanas: porque habiendo perdido de vista las leyes naturales que no debían hacer más que comentar, han pretendido dar reglas de conducta a los hombres sacadas de su propio fondo, sin hacerse cargo de que el hombre no es susceptible de otra regla más que la que está fundada en su naturaleza, y que le conduce clara y directamente a su felicidad. El legislador sensato debe referir a sus leyes, en cuanto sea posible, a los principios de las leyes naturales, y proponerlas como consecuencias evidentes de sus decisiones siempre falibles”, pp. 339-340.

⁶ Esta misma afirmación fue realizada por R. Cepeda, *Derecho Natural*, Establecimiento tipográfico Domenech, Valencia, 1908, que en la página 11 afirma que “el enlace del Derecho Natural con todas las ramas del Derecho Positivo es también íntimo, porque todas ellas se buscan en los principios sentados por aquél, sin que pueda haber, por lo tanto, contradicción entre la ciencia del Derecho Positivo y la del Derecho Natural”. En la misma obra, más adelante afirmaba en la misma línea que “la ley jurídica positiva es dada por la libre voluntad de los hombres. Orden jurídico positivo es el formado por las leyes jurídicas positivas, y por los derechos y deberes que ellas dimanar. Es necesario que existan leyes jurídicas positivas y un orden jurídico positivo”, p. 86.

⁷ Más información en Jorge Guillermo Portela, *Derecho Natural*, Legislación ordenada S.R.L., Buenos Aires, 1985, p. 121. Y continúa diciendo que “el derecho natural y el derecho positivo forman un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo...el derecho positivo debe estar subordinado frente al derecho natural; esta subordinación a su vez implica una coordinación armónica ya que la existencia del positivo es una exigencia de la misma realidad social”.



inmutable, necesita ser concretado y cerrado para que pueda hacerse realidad palpable, y sobre todo exigible. De hecho “la asunción del deber moral de obedecer las leyes positivas no es iusnaturalista ni positivista, porque procede de la comprobación, tan antigua como el derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse si exclusivamente confía en la obediencia arrancada por el temor a las sanciones”.⁸

De lo dicho podría concluirse que la deferencia e incluso pugna ideológica entre el iusnaturalismo y el positivismo no es tan rigurosa como parece, sino que ambos son distintos modos de enfocar la realidad jurídica llamados a colaborar entre sí. Eso es cierto pero niega el hecho de que realmente hay diferencias profundas e importante entre ambos grandes grupos que pasaré a comentar. Diferencias que justifican la pregunta que nos hacemos en cuanto tratar de localizar rasgos diferenciadores entre una y otra de ambas posturas generales. Diferencias, en suma que hacen posible la afirmación antes realizada en el sentido de que un jurista pueda considerarse con razón perteneciente o no a una de estas dos grandes clasificaciones. Y desde luego entiendo que una de ellas, quizá la más importante, se concreta en el tipo de valores que ambas corrientes defienden.

Para probar mi aserto seguiré con el método tópico de mostrar posturas a favor y en contra de ambas posibilidades para tratar de dar al final una postura propia extraída del conocimiento empírico aportado.

3. La cuestión de los valores

Hasta aquí hemos presentado el ámbito del problema a tratar. Es decir, tratamos de situar el asunto en sus circunstancias concretas de tiempo y lugar. Soy consciente de que al hablar de positivismo y iusnaturalismo estoy reduciendo excesivamente los términos porque no existe un único tipo de iusnaturalismo ni de positivismo sino muchos. Sin embargo el análisis que quiero iniciar en este momento no trata de cada uno de ellos por separado. No trata de ver los rasgos que identifican cada una de estas corrientes. Tampoco trata de ana-

⁸ Más información en Eduardo García Maynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Fontamara, México, 1999, p. 18





lizar el desarrollo o evolución de estas posturas a lo largo del tiempo. Esos estudios podrían hacerse y sin duda sería muy interesante conocer los resultados que se obtendrían, pero no se trata ahora de eso. Lo que se pretende tiene otro alcance. Lo que se busca es analizar la cuestión de los valores en el ámbito de estas dos corrientes generales estudiándola de forma general sin más. No nos fijamos en el iusnaturalismo racionalista ni en la escuela positivista del derecho libre, por citar algún ejemplo. No buscamos los valores que cada una de estas opciones busca o trata de obviar. Nuestra pretensión tiene carácter general. Tratamos de determinar si existen unos valores concretos que diferencien el iusnaturalismo en general con todas sus variedades, del positivismo también general, de las distintas escuelas. Y además queremos encontrar esos valores de forma intemporal.

La pregunta que nos hacemos la consideramos pertinente, ya que no es habitual que los juristas en general se interroguen acerca de los valores. Ahora son excepción los constitucionalistas como consecuencia del actual artículo 1 de la Constitución española de 1978,⁹ y en algunos casos los penalistas, cuando se interrogan sobre la justificación de la pena. Los demás juristas suelen aceptar o rechazar las normas tal cual están redactadas, entendiendo que las mismas son simplemente pautas de conducta que regulan la vida de los seres humanos en sociedad en un momento determinado y que deben ser respetadas como tales, y siempre que estén legalmente constituidas.

Y aquí aparece la primera gran distinción entre iusnaturalistas y positivistas que creo justifica por sí misma, la totalidad del estudio emprendido. Los iusnaturalistas defienden que la ley encierra dentro de sí un problema de valores;¹⁰ y de la misma manera, que todos los operadores jurídicos están continuamente moviéndose en el mun-

⁹ El artículo 1 de la Constitución española de 1978 actualmente en vigor dice: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecha que *propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico* la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político”.

¹⁰ En este sentido son muy ilustrativas las palabras de Gustav Radbruch que en su obra *Filosofía del Derecho*, que en la traducción que hace Cabral publicada en la editorial Almedina dice en la p. 45 que “el Derecho es un hecho o fenómeno cultural, o sea, un hecho referido a valores. Así pues, el concepto de derecho no puede ser determinado, ni definido, de otra manera salvo ésta: conjunto de datos de experiencia que tiene el sentido de pretender realizar la idea de Derecho”.





do de los valores. El juez busca unos valores, distintos a su vez de los que persigue el abogado, el notario, el registrador, el legislador o el gobernante por mencionar algunos ejemplos. La labor de todos ellos tiene un contenido axiológico claro y distinto aún admitiendo que al final todos ellos converjan en un último valor común, la justicia.

Esta afirmación que hago se sustenta en las definiciones de iusnaturalistas de la historia de la filosofía jurídica que he traído a colación.¹¹ Algunos de ellos, como Recanséns, afirman que “el derecho se presenta como un conjunto de normas elaboradas y vividas por los hombres bajo el estímulo de las necesidades de su existencia colectiva y con el propósito de realizar determinados valores”.¹²

Estudiándolas puede observarse que no sólo hablan de valores en general, sino que además mencionan concretamente cuáles de entre los posibles, deben ser buscados y protegidos por el Derecho. Veamos algunas de ellas para contrastarlas con otras de marcado carácter positivista y tratar al fin de extraer algunas conclusiones.

a) Los valores y el iusnaturalismo

Antes de iniciar el repaso de algunas de las posturas y definiciones aportadas por autores iusnaturalistas, debo recordar de nuevo que la muestra es atemporal y no se refiere a ningún tipo concreto de iusnaturalismo sino a éste tomado como corriente genérica.

Con carácter general los iusnaturalistas defienden que la experiencia jurídica encierra y protege valores, o lo que es lo mismo, se cimienta sobre ellos. Por eso el jurista iusnaturalista hace más que describir la realidad: la valora, buscando formar una simbiosis perfecta entre hechos, valores y normas. De manera tal que el jurista

¹¹ Antes de mencionarlos debo aclarar que como la muestra es tan grande he hecho una selección puramente subjetiva que procura además aportar ejemplos actuales.

¹² Luis Recanséns Siches, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1986, p. 154. En esta definición podría parecer al principio, que su autor se inclina por una tendencia positivista, pero la referencia a los valores, aún sin especificar directamente cuales, es señal de que no es así. Este autor gusta de moverse en estos límites. En la misma obra, p. 159, vuelva a afirmar que “el derecho es norma, con especiales características, elaboradas por los hombres con el propósito de realizar unos valores”. Y dentro de los valores que considera que debe realizar el derecho sitúa a los clásicos de justicia, seguridad y bienestar social, p. 157.





observa la realidad, los hechos, valora los mismos así como el resultado que quiere obtener en relación con su intervención y conjugando todos estos elementos elabora una norma. La norma no es producto de la casualidad, y su contenido, menos. Responde a una demanda social y defiende unos valores concretos que pretende proteger.¹³ La realidad del derecho se ve en este caso como una experiencia jurídica y se reivindica como “la necesidad de captar el derecho en su entero desenvolvimiento desde su fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos”.¹⁴ Desde esta perspectiva se apunta a uno de los valores que persigue el iusnaturalismo, el del *pluralismo*, porque la experiencia jurídica y la forma de entender el derecho por cada uno de los operadores sociales es necesariamente plural. Y ahí está precisamente uno de sus más importantes méritos. El derecho está vivo, está en permanente movimiento porque sirve a la sociedad, que nunca se para. Y para poder hacerle el servicio adecuado, debe ser dúctil y caminar junto a los cambios sociales, analizando las distintas perspectivas y tratando de encontrar la mejor solución en cada caso.

El *pluralismo* se muestra así como uno de los valores más claros y primeros que protege el iusnaturalismo, pero no es, desde mi punto de vista el más importante. Este lugar debe ser reservado, a mi juicio, a la *justicia*. Abundando en esta idea Puy entiende que la ciencia derecho natural es la ciencia del fundamento del derecho y su objeto de estudio son la justicia, la ley y el derecho. Y a continuación define el derecho natural como “un intento de limitar de algún modo científico la arbitrariedad de los que pretenden imponer las leyes o acciones en nombre exclusivo de la fuerza física que controlan según el principio de razón suficiente práctico, a tenor del cual, una ley o una

¹³ Este esquema sintoniza bien con la teoría tridimensional de Reale expuesta en su obra *Teoría tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 72. En esta página se afirma que “hecho, valor y norma están siempre presentes y correlacionados en cualquier expresión de la vida jurídica...la correlación ente dichos tres elementos es de naturaleza funcional y dialéctica, dada la “implicación-polaridad” existente entre hecho y valor de cuya tensión resulta el momento normativo”. Pero la sobrepasa.

¹⁴ Más información en Antonio-Enrique Pérez Luño, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 41.



reivindicación no puede valer en cuanto arbitrarios, sino solo en cuanto racionalmente justificados, incluso si esta razón suficiente no suscita un acuerdo unánime o pacífico”.¹⁵ En estas palabras, aunque no se menciona expresamente el término justicia, se habla de la limitación de la arbitrariedad y del uso de la fuerza a través de la razón justificada. Es decir de una razón cimentada sobre la base de la justicia. Y a mayor abundamiento, el Profesor afirma que esto es así con independencia de que no exista acuerdo unánime o pacífico. La justicia es justicia aunque no todos lo vean así y *sensu contrario*, la injusticia es injusticia aunque pueda ser establecida coyunturalmente por una norma jurídica con rango de ley. La definición aportada es claramente valorativa y el *valor que defiende es la justicia*.

En otras obras Puy defiende otros valores en relación con el derecho natural. Lo hace utilizando su método tópico y lo sintetiza de la siguiente manera: La posición que yo defiende debe prevalecer porque está amparada por “1) el derecho que emana de la sabiduría piadosa, o 2) el derecho que crea la ciencia incrédula, o 3) el derecho que resulta de la experiencia repetida, o 4) el derecho que se desarrolla en la línea del progreso, o 5) el derecho que deriva de la dignidad de la persona humana, o 6) el derecho que brota de los grupos colectivos o sociales, o 7) el derecho que mana de las fuerzas materiales irresistibles y 8) el derecho que surge del hontanar de la moral o la ética”.¹⁶ Todos estos motivos son valores que defiende el derecho natural en sí mismo y que otorgan fuerza de convicción en una hipotética disputa argumentativa a quien los utiliza. Siempre, claro está, que sean previamente aceptados por los dos “contendientes” puesto que de otra manera pueden funcionar como “contratópico”.

No obstante el conjunto de valores presentados *creo que el de la justicia, como valor por excelencia del derecho, es el más utilizado como objeto del derecho por los juristas iusnaturalistas*. Presentaré algún ejemplo más. Ferreira da Cunha afirma que “la fuerza motora del Derecho Natural es la idea de justicia”,¹⁷ no sin antes concretar

¹⁵ Esta definición está extraída de Francisco Puy, *Lecciones de Derecho Natural*, op .cit., p. 648

¹⁶ Más información en Francisco Puy, *Tópica jurídica*, Paredes, Santiago, 1984, pp. 137-138

¹⁷ Paulo Ferreira da Cunha, *Filosofía do Direito*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 119.

que los tres elementos de la descripción del Derecho son al final simples y claros: atribuir a cada uno lo que es suyo, su cosa, por lo tanto su derecho o lo justo.¹⁸ Y continúa explicando que atribuir se refiere tanto a lo que se debe dar como a lo que no se debe otorgar; cada uno implica el arte de lo concreto; de la justicia concreta y no de lo abstracto o utópico; y lo suyo se refiere a que hay que dar cada cosa a su dueño. No se trata de una justicia vaga, puesto que lo suyo de cada uno puede ser todo lo que se refiere o interesa al ser humano y es susceptible de transacción jurídica. Lo que es de cada uno se determina por un título que debe ser interpretado por los juristas, ya que constituye su derecho.

Esta definición y las sucesivas acotaciones del profesor portugués, no son originales sino deudoras de la definición de justicia de Santo Tomás, por no por ello son menos interesantes en tanto en cuanto expresan una manera concreta de entender el derecho en general, de raigambre iusnaturalista.

También Cathrein hablaba del derecho como lo recto (rectum) y entendía que su fin primordial es la justicia,¹⁹ de manera que para él, el derecho es lo recto y lo razonable, además de lo conveniente. Y esas características coinciden con el contenido de lo que se obtiene practicando la justicia.

Otros autores, en mayor o en menor medida representativos de teorías de defensa de valores aportan contenidos axiológicos distintos. Henkel por ejemplo entiende que “el derecho no es ya una regulación de las relaciones sociales humanas porque mediante esta regulación se establezca un orden. Para que aparezca como regulación “correcta” es preciso que se cumpla una doble expectativa: 1) que esté de acuerdo con los datos previos que, provenientes del lado del ser y de la realidad, se

¹⁸ La traducción es propia.

¹⁹ Mas información en Víctor Cathrein, *Filosofía del Derecho*, 7ª ed., Reus, Madrid, 1958, pp. 73 ss. En cuanto al concepto de derecho entiende que las consideraciones hechas hasta ahora sobre ese concepto determinan tres clases de Derecho: “el derecho significa en primer término, lo que corresponde a alguien como suyo exclusivamente, y lo que a todos debemos en justicia. Significa en segundo lugar la ley jurídica (derecho en sentido objetivo) y ordena dar a cada cual lo suyo, y es la medida del derecho en su primera aceptación. Tercero, significa la facultad o poder jurídico (derecho en sentido subjetivo) que asiste a cada uno legalmente sobre una cosa o trabajo suyo. Las tres especies de derecho son entre sí distintas y no se pueden comprender bajo una definición común”, p.70

hacen sentir como “naturaleza de las cosas” y 2) que esté dirigido hacia una idea que llamamos “idea de Derecho”. Y continúa diciendo, “con la designación de “idea de Derecho” expresamos que el Derecho debe realizar ciertos valores que sobrepasan el mero momento ordenador, valores jurídicos que se expresan en la positivación del Derecho siempre que en los datos de la realidad social lo permita el material jurídico. Estos valores no existen como factores reales; como ideas valorativas de la conformación del Derecho, establecen un fin, y con ello, una tarea que ha de ser cumplida en el acto de la creación o de aplicación del derecho”.²⁰ Esa “idea de derecho” la concibe el autor como aquella que debe impulsar el derecho hacia su finalidad que es el mejoramiento del derecho positivo dentro de lo posible.

Por lo que se refiere al contenido de la “idea de derecho”, “está muy extendida la opinión de que consiste en una única tendencia de realización de Derecho, a saber: en la justicia. Pero esta concepción no es correcta; notamos a faltar en ella, dice el autor, una amplia contemplación de la cual se deduce que estamos ante diversas tendencias de la idea de Derecho; a saber ante tres tendencias fundamentales: 1) la justicia, 2) la oportunidad y 3) la seguridad jurídica”.²¹

Henkel, aunque dice que no es justicia el valor fundamental a perseguir por el derecho, en realidad lo incluye como tal dentro de la trilogía que establece, pero le añade otros dos valores efectivamente muy importantes que son la *oportunidad* y la *seguridad jurídica*.²² Con lo cual el elenco de valores que debe proteger el derecho se va

²⁰ Heinrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, pp. 489-490

²¹ Idem, p. 491

²² En el concepto de este autor la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*) y tratar lo igual de igual manera y lo distinto de manera diferente. Puede ser conmutativa, que iguala, y distributiva, que diferencia en función de méritos y capacidades. Cerca del concepto de justicia siguiendo una inspiración de corte aristotélico, se encuentra la equidad, que es la expresión de la justicia en el caso concreto. A su vez la oportunidad se refiere a la conformidad con el fin. O dicho de otra manera, a la correspondencia con los fines previamente fijados. Y por lo que a la seguridad respecta dice que este concepto cumple una función necesaria e la aprehensión y realización de la idea de Derecho, como elemento o parte integrante de la misma. Es una exigencia ideal que nunca podrá realizarse plenamente. Como certeza de orden, la seguridad jurídica se opone a la incertidumbre o al azar, así como a la arbitrariedad.

ampliando, pero siempre dentro de la idea fundamental defendida por los pensadores iusnaturalistas de que el derecho tiene que realizar valores, puesto que además de perseguirlos en sí mismos, debe asentar las bases para su efectiva realización por el ordenamiento jurídico.

De manera tal que un pensador que se considere a sí mismo como inserto dentro del grupo de los iusnaturalistas no será nunca indiferente al contenido de las leyes ni muchos menos a la búsqueda general y abstracta hacia la que tiende el Derecho. Un pensador iusnaturalista persigue fines que se concretan en valores y se traducen en normas.

Otro valor incluido dentro de este elenco y citado por diversos autores es el *bien común*. Ejemplo de la búsqueda del mismo es que aportaba Luño Peña cuando afirmaba que “el Derecho es la medida de las relaciones sociales. La rectitud como tendencia y dirección a un fin, presupone la idea de orden, en cuya esfera de acción se desenvuelve el Derecho. De ahí que el Derecho es la rectitud que surge del orden y se dirige a un fin. El Derecho es un orden vivido que produce la paz, como resultado práctico de la actividad colectiva y de su concorde aspiración al bien común”.²³

Este autor recogía los valores de bien común y el orden ya apuntados, pero añadía otro, *la paz*, valor que todavía no había surgido en este estudio y que debe ser considerado a mi juicio, como uno de los valores que debe perseguir el derecho al organizar la vida de los seres humanos en sociedad.

El mismo Luño Peña aportaba en su obra otro valor que me parece interesante en gran medida aunque no es tradicionalmente considerado como tal. Me refiero a la característica que tiene el Derecho Natural de servir de *instrumento oportuno, o sea eficaz y permanente de crítica y consecuentemente de reforma del derecho establecido*. Digo que es un valor porque considero que es muy importante que el derecho sepa adaptarse a la sociedad a la que sirve. Y esta adaptación no sería real si no tuviese en cuenta el conjunto de elementos que constantemente deben ser variados a fin de alcanzar una más adecuada y justa regulación de un problema. Se acusa muchas veces al derecho

²³ Enrique Luño Peña, *Derecho Natural*, 2ª ed., La Hormiga de Oro, Barcelona, 1950, p. 11.



de ir detrás de la sociedad. Yo creo que eso es correcto, debe ir detrás porque de otro modo correería el riesgo de pretender y en muchos casos conseguir dirigirla hacia un fin determinado que no fuera libremente elegido por sus miembros, pero el hecho de que deba ir detrás no quiere decir que deba demorarse en el tiempo, debe situarse inmediatamente detrás y por eso es tan importante la labor de crítica y reforma constante y hecha en tiempo oportuno.

El orden, por el hecho de estas establecido, no tiene que resultar siempre el mejor posible y por eso debe ser variado cuando sea necesario hacerlo. El derecho debe estar al servicio de lo que la sociedad demanda ordenando la convivencia, pero su servicio debe ser eficaz y efectivo. De ahí que considere que esta labor de crítica y motor de continuo cambio, respetando asimismo el valor de la estabilidad y consiguiendo un justo equilibrio, es de suma importancia.

De forma similar se expresaba Ahrens cuando decía que “el derecho es el conjunto de condiciones dependientes de la acción voluntaria del hombre, y necesarias para la *realización del bien y de todos los bienes individuales y sociales que forman el fin racional del hombre y de la sociedad*”.²⁴

La variación introducida en relación con los valores hasta ahora estudiados no es muy significativa. Ahrens hablaba del bien de los individuos y de cuantos integran la sociedad. Y de alguna manera se refería al bien común aunque no podemos considerar éste como la suma de los bienes individuales, sino como un concepto que surge con fuerza de forma independiente y se refiere a la sociedad en su conjunto, y no a la suma de todos sus miembros.

Por último Giorgio Del Vecchio introdujo un nuevo elemento. Me refiero a la *variabilidad histórica*. Según su punto de vista “la historia no puede presentarnos el derecho, sino tantos derechos cuantos han sido y son sistemas jurídicos positivos y los momentos de su respectivo desarrollo”.²⁵ Y una vez afirmado esto defendió que “el derecho natural se diferencia del positivo, cabalmente en esto, es decir, en que se afirma como principio deontológico: indica lo que debe ser, aunque de hecho haya sido violado”.

²⁴ Más información en H. Ahrens, *Derecho Natural*, 5ª ed., Librería Extranjera y Nacional, Científica y Literaria, Madrid, 1864, p. 131.

²⁵ Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 300.





Podríamos seguir ofreciendo muestras pero creo que ya estamos en condiciones de recapitular el resultado de este apartado. En función de los datos aportados parece posible afirmar que *el jurista de tendencia iusnaturalista se diferencia del que no lo es en la defensa de un derecho que busca y protege la existencia de valores. Dicho de otro modo, los iusnaturalistas defendemos la necesidad de un derecho que persiga una serie de valores y además valore la realidad existente tratando de mejorarla.* De entre estos valores el mas importante, el que define en esencia la forma del ser iusnaturalista, es la búsqueda permanente de la justicia. Pero además existen otros valores dignos de ser tenidos en cuenta. Me refiero al orden, a la estabilidad, a la seguridad, a la paz, al pluralismo y a la crítica continua en busca de un cambio realizado con oportunidad que de nuevo tienda hacia la justicia.

Además el jurista iusnaturalista se diferencia del que no lo es en su concepto de la realidad y de la experiencia jurídica, a la que considera no sólo de forma plural sino variable en función de la historia y del momento, así como del tipo de operador jurídico que la relate o pretenda analizarla, valorarla o regularla.

Consecuentemente el derecho que estudia el iusnaturalista es un derecho en constante movimiento pero con unas bases firmes. Un derecho pendiente y dependiente de la historia, de la gran historia universal y de las pequeñas historias locales y personales porque bebe de todas ellas. El jurista iusnaturalista defiende que las fuentes del derecho son plurales como lo es todo tipo de experiencia de lo jurídico. Y de todas ellas se puede sacar partido en la búsqueda de la justicia. Y precisamente por eso, por la búsqueda continuada de la justicia como máxima preocupación, el jurista iusnaturalista tiene que tocar y analizar otros valores como la igualdad, la libertad, la certeza, la solidaridad, el orden, el pluralismo, etc. Porque en función de ellos, del conjunto de todos ellos, se podrá testar el grado de justicia de un sistema jurídico.

Con esta afirmación no quiero prejuzgar que los juristas que no son iusnaturalistas no participen de algunos o de muchos de estos elementos. Sería osado reclamar la esfera o la preocupación de los juristas en torno la justicia y otros valores, únicamente hacia el feudo de los iusnaturalistas, Yo no afirmo eso. Afortunadamente la justicia es la preocupación fundamental o el valor fundante de todo el sistema jurídico iusnaturalista. Las demás se ocupan de ella, pero no





le otorgan este status. Y algunos positivistas como por ejemplo Peces Barba en España, defienden que la justicia no es un valor superior del ordenamiento jurídico.

b) Los valores y el positivismo

Veamos a continuación, tal y como se había anunciado al comienzo de este trabajo, algunos ejemplos de juristas positivistas. Dejémoslos hablar con sus propias voces para tratar de averiguar sus propuestas, tratar de proporcionar una propia.

Antes de iniciar esta parte del estudio es preciso advertir de nuevo que el positivismo no se una única corriente jurídica filosófica. Muy al contrario, bajo esta denominación se engloba una serie de posturas, de las cuales no puedo ocuparme en este momento, pero que presentan una postura similar en lo referente a los valores, y a la repercusión de éstos dentro del ordenamiento jurídico de un país. Para analizar este extremo procederé con la misma metodología que utilicé en el apartado anterior al referirme al iusnaturalismo. Esto es, mostraré algunos ejemplos de insignes positivistas para obtener su concepción acerca de los valores y del papel que éstos juegan en el Derecho, a través de sus propias palabras.

Kelsen, uno de los más célebres positivistas de todos los tiempos, afirmaba que la ciencia jurídica se limita al conocimiento de las normas, y para clarificar más su postura continuaba diciendo que “la teoría jurídica pura en cuanto ciencia específica del Derecho, enderézase al conocimiento de las normas jurídicas: no en cuanto hechos de conciencia, no a la volición ni a la representación de las normas, sino a las normas mismas queridas y representadas”.²⁶

En cuanto a los valores y especialmente a la justicia, afirmaba que “la teoría del derecho aspira a exponer el Derecho tal como es, sin legitimarlo por su justicia ni descalificarlo por su injusticia, pregúntase por el Derecho real y posible, no por el Derecho justo. En ese sentido, en una teoría radicalmente realista. Rechaza toda valoración, todo juicio en torno al derecho positivo.”²⁷

²⁶ Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, 1ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 15

²⁷ Idem, p. 20





Esta afirmación no deja lugar a dudas para Kelsen y sus infinitos seguidores que lo colocan como uno de los positivistas con más influencia en la actualidad, el derecho es únicamente un conjunto de noemas con independencia de los valores que estas normas defiendan o ataquen. Da igual que sean justas o no lo sean: constituyen de igual manera el derecho porque has sido puestas por alguien con poder para hacerlo. Los valores a perseguir no cuentan. Supongo que serán deseables pero nada más. La ciencia jurídica sólo se ocupa del derecho real. Las referencias a la justicia corresponden a la moral, no al derecho, y entiendo que los demás valores en igual medida. Es la moral a su juicio, la que puede determinar el deber ser de lo jurídico. Pero el derecho, que debe estar absolutamente diferenciado de la moral, sólo estudia el ser, sea cual sea éste. Y por eso la Teoría pura de derecho es una teoría del puro positivismo jurídico.

De forma similar se expresan otros positivistas ulteriores. Entre ellos Bobbio que afirmaba que “la materia sobre la que actúa el jurista es un conjunto de reglas de comportamiento”.²⁸ De manera tal que todo lo que no ser refiera expresamente al estudio de las reglas concretas, todo lo que está antes o después de las mismas explicando su contenido y dando su razón de ser, no pertenece al estudio del jurista. Este, por el contrario sólo se debe dedicar “al estudio de la regla en cuanto constituye la llamada teoría general del Derecho que, a mi juicio, se debería llamar con mayor propiedad teoría formal del derecho. El estudio del contenido de la regla, del supuesto de hecho jurídico, constituye jurisprudencia propiamente dicha”.²⁹ Y la jurisprudencia no es ciencia. Por eso según él, las personas dedicadas al derecho que se ocupan de estudiar la historia de las instituciones, los conceptos del derecho o las influencias de todo tipo que pueden darse en los ordenamientos jurídicos de un determinado tiempo y lugar proporcionan una imagen borrosa y poco clara del jurista.

No hay nada, a excepción de la norma concreta, que deba ser analizado por el jurista ni por la ciencia jurídica, porque ésta se limita a esto, al estudio de las normas dadas en un lugar y tiempo determinados. Dicho con otras palabras, la ciencia jurídica estudia el

²⁸ Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, Valencia, 1980, p. 184

²⁹ Idem, p. 185.



derecho que es, con independencia de cualquier otro tipo de consideración de cualquier otro tipo de consideración razonable de por qué es así o de otra manera, y de por qué ha llegado a ser como es, o cómo podría mejorar en el futuro.

En la actualidad están teniendo bastante predicamento, especialmente en algunos sectores, las opiniones de Hart, otro positivista. Cuando se pregunta a este autor por su concepto de derecho, él dice preferir no dar una respuesta directa, sino tratar de identificarlo a través de su contenido. En su obra *El concepto del Derecho*, dice que el Derecho debe ocuparse de “normas jurídicas, diversidad de normas jurídicas y soberano y súbdito”.³⁰

A continuación aporta su noción de lo que debe ser el derecho entendiendo que es la unión de las reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias son las que prescriben lo que los seres humanos deben hacer o evitar. Las secundarias dependen de las primarias y determinan lo que los seres humanos pueden establecer, haciendo u omitiendo ciertos comportamientos, introduciendo nuevas reglas de tipo primario, extinguiendo o modificando reglas anteriores, o determinando, de diversas maneras, el efecto de ellas a través del control de su actuación. Así las reglas de primer tipo, las primarias, imponen deberes, mientras que las de segundo tipo, las secundarias, confieren potestades públicas o privadas. De la misma manera que las primarias se refieren a acciones que implican movimientos o cambio físicos, las de segundo tipo, esto es las secundarias, prevén actos que conducen a la creación o modificación de deberes ya existentes.³¹

Sea como fuere, que queda claro es que si el derecho surge únicamente de la combinación de reglas primarias y secundarias se obvia toda referencia a los valores, o principios. El derecho está constituido exclusivamente por normas, si bien éstas pueden ser de distintos tipos. Concretamente en relación con la justicia este autor manifiesta que constituye un segmento de la moral que no se refiere a la conducta individual sino a cómo son tratados las clases de individuos. Y por eso tiene especial relevancia para la crítica del derecho y de otras ins-

³⁰ H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, 2ª ed., Editora Nacional, México, 1980. De las normas jurídicas, mandatos y órdenes se ocupa en las páginas 23-26; de la diversidad de normas jurídicas en las páginas 38 a 56 y por último del soberano y los súbditos, en las páginas 63 a 89.

³¹ H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 101.

tituciones públicas o sociales. Sea como fuere, la justicia, no afecta al contenido del derecho y es un concepto que debe ser analizado fuera de la ciencia jurídica y totalmente independiente de misma.

Por eso, para los autores positivistas el derecho se reduce a la organización de la fuerza. De modo que “la técnica socia que llamamos “Derecho” consiste en hacer que el individuo, utilizando unos medios específicos, se abstenga de interferir mediante la fuerza en los intereses de los demás. En caso de que se dé esta interferencia. La comunidad legal misma reacciona con una interferencia semejante en los intereses de los individuos responsables de la interferencia anterior”.³²

Abundando más en esta cuestión de la separación entre las normas en sí mismas y su justicia o validez, otros positivistas afirman que la crítica sobre la justicia o injusticia de una norma sólo tiene sentido en cuanto la norma existe y por tanto es independiente en sí misma del derecho. El derecho es únicamente un sistema de normas complejo y autónomo que forma parte del engranaje de la estructura normativa del orden social.³³

De nuevo falta cualquier referencia a nada que no sean las simples normas. Sólo interesa el derecho que ha sido puesto y por tanto es válido. Ninguna otra cosa preocupa a los defensores del positivismo. No se cuestionan sobre lo adecuado o válido de lo establecido. No

³² Más información en Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 161. Los individuos se comportan de la forma establecida por el derecho no porque sea la más justa o la mejor para la colectividad, sino por la existencia del llamado “orden coactivo” que en la obra de referencia se define como el “orden social que intenta hacer que los individuos se comporten del modo deseado poniendo en funcionamiento medias coercitivas”, p. 157

³³ Más información en Manuel Calvo García, *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2002. Afirma este autor que “el derecho es un sistema normativo autónomo y complejo en que coexisten normas primarias y normas de segundo grado, las normas jurídicas primarias representan el tipo básico de las normas creadas o reconocidas por los preceptos jurídicos. Son guías explícitas de comportamiento que indican como deben o no deben, o como pueden comportarse en determinadas situaciones los miembros de la comunidad. Las normas jurídicas de segundo grado o normas secundarias, son normas sobre normas. Al igual que las normas primarias establecen obligaciones, prohibiciones o permisos; pero a diferencia de aquéllas, sólo tienen sentido por su referencia a otras normas...las normas de segundo grado sirven para remediar las limitaciones y las situaciones de ineficacia características de cualquier sistema simple de normas de obligación”, p. 57.



piensan cómo podría mejorarse o adaptarse a la situación. No valoran la realidad, ni desde el punto de vista de la justicia, ni de desde ningún otro. Simplemente no les interesa la valoración, que no es lo mismo que decir que no les interesa la justicia, y por tanto no se ocupan de ella en esta sede.³⁴ No se interrogan sobre su razón de ser o contenidos. El Derecho es lo que, y es así porque quien tiene el poder en un momento determinado así ha decidido que sea. Es un punto de vista muy simple: pero muy poco satisfactorio.

Quizá por eso existen también algunas posturas de autores de talante positivista que pretenden endulzar un poco sus contenidos. De manera tal que podemos encontrar definiciones del tenor de las que siguen: “el derecho es un sistema normativo eficaz con institucionalización de la coacción-sanción (de su conocimiento se ocupa de manera muy específica la ciencia del derecho), sistema que opera como factor de organización social y como un no neutro instrumento o mecanismo para la instauración de una u otra idea de justicia (y de cuya investigación empírica se ocupa la sociología del derecho)”.³⁵

En esta definición de derecho se puede apreciar la afirmación básica y típica del positivismo en el sentido de que el derecho es un sistema normativo, pero luego añade, como queriendo pasas por encima y de puntillas, que ese conjunto de normas deben ser eficaces, deben servir para la organización o el orden social y deben preocupar una idea de justicia. En este momento ya introduce, aunque sea de forma algo sesgada, la idea de que el ordenamiento jurídico debe perseguir valores. En este caso se nombra y por este orden, la eficacia, el orden y la justicia. No es el orden tradicional de los iusnaturalistas, que suelen colocar en primer lugar a la justicia, pero al menos la nombra como elemento esencial.

³⁴ En este sentido, son interesantes las palabras de Carlos Santiago Nino que en su *Introducción al análisis del derecho*, Ariel-Derecho, Barcelona, 1991, p. 43, afirma que “asumiremos la propuesta positivista de autores como Bentham, Austin, Ross, Hart y con ciertas salvedades Kelsen, de definir “derecho” como un sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa”.

³⁵ Elías Díaz, *Curso de filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 20. este mismo autor en esta obra, página 19, afirma que el “derecho es un sistema normativo eficaz, con alguna pretensión de legitimidad dotado de mecanismos de coerción institucionalizada”.





Otras fórmulas más atemperadas en cuanto al concepto de derecho que ahora se está exponiendo, se refieren a éste como producto humano de naturaleza normativa. Y en relación con las normas jurídicas añaden que de ellas se puede predicar su validez (o invalidez), eficacia (o ineficacia) y justicia (o injusticia). Validez, eficacia y justicia que son los tres parámetros que sirven para analizar las normas jurídicas y el ordenamiento jurídico en su conjunto.³⁶ Parecería de una definición de este tipo que pretende hacer algún contenido valorativo situando a la justicia en algún lugar. Sin embargo, en la misma obra y un poco más adelante, los autores que defienden esto, al referirse a las funciones del derecho sostienen que son “control social, resolución de conflictos, organización social y legitimación del poder”.³⁷ Indudablemente ésas son funciones del derecho pero echan por la borda cualquier referencia a un iusnaturalismo del tipo que estamos analizando al preferir el valor justicia como el fin y función que debe realizar en primer lugar el derecho.

Para terminar con esta muestra positivista aportaré únicamente un ejemplo más. El de Atienza que afirma que “el derecho puede considerarse como un sistema (muy complejo) de control social”. Y añade que con esto no está dicho todo sobre la función del derecho que en realidad son funciones. Según él deben ser tenidas en cuenta las siguientes: 1) resolución de conflictos, 2) orientación del comportamiento a dirigir y regular la conducta de los miembros del grupo, 3) legitimación y organización del poder social, 4) configuración de las condiciones de vida y 5) cuidado y mejora del derecho.³⁸ Aquí no aparece la justicia, sin embargo no es porque el autor no la tenga en cuenta. De hecho, afirma que la justicia es el valor jurídico por antonomasia, y aunque no es el único que debe procurar el derecho, debe considerarse como factor de totalidad.³⁹

De estas palabras suele deducirse la importancia que para el autor tiene la justicia como último referente al que debe atender el

³⁶ Más información en Gregorio Peces Barba, Eusebio Fernández & Rafael De Asís, *Curso de Teoría del Derecho*, M. Pons, Madrid, 2000, pp. 18 ss.

³⁷ *Idem*, pp. 47 ss.

³⁸ Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel-Derecho, Barcelona, 2001, pp. 158 y 159

³⁹ *Idem*, p. 173





derecho. Sin embargo, en otro lugar de su obra añade que “una de las condiciones para poder utilizar con éxito el derecho como instrumento para promover la justicia consiste en ser conscientes de sus límites: y uno de ellos, quizá el mas importante, es que el derecho nunca podrá sustituir a la moral”.⁴⁰ Aquí parece observarse de nuevo una cierta tirantez entra la consideración de la justicia como valor superior y eje sobre el cual gira el ordenamiento jurídico, que sería una visión mas iusnaturalista, y el papel que a los valores en general, y a la justicia en particular, reservan los positivistas. Papel que como he dicho no puede simplificarse diciendo que no la consideran en absoluto, pero sí que la trascendencia que le otorgan a la misma es muy diferente.

De nuevo y como ya dije en el epígrafe de este trabajo destinado a estudiar los valores y el iusnaturalismo, sería posible seguir ofreciendo muestras casi *ad infinitum* de definiciones de derecho salidas de las plumas de los autores positivistas. Creo que no es preciso hacerlo porque me parece haber aportado ya pruebas suficientes. En función de ellas afirmo que existen muchas corrientes distintas de iuspositivistas. Que aquí no se han analizado más que las características generales de las mismas, tomando como base de estudio pensadores pertenecientes a distintas escuelas y pensamientos. Que en función de sus opiniones es posible afirmar que los positivistas no analizan el derecho como una experiencia jurídica plural y atemporal. Lo que les preocupa es el derecho como conjunto o sistema más o menos complejo de normas. Eso y nada más. Y por ese motivo no se preocupan de valorar el derecho. Solo les interesa conocerlo tal cual es. Por lo que a la justicia en concreto se refiere no es correcto afirmar que no le preocupe, pero sí que sólo les afecta en cuanto algo separado del derecho, y más propio de la ciencia moral. En su visión es conveniente que el derecho sea justo, pero no es imprescindible: y desde luego, la justicia no es una característica *sina qua non* del mismo.

4. Conclusiones

Una vez realizado el análisis precedente creo que estoy en condiciones de ofrecer algunas conclusiones que es por otro lado lo que se

⁴⁰ Manuel Atienza, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 60.



pide a todo trabajo que pretende tener alguna utilidad en el marco jurídico. No en vano, cuando se estudian problemas de índole teórica, el esfuerzo para aportar soluciones que sirvan para mejorar la práctica del derecho y acercarla cada vez más a la consecución de la justicia. Animada al menos por ese interés ofrezco las siguientes conclusiones.

- 1) No es posible hablar de un único iusnaturalismo ni de un único positivismo porque ambas corrientes genéricas se subdividen en diferentes escuelas que aportan matices diferentes al estudio de los problemas jurídicos.
- 2) La división entre iusnaturalismo y positivismo como mundos irreconciliables que fundamentan la inquina secular entre pensadores que piensan el derecho de distinta manera, debe ser superada en la actualidad, porque ambas posturas buscan lo mismo, esto es, el estudio del derecho, aunque lo hacen con fundamentos y métodos diferentes.
- 3) No obstante lo dicho, sí existen distinciones claras entre los pensadores que se sienten deudores de cada una de estas corrientes. Diferencias que deben ser valoradas en su justo punto porque son importante cara al conocimiento y desarrollo de la ciencia jurídica, así como de base de la forma libre y responsable a través de la cual cada autor decida defender su visión del derecho.
- 4) Una de esas diferencias es la importancia que se da al mundo de los valores en cada una de estas corrientes.
- 5) Los iusnaturalistas valoran el derecho y la experiencia jurídica que consideran plural y universal. Los positivistas por el contrario no lo hacen. Describen el derecho que es, y en el momento que es, y no les preocupa averiguar lo que vale.
- 6) Los juristas iusnaturalistas no aceptan que algo sea bueno o malo, protegible o sancionable porque lo diga una norma, sino que buscan la adecuación del contenido de la misma a la naturaleza de las cosas. Los positivistas no. Para ellos algo es legal o no legal y por tanto debe realizarse o no, por una justificación que está dentro de la norma y no fuera de ella. Esa justificación se refiere únicamente a la voluntad del legislador o del operador jurídico del que se trate. Para los iusnaturalistas en cambio, pueden existir leyes injustas en si mismas porque aunque sean válidamente construidas pueden tener un contenido que viole la naturaleza de

las cosas, y por tanto deben ser valoradas negativamente y variadas.

- 7) Dentro del mundo de la axiología jurídica o del plexo de los valores jurídicos, los iusnaturalistas conceden el papel primordial a la justicia, a la que sitúan como el centro de sus preocupaciones y el fin fundamental a cumplir por el derecho. Los positivistas no lo hacen así, no porque desconozcan la justicia, sino porque aunque la consideren en un plano deseable moralmente, la sitúan fuera de la exigencia jurídica.
- 8) Los iusnaturalistas buscan constantemente no sólo el derecho que es, sino el que debe ser, y por eso defienden además valores como la seguridad, la estabilidad, el pluralismo, el orden, el cambio, la crítica, etc. Los positivistas se preocupan sólo del derecho que es, y aunque analizan otros valores como el orden, la paz o la solidaridad no lo hacen con criterios de generalidad y universalidad sino atendiendo en cada momento concreto a aquello, a aquel valor que puede ser más necesario proteger.
- 9) Los valores están insertos en la naturaleza de las cosas, del ser humano y de la sociedad, y por eso deben estar presentes en el derecho. El iusnaturalista entiende y defiende esta realidad, el positivista no la considera.
- 10) No es por tanto irrelevante que un jurista sea iusnaturalista o positivista porque esta opción inicial marcará de forma indeleble su concepto de derecho, así como su actividad como operador jurídico. El iusnaturalista abogado, juez, notario, registrador, profesor, etc. piensa el derecho de una manera distinta que el positivista y por tanto lo utiliza y defiende con armas diferentes. De ahí la trascendencia de la opción.

Concluido el trabajo que se quería ofrecer debo aclarar, por último, que el estudio comparativo que se ha pretendido aportar entre iusnaturalismo y positivismo es necesariamente parcial. No abarca todas las posibles diferencias sino que se refiere exclusivamente al papel que juegan los valores dentro de cada gran grupo de referencia. El resultado por tanto debe valorarse únicamente desde ese punto de vista. Y aún dentro de este, soy consciente de no haber ofrecido todas las posibilidades. Pero sé que un trabajo científico del tipo que ahora se presenta, nunca pude hacerlo. La muestra es subjetiva y necesariamente breve. Lo sé. Pero he ofrecido, o al menos eso espero, algu-



nas evidencias de por qué el iusnaturalismo es en mi apreciación, una corriente genérica más plural, más crítica, más universal, más dinámica y más proteccionista de valores y especialmente de la justicia. En buena lid tengo que admitir que se podría hacer también un estudio de sesgo contrario, pero no seré yo quien lo haga porque me he manifestado deudora de la escuela iusnaturalista y de mi Maestro el Dr. Puy. Pero cada uno, cada jurista, debe extraer sus propias conclusiones y buscar su propia manera de servir al Derecho, la del positivismo es más sencilla y más simple en sus planteamientos porque no se problematiza sobre lo que “debería ser” poro “no es”. La forma de ser jurista iusnaturalista es más incómoda porque supone una constante búsqueda y una crítica permanente de lo que hay para intentar mejorarlo.

Yo ofrezco mis conclusiones, desvelo mis fuentes y aclaro mi punto de partida. Ojalá estas reflexiones sirvan a otros como acicate de sus propias investigaciones.