



COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

# Filosofía para juristas

Tasia Aránguez

*Dykinson, S.L.*

# FILOSOFÍA PARA JURISTAS



COLECCIÓN CONOCIMIENTO CONTEMPORÁNEO

---

# FILOSOFÍA PARA JURISTAS

---

TASIA ARÁNGUEZ

*Dykinson, S.L.*

2023

## FILOSOFÍA PARA JURISTAS

Diseño de cubierta y maquetación: Francisco Anaya Benítez

© de los textos: los autores

© de la presente edición: Dykinson S.L.

Madrid – 2023

ISBN: 978-84-1122-930-2

NOTA EDITORIAL: Las opiniones y contenidos publicados en esta obra son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de Dykinson S.L ni de los editores o coordinadores de la publicación; asimismo, los autores se responsabilizarán de obtener el permiso correspondiente para incluir material publicado en otro lugar.

# ÍNDICE

PREÁMBULO.....	7
PARTE 1. INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA POLÍTICA.....	10
CAPÍTULO I. HISTORIA DE LAS IDEAS POLÍTICAS .....	12
1. TEORÍAS POLÍTICAS EN EL MUNDO CLÁSICO .....	13
2. TEORÍAS POLÍTICAS CRISTIANAS .....	28
3. TEORÍAS POLÍTICAS RENACENTISTAS .....	32
4. EL CONTRACTUALISMO ILUSTRADO .....	36
5. LAS IDEAS SOCIALISTAS .....	47
6. LA CIUDADANÍA DE LAS MUJERES .....	53
CAPÍTULO II. TEORÍA DEL ESTADO .....	63
1. ELEMENTOS DEL ESTADO.....	64
2. EL ORIGEN DEL ESTADO MODERNO .....	68
3. EL ESTADO DE DERECHO: LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	70
4. EL ESTADO DEMOCRÁTICO: EL ORIGEN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....	74
5. DEL MOVIMIENTO OBRERO AL ESTADO SOCIAL.....	79
6. EL CONSTITUCIONALISMO .....	86
PARTE 2. INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA MORAL.....	90
CAPÍTULO III. TEORÍAS ÉTICAS .....	94
1. ÉTICAS RELATIVISTAS .....	96
2. ÉTICAS COMUNITARISTAS.....	99
3. ÉTICAS TELEOLÓGICAS .....	102
4. ÉTICAS HEDONISTAS .....	107
5. ÉTICAS EMOTIVISTAS.....	110
6. ÉTICAS FORMALES .....	114
7. ÉTICAS CONVENCIONALISTAS.....	122

CAPÍTULO IV. EL DERECHO Y LA JUSTICIA.....	126
1. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA? .....	127
2. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO NAZI.....	137
3. EL DERECHO NATURAL MÍNIMO .....	141
4. LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.....	145
5. LOS VALORES FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	148
 PARTE 3. INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA JURÍDICA.....	 157
 CAPÍTULO V. CONCEPCIONES DEL DERECHO.....	 161
1. EL IUSNATURALISMO .....	163
2. EL POSITIVISMO JURÍDICO.....	170
3. EL REALISMO JURÍDICO .....	174
 CAPÍTULO VI. TEORÍA DE LA NORMA Y DEL SISTEMA JURÍDICO .....	 178
1. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO, LA MORAL Y LOS USOS SOCIALES .....	179
2. EL DERECHO COMO ORDEN COACTIVO.....	181
3. LA NORMA JURÍDICA.....	185
4. LAS FUENTES DEL DERECHO .....	192
5. EL SISTEMA JURÍDICO .....	198
6. LA NORMA FUNDAMENTAL Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO .....	201
7. CONCEPTOS ESENCIALES DE LA TEORÍA DEL DERECHO.....	204
EL BIEN JURÍDICO.....	213
 CAPÍTULO VII. TEORÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO.....	 215
1. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO .....	216
2. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA .....	238
3. EL DERECHO Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD.....	242
4. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA .....	246
 REFERENCIAS.....	 252

## PREÁMBULO

---

El objetivo del presente libro es acercar a estudiantes de derecho y juristas aquellos conocimientos filosóficos que permiten comprender **el origen y desarrollo de las formas políticas y los valores éticos que configuran el derecho actual**. A través del estudio de los clásicos, este libro dilucidará el sentido filosófico de conceptos como “política”, “ética”, “dignidad”, “justicia”, “igualdad”, “libertad”, “soberanía nacional”, “separación de poderes”, “Estado social de derecho” o “género”.

El público principal al que se dirige esta obra es el conjunto de la comunidad jurídica y, particularmente, el alumnado de la carrera de derecho. Sin embargo, esta monografía también puede resultar de interés a estudiantes y profesionales de la politología o la filosofía. En particular los capítulos finales, que se centran en la filosofía del derecho, pueden suscitar interés a personas estudiosas de la filosofía, debido a que esos contenidos filosóficos sobre concepciones jurídicas y teorías de la norma solo se estudian en las Facultades de Derecho.

Nos encontramos, por tanto, ante un libro divulgativo que expone con **humildad, sencillez y síntesis** contenidos filosóficos que deben formar parte de la **cultura humanística** de cualquier jurista. Sin embargo, tal vez este libro no encaje bien en la categoría de manual docente puesto que sus contenidos trascienden la disciplina de la “Filosofía del Derecho” y configuran más bien lo que podría llamarse “Filosofía para Juristas”. El detenimiento en las disciplinas de la filosofía política y la filosofía moral es mayor que en los manuales del área iusfilosófica, de tal manera que este libro también sería apropiado para la docencia de las mencionadas materias. Pese a ello, se podrá vislumbrar que el abordaje de dichas disciplinas se realiza atendiendo a los interrogantes propios del interés iusfilosófico.

La visión de la filosofía que muestra este libro es la mirada particular propia de una jurista. También es una mirada ubicada en España. Esto se deja traslucir en la atención dirigida al desarrollo de las instituciones democráticas en occidente y Europa, así como en cierto interés especial por la filosofía española y, especialmente, por el derecho español. Otra característica distintiva de este libro es la presencia de filósofas en el canon histórico seleccionado en materia de filosofía política y jurídica, aunque hacemos notar que esta presencia es menor de la que nos gustaría debido a la exclusión milenaria de la cultura que padecieron las mujeres. Como se observará, las filósofas aquí citadas, como Arendt, Nussbaum o Fraser, son de tal entidad que deberían figurar en todos los cánones divulgativos semejantes.

En relación con el punto de vista de la obra, también hemos de mencionar nuestra fascinación clasicista por el periodo grecorromano (aunque después de todo, ese interés suele resultar común a todas las personas que aman la filosofía). No en vano, el interés por la filosofía clásica es probablemente una de las explicaciones últimas por las que este libro no constituye una introducción a la “Filosofía del Derecho” sino una “Filosofía para Juristas”. Normalmente los manuales de “Filosofía del Derecho” se detienen mucho en la teoría contemporánea de la norma y el sistema jurídico, que son contenidos que hemos situado al final de esta obra para otorgar mayor protagonismo a elementos mucho más antiguos que nos parecen más apasionantes y que suelen abordarse de modo somero en dichos manuales.

Probablemente esta **mirada clasicista** condiciona también nuestra perspectiva del derecho, pues las concepciones analíticas y formalistas contemporáneas establecen unos marcos que dificultan la integración de los conceptos y teorías procedentes de periodos históricos anteriores, como la antigua Grecia o la modernidad ilustrada. De tal manera, adoptamos una perspectiva humanista del fenómeno jurídico en la que las antiguas concepciones prosiguen un **diálogo hermenéutico** inacabado con las teorías de hoy. Este discurrir tan natural de nuestro interés clasicista termina convirtiéndose en una rupturista ontología jurídica que tal vez pase inadvertida en un manual sencillo como este, pero que ha estado presente en su fase de redacción, estimulando muchas horas de



investigación dedicadas a profundizar en la lectura directa de ilustres ensayos filosóficos, a fin de incluir multitud de aspectos que están ausentes en otros libros similares.

La obra se estructura en tres partes. La primera es una introducción a la filosofía política, la segunda es una introducción a la filosofía moral y la tercera es una introducción a la filosofía jurídica. La parte dedicada a la filosofía política se organiza a su vez dos capítulos. El primero de ellos realiza un recorrido histórico por las ideas políticas, desde la antigua Grecia hasta las filosofías modernas y contemporáneas (como el socialismo y el feminismo). El segundo capítulo aborda la teoría del Estado, con asuntos cruciales como el desarrollo histórico de la democracia representativa y del constitucionalismo.

Con respecto a la segunda parte del libro, dedicado a la filosofía moral, esta se estructura en dos capítulos. El primero de ellos es una clasificación de las principales teorías éticas, como las teleológicas, las comunitaristas y las formales. En cada teoría ética se realiza un recorrido histórico sobre sus principales representantes (por ejemplo, en el hedonismo se recogen las aportaciones de clásicos como Epicuro hasta llegar al contemporáneo Toulmin, pasando por modernos como Stuart Mill). El segundo capítulo concerniente a la filosofía moral indaga en las relaciones entre el derecho y la justicia. Para ello se reflexiona sobre las concepciones de la justicia, los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y los debates acerca de la relación entre el derecho y la ética que tuvieron lugar a propósito del horror del nazismo.

La tercera parte del libro, relativa a la Filosofía del Derecho, se corresponde con los contenidos que constituyen el canon de la disciplina. El primer capítulo se destina a la definición de cada una de las tres grandes concepciones del derecho: iusnaturalismo, positivismo jurídico y realismo. El segundo capítulo recoge la teoría de la norma y del sistema jurídico, sintetizando las principales ideas de Kelsen y Hart. Por último, el tercer capítulo se adentra en la cuestión de la hermenéutica jurídica, la labor judicial y los métodos para la realización de trabajos de investigación jurídica.

PARTE 1

INTRODUCCIÓN  
A LA FILOSOFÍA POLÍTICA

El término “**política**” significaba originariamente **reflexión sobre la “polis”** (ciudad-estado griega). Las “polis” eran la forma política de la antigua Grecia, ciudades autosuficientes e independientes donde los ciudadanos hallaban el sentido de la vida a través de la convivencia y la participación política. El término latino “civitas” (ciudad) no capta ese significado, ni tampoco lo hace el término “Estado” (Calvo, 1995). En Grecia, la política aludía a distintos contenidos como la técnica para alcanzar el poder, la filosofía sobre la virtud y el estudio comparado de las Constituciones y sistemas políticos. Actualmente entendemos por política la organización de las **instituciones públicas** de una sociedad y, en un sentido más amplio, nos referimos a los **sistemas de poder** (incluyendo aquellos que trascienden las instituciones públicas, como las relaciones económicas o el patriarcado). En esta primera parte del libro estudiaremos la historia de las teorías de las instituciones jurídico-políticas, aunque contemplaremos también las aportaciones de la teoría feminista y del socialismo en la crítica y la evolución de dichas instituciones.

## HISTORIA DE LAS IDEAS POLÍTICAS

---

Para estudiar la historia de las ideas políticas vamos a **elaborar un canon**. Somos conscientes de las limitaciones que tienen los cánones divulgativos. Richard Rorty (1990) señala que este tipo de recorridos históricos se basan en enumerar “lo que diversas figuras tradicionalmente llamadas “filósofos” dijeron acerca de problemas tradicionalmente llamados “filosóficos”” o “un catálogo de lecturas que alguien debe haber examinado cuidadosamente”. Para Rorty, elaborar un canon puede ser una tarea ingenua si actuamos como si los temas relevantes y las personas relevantes fuesen algo natural que ya viene dado. Añade que estos recorridos históricos dan una imagen pobre de la filosofía, como si esta girase siempre en torno a los mismos tres o cuatro temas y los mismos autores.

El filósofo nos invita a adoptar un punto de vista crítico: ¿por qué consideramos que tal figura del pasado debe ser incluida y no otras?, ¿por qué opinamos que ciertos temas deben ser incluidos? Rorty sugiere que seamos conscientes de que al elaborar un canon no estamos simplemente describiendo la historia, sino que estamos atribuyendo un reconocimiento honorífico a ciertas personas y temas. De hecho, según el autor, las personas que escriben filosofía están subordinadas al poder de quienes hacen historia de la filosofía, pues estas últimas seleccionan lo que será recordado.

La historiadora Gerda Lerner (2017) nos alerta del sesgo androcéntrico de los cánones de supuesta “historia universal”. Las mujeres fueron durante muchos siglos excluidas de la elaboración de teorías y, por consiguiente, salvo excepciones, no aparecen en la historia del pensamiento hasta la ilustración del siglo XVIII, momento en el que comenzó el movimiento de emancipación de las mujeres. Como señala Lerner, “para las mujeres, lo anterior es prehistoria”.

Otro sesgo de los recorridos históricos didácticos suele ser la proximidad. Las fuentes que destacamos son aquellas que hemos aprendido en

la educación formal, enriquecidas con las que hemos encontrado en nuestra experiencia investigadora. Como resultado, una lectura somera de la bibliografía de un trabajo suele permitir deducir en qué país o región del mundo se ha escrito, e incluso en qué centro universitario se ha estudiado o qué escuelas filosóficas nos han amadrinado. Las limitaciones geográficas no desautorizan el interés universal de la filosofía occidental, de cuyos hallazgos debería poder beneficiarse el mundo entero y cuyas aportaciones humanistas y emancipadoras pueden ser reclamadas como suyas por cualquier espíritu racional. Sin embargo, sí hemos de tomar conciencia de que hay otras historias posibles de las instituciones políticas, existen otros temas y otros nombres que no hemos llegado a conocer y que ameritan ser estudiados.

Este libro no ha esquivado ninguna de estas limitaciones. Tal solo podemos hacerlas notar para que la lectura del mismo alimente el deseo de conocer aquello que no hemos escrito.

## 1. TEORÍAS POLÍTICAS EN EL MUNDO CLÁSICO

### LA DEMOCRACIA GRIEGA

La democracia nació en la “polis” (ciudad-estado) de Atenas, en Grecia, en el **siglo VI a. C.** La palabra procede del griego “**demos**” (pueblo) y “**kratos**” (gobierno) y hace referencia al **gobierno ejercido por la ciudadanía**. Las instituciones democráticas aparecieron con las reformas de Solón y, especialmente, de Clístenes. Ortega y Gasset (1932) expone que uno de los motivos del desarrollo de la democracia ateniense en el siglo V a.C fue militar. Según el filósofo, la guerra contra Persia fue marítima y eso conllevó un menor protagonismo de los soldados cualificados procedentes de la aristocracia y una gran relevancia de miles de remeros de la clase popular, que reclamaron una mayor participación política. Además, un aspecto que posibilitó dicha participación fue que el gobernante Pericles introdujo un sueldo para quienes desempeñaban cargos públicos.

En la democracia ateniense el poder residía en la **asamblea**, que era la máxima autoridad y el centro del poder legítimo. En ella tenían lugar

debates (pólemos) entre distintas opciones. Se trataba por tanto de un modelo político deliberativo, en el que los conflictos se resolvían mediante el diálogo (Quesada, 2008). El enclave de la asamblea era el ágora, la plaza pública. El debate en la asamblea estaba presidido por dos principios:

- La **Isonomía**: es la **igualdad ante la ley**, igualdad de todos los ciudadanos con independencia del nacimiento o la fortuna. Fue establecida por Clístenes y se consideraba el fundamento de la democracia.
- La **Isegoría**: es la **igualdad en el acceso al discurso**. Todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de tomar la palabra e intentar convencer al auditorio con sus argumentos.

La **retórica** era fundamental en la democracia ateniense, porque el talento del orador podía modificar la dirección del voto en la asamblea ciudadana. La democracia conllevó un notable cambio en el liderazgo político, pues ya no bastaba el linaje para gobernar, sino que era imprescindible la aceptación popular. La máxima gloria a la que podía aspirar el ciudadano era el ejercicio de responsabilidades políticas. La retórica se concebía como la piedra angular de la ciudadanía democrática. Algunos de los más célebres oradores griegos fueron Isócrates, Demóstenes y el líder político **Pericles**. En Atenas se desarrolló una cultura de la retórica, que no solo era necesaria en la política, sino también en las causas legales porque, tanto si se acusaba de un delito como si se era la parte acusada, la defensa tenía que realizarla la persona afectada.

A fin de ofrecer los conocimientos necesarios para la participación ciudadana, los **sofistas** impartían clases de retórica, además de otras disciplinas como derecho, administración y ética. La palabra “sofista” comparte raíz con la palabra “sabio” (sofos) y aludía inicialmente a la persona experta en algún oficio o arte, pero con el tiempo pasó a referirse a los profesores de retórica. Debido a su papel fundamental, Hegel (1977) denomina a los sofistas “los maestros de Grecia” y Ortega y Gasset los considera precursores de la ilustración, pues cuestionaron todos los elementos procedentes de la tradición y la religión. En su mayoría eran extranjeros que impartían sus conocimientos a cambio de dinero, cuestión que les granjeó críticas de Sócrates y Platón, que consideraban que

la enseñanza no debe mercantilizarse. Los filósofos también criticaron a los sofistas por priorizar la persuasión oratoria sobre la búsqueda de la verdad. La **educación** (“paideia”) de los Sofistas incluía el cultivo de la virtud (“areté”) y técnicas retóricas como la del doble discurso, que consistía en buscar argumentos para defender una posición y su contraria, pues así los discípulos se preparaban para defender ambas posiciones en la asamblea o en un litigio. Los sofistas sistematizaban sus lecciones en tratados sobre disciplinas humanísticas.

Los sofistas rompieron con la concepción mítica sobre **el origen de las leyes**, que las atribuía a los dioses, pues señalaron que estas son **fruto del acuerdo humano**. La palabra “**nomos**” significa normas consuetudinarias, leyes, principios organizativos de la comunidad política (no debe confundirse con el significado de “doxa”, creencias y opiniones sociales). La palabra “nomos” también se refiere a la cultura, como opuesta a la “physis”, naturaleza. **Protágoras** diferenció entre las leyes naturales (que afectan a fenómenos como el movimiento de los planetas) y las normas humanas, “nomos”, que son producto del acuerdo humano y permiten superar el estado natural mediante la fundación de las ciudades y la adopción de pautas morales. Otros sofistas no compartían esa visión positiva de las leyes. Por ejemplo, Calicles defendió la ley del más fuerte y la libre búsqueda de las apetencias naturales sin ningún tipo de freno moral o jurídico.

**El aspecto más importante de la democracia es el principio mayoritario.** Una vez tomada la decisión, aunque fuese por una pequeña mayoría, la minoría debía aceptarlo. Esto fue revolucionario, pues no se invocaba ninguna clase de soporte divino. El corazón de la política democrática se encuentra en **la Constitución**, la propia de cada una de las ciudades-estado. La Constitución es la ley principal, la ley de las leyes. La ciudadanía decidía sobre la legislación, la guerra, la paz, las embajadas, las finanzas, las construcciones públicas y la organización de las fiestas religiosas.

Como explica Raquel López Melero (1990), todos los Estados griegos tenían un modelo constitucional común que incluía tres órganos:

- **Asamblea:** estaba integrada por todos los ciudadanos varones mayores de edad. Cada ciudadano tenía voz y voto en la misma. En Atenas se reunía una vez por semana, aunque podían celebrarse multitud de asambleas extraordinarias.
- **Consejo:** tomaba la decisión final en las materias más importantes. En Atenas había dos consejos, el Areópago (conformado por antiguos altos magistrados de edad y prestigio) y la Boulé (500 ciudadanos elegidos anualmente por **sorteo**).
- **Magistraturas:** eran una especie de altos funcionarios del Estado. Se elegían por votación entre las **personas más capacitadas**. Antes de ocupar el cargo se examinaba su ciudadanía, su honorabilidad y su competencia. Al salir del cargo se les sometía a un proceso de **rendición de cuentas** en el que podían perder la vida, el dinero y el honor. Como no había funcionarios administrativos ni policías, era fundamental el papel de los esclavos públicos, que realizaban todas las tareas públicas al servicio de los magistrados. Eran magistrados los gobernantes, generales, jefes de policía, los que controlaban los usos del suelo, la agricultura y las finanzas.

Además de estas instituciones, los Estados tenían jueces y tribunales de justicia, aunque algunos crímenes graves eran juzgados por la asamblea o el consejo. En Atenas había un **tribunal popular** que juzgaba la mayoría de los delitos y que estaba conformado por **ciudadanos elegidos por sorteo**.

Pese a la grandeza de la democracia griega, que constituye uno de los inventos más importantes de la humanidad, es imprescindible destacar que había personas, **los esclavos y esclavas, que carecían de todos los derechos y eran considerados propiedades** (ni siquiera podían constituir una familia porque no eran legalmente padres de sus hijos). Con respecto a **las personas extranjeras**, aunque tenían ciertos derechos, **no eran ciudadanos, no podían votar en la asamblea**, ni tener casas o tierras en propiedad y tenían que pagar un tributo especial. Pese a eso, había extranjeros muy ricos debido a su ejercicio profesional.



También es imprescindible señalar la **exclusión política y social de las ciudadanas atenienses**. Como expone Raquel López Melero, las jóvenes permanecían recluidas en la casa paterna antes del matrimonio. Las casadas, siempre que actuasen y vistiesen de modo recatado, sí podían salir a la calle. Las mujeres no podían hablar en la asamblea, votar ni ejercer magistraturas, pues esos derechos estaban reservados a los hombres y se consideraban inseparables de la prestación militar. Se consideraba que la principal función de las mujeres era la maternidad y su ocupación fundamental era supervisar las labores domésticas y tejer (aunque podían vender productos en el mercado). La mujer no podía heredar ni ser propietaria y necesitaba el consentimiento del marido para realizar transacciones económicas relevantes. El marido tenía la patria potestad de los hijos y debía divorciarse obligatoriamente si la mujer era estéril. Las viudas debían casarse con quien dispusiera su marido antes de morir o su padre y las divorciadas también tenían que casarse con quien dispusiera su anterior marido o su padre. En este contexto opresivo para las mujeres es destacable la figura de Aspasia de Mileto, que pese a ser mujer y extranjera logró sobresalir como profesora de retórica. A sus lecciones asistieron grandes figuras de su tiempo como Sócrates y Pericles.

**En el siglo IV a. C la democracia presentaba síntomas de crisis.** Dicha crisis dio lugar a críticas tan importantes como la de Platón y la de Aristóteles. Ambas teorías constituyen hitos imprescindibles de la filosofía política.

#### LA TEORÍA POLÍTICA DE PLATÓN

En su “Carta Séptima”, Platón expresa su profundo desencanto por la **demagogia, la irracionalidad y el relativismo moral de la política democrática**. Platón consideraba que solo una sociedad mal organizada podía ser capaz de tomar la decisión legal de matar a una persona tan virtuosa como Sócrates. El juicio de Sócrates fue motivado por infundios y resentimientos y tuvo lugar ante un jurado popular de 500 ciudadanos seleccionados por sorteo. Sócrates podía haber elegido una pena de destierro, pero prefirió aceptar la pena de muerte para manifestar su compromiso con el acatamiento de las leyes democráticas.

Frente al relativismo moral de los sofistas, Sócrates pensaba que los conceptos morales como “justicia” pueden ser definidos racionalmente. Definir racionalmente estos es necesario para llevar una vida reflexiva y para que la sociedad pueda configurarse de acuerdo con un orden razonable. Platón comparte esta convicción socrática, llevándola a su expresión más radical en la teoría de las ideas, en la que los conceptos como “la Justicia en sí” o “la Bondad en sí” tienen una existencia real e independiente de las opiniones humanas acerca de estos (Navarro y Calvo, 1980).

La doctrina de las Ideas es el núcleo de la filosofía política platónica. Las ideas son la estructura del mundo físico, del conocimiento intelectual, de la concepción del ser humano y de los ideales morales y políticos. El conocimiento intelectual es un sistema de estructuras matemáticas, de esencias, verdades exactas y eternas (un teorema matemático, por ejemplo, no está sometido a variación). Para el filósofo, **el mundo de las ideas es la esencia objetiva de la realidad** (la auténtica realidad más allá de las apariencias que nos transmiten los sentidos).

El mundo de las ideas es un sistema perfecto, racional y organizado, **cuya cúspide es la idea del bien. Comprender el bien es necesario para gobernar correctamente**, pues el bien es orden, sentido y entendimiento de todo lo real. El filósofo debe avanzar en el conocimiento de las ideas hasta contemplar la idea del bien y alcanzar así el conocimiento pleno, incluyendo las normas que debe tener el orden político y moral para que el conjunto social funcione armónicamente. En “La República”, Platón **compara la idea del bien con el sol, que ilumina** todos los objetos del mundo sensible, permitiéndonos verlos. Del mismo modo, el bien permite contemplar todo el mundo de las ideas, comprendiendo la justicia y todos los ideales morales a los que debe acomodarse la conducta individual y la organización de la sociedad.

Los sabios son los que han penetrado en la esencia de la realidad hasta el punto de alcanzar la comprensión que habilita para gobernar, pues existe un saber político dentro de la naturaleza del mundo. Por eso Platón considera que **los sabios deben ser las personas que gobiernen la sociedad**. La humanidad cometerá constantes errores hasta que los verdaderos filósofos ocupen los cargos públicos, o bien hasta que los que ejercen el poder

en los Estados lleguen a ser auténticos filósofos. Los gobernantes deben ser los más capaces y lo que legitima el poder es la sabiduría.

El ser humano se incardina en el mundo físico al cual pertenece su cuerpo, pero según Platón, **la parte más noble del ser humano es su alma racional**, que pertenece al mundo de las ideas, a cuyo conocimiento está destinada por naturaleza. Platón no comparte la concepción sofística de la naturaleza humana según la cual lo natural es buscar el placer y el dominio del más fuerte. Según Platón, lo más característico de la naturaleza humana es la razón, que es la facultad suprema. De esa búsqueda del conocimiento no solo depende la comprensión científica, sino también la obtención de una visión de lo justo, para conducirse en la vida personal y para gobernar la vida política.

Sin embargo, Platón sostiene que, además de la razón, el ser humano tiene otras tendencias y facultades. Platón distingue **tres partes del alma**: racional, irascible y concupiscible. En la “República” Platón explica que el **alma racional** es aquella con la que razonamos, la parte más noble, cuya actividad consiste en pensar y en dirigir a las otras dos. Es inmortal y es la que nos lleva al mundo de las ideas. El **alma irascible** es la voluntad, la que nos permite decidarnos a actuar y la que regula las pasiones más nobles (el valor, la esperanza, la ambición). El **alma concupiscible** es la fuente de los deseos e instintos, como el de supervivencia, el hambre y el apetito sexual. Es la parte mortal del alma, que nos arrastra hacia lo corpóreo.

La teoría de las tres partes del alma le **aleja del intelectualismo moral radical de Sócrates**. Sócrates consideraba que cuando alguien actúa mal es porque realmente no ha comprendido las implicaciones de lo que hace (aunque la persona piense que sí las comprende). Si realmente supiera lo que hace, no lo haría. En la teoría de Sócrates no hay lugar para la responsabilidad moral, pues quien actúa mal es en realidad ignorante. En derecho penal, la teoría socrática conduciría a oponerse a todo castigo y a defender únicamente la reinserción educativa de los presos. Platón coincide con Sócrates en la afirmación de que el conocimiento conduce al bien, pero se aparta de este al sostener una persona puede

comportarse mal aunque sepa lo que es correcto, porque **hay partes del alma menos elevadas que la razón.**

En el diálogo “Fedro”, Platón expone el **mito del carro alado**. Se trata de un carro conducido por dos caballos alados, uno blanco y otro negro. El carro está guiado por un auriga. En un momento de la marcha, el caballo negro se desboca y, a pesar del esfuerzo del auriga, el carro se sale del camino y cae en el mundo de lo sensible. Con este mito Platón explica su doctrina de las partes del alma. El auriga representa al alma racional, el caballo blanco es el caballo bueno que representa al alma irascible (fuerza, valor), mientras que el caballo negro es el animal rebelde que representa al alma concupiscible (las bajas pasiones). La moraleja del mito es que las personas solo pueden comportarse de modo justo cuando la razón gobierna sobre las pasiones.

En su obra “La República” Platón expone cómo debe organizarse **la ciudad ideal, una utopía de la sociedad bien organizada**, que contiene una crítica a la ciudad real de la política democrática. Según Platón la política democrática es desordenada, injusta y debe ser desterrada. En su lugar, la sociedad ideal **se organiza en tres clases sociales** por medio de **una educación encargada de seleccionar** a cuál de ellos pertenece cada hombre y cada mujer con independencia de su filiación inicial. Esa educación permitirá el gobierno de los sabios. Cada una de las tres clases sociales destaca por **la virtud dominante de su alma:**

GOBERNANTES	GUARDIANES	PRODUCTORES
Deben ser prudentes	Deben ser valientes	Deben ser moderados

Platón tenía una concepción de la justicia como un orden en el que cada parte realiza su cometido. De este modo, la **justicia individual** se produce cuando el alma racional gobierna a las otras dos guiándose por la prudencia, el alma irascible actúa de modo valiente y el alma concupiscible, de forma moderada. La **justicia social** también se produce cuando los gobernantes son sabios, los guardianes son valientes y los productores

son moderados (los productores son comerciantes, trabajadores y campesinos). La prudencia permite que los gobernantes puedan discernir lo más viable y conveniente para el bienestar futuro de las polis; la valentía permite a los soldados acometer sus tareas y la moderación permite que los productores no sucumban sin mesura a los instintos y pasiones.

Platón llama “**Calípolis**” a su ciudad ideal, que es una monarquía con **un rey filósofo** rodeado por una aristocracia filósofa. Platón considera que las personas nacen con diferencias naturales que les destinan a una de las tres clases sociales antes mencionadas. La separación no es del todo rígida. Platón lo expone con el **mito de los metales**. Cada persona tiene un alma constituida por un metal (oro, plata o hierro). Las personas con alma de oro (que deben ser educadas para gobernantes) pueden tener hijos con alma de otro metal. Del mismo modo, los trabajadores con alma de hierro pueden tener hijos con alma de oro o de plata.

Cada clase social satisface unas **necesidades de la comunidad**: las personas trabajadoras proporcionan elementos como el alimento y la vivienda. Pero también es necesario garantizar el intercambio económico, conseguir nuevos territorios y la defensa en las guerras. Para ello es necesaria la clase de los gobernantes, de entre cuyos miembros, los mejores podrán seguir formándose para ser gobernantes. Los gobernantes son los mejores por su naturaleza y por su educación.

En el **mito de la caverna** Platón expone que el camino de la sabiduría permite ascender hasta el conocimiento de la verdad y el bien, y posteriormente el filósofo debe volver a la caverna (instruir a los demás) para que los demás prisioneros de la caverna comprendan la verdad. Platón propone que solo las personas con tendencia natural a la sabiduría y al valor reciban una **educación** en aritmética, geometría y dialéctica. Las personas con acceso a esta educación integrarán la élite de los guardianes, que serán los encargados de seleccionar entre ellos a los sabios que gobernarán la ciudad. El gobernante será el mejor y el más sabio.

El grupo de los guardianes llevará **un modo de vida comunitario**, sin propiedades ni riquezas personales, pues así se evitarán los impulsos egoístas que ponen en peligro el equilibrio de la sociedad. Tampoco podrán

tener familia ni un matrimonio permanente, salvo que el matrimonio se realice con mujeres de la misma clase para preservar la pureza del grupo.

En la ciudad platónica, **las mujeres** pueden pertenecer al grupo de los guardianes igual que los hombres, lo que implica que pueden ir a la guerra y administrar la ciudad. A diferencia de las mujeres atenienses de la época, las mujeres de la ciudad ideal de Calípolis pueden tener una vida social libre. Sin embargo, Platón defiende que las mujeres de Calípolis estarán obligadas a gestar y parir hijos durante todos los años de vida fértil y tendrán que separarse de los bebés nada más nacer, a fin de que las clases sociales se basen en la naturaleza de cada individuo y no en la sangre. Los bebés serán criados de modo comunitario por educadores, tanto hombres como mujeres. El filósofo considera que la única familia debe ser la comunidad, pues así se terminará con las preferencias de los padres sobre sus hijos. En su ciudad ideal, las uniones sexuales serán organizadas por sorteo y planificadas para controlar el tamaño de la población y mantener la pureza de las clases.

Platón defiende que solo el gobernante puede y debe utilizar la mentira siempre que sea en beneficio de la comunidad. Además, recomienda el control de la opinión pública por parte de los sabios y señala que solo debe existir arte que adoctrine a la población acerca del bien y la justicia.

Platón **intentó varias veces crear su comunidad ideal** en Sicilia, pero sus intentos fueron fallidos por motivos políticos ajenos a su proyecto. Otro proyecto de Platón que sí tuvo enorme éxito fue la **fundación de la Academia**, donde transmitió sus enseñanzas. El centro se llamaba así porque se situaba en un jardín de Atenas dedicado al héroe Academo. La Academia podría ser considerada la primera universidad europea, con permiso de las universidades medievales que se fundaron a partir del siglo XI y que dieron forma al concepto de universidad que tenemos hoy.

## LA TEORÍA POLÍTICA DE ARISTÓTELES

**Aristóteles renuncia expresamente al utopismo** de Platón, pues considera **dogmático postular un único saber político acerca de una única “ciudad ideal”**. Además, se aparta de la radicalidad de las propuestas

platónicas y se decanta por reformas pragmáticas. Considera que la propiedad privada no es la responsable de los conflictos sociales, sino más bien la acumulación desmesurada de bienes, pues no deberían existir ciudadanos muy ricos ni muy pobres. Tampoco está de acuerdo con la abolición de la familia, pues considera que dicha institución es fundamental para mantener virtudes necesarias como la amistad y la fidelidad.

Pese a la tendencia de Aristóteles a la moderación, no por ello renunció a la tarea crítica, puesto que realizó una crítica sin utopía. El filósofo se interesó por lo que hoy denominamos **“derecho constitucional comparado”** y uno de los proyectos del Liceo fue reunir una amplia **colección de constituciones**. Una de ellas era la **Constitución de los atenienses, obra del propio Aristóteles** y afortunadamente conservada, en la que recoge el derecho público de Atenas y la historia de sus instituciones (Escudero, 2011).

En otra de sus obras, la “Política”, estudia distintas formas de gobierno analizando los objetivos y el funcionamiento característicos de cada una de ellas. La finalidad de la teoría de Aristóteles es **detectar los fallos que conducen a un sistema político a la decadencia**, como estaba observando en su tiempo. Aristóteles **distingue tres formas de gobierno**: monarquía, aristocracia y democracia.

El filósofo entendía que **la democracia, convenientemente reformada, era viable y legítima**. Aceptaba que los regímenes políticos no son perfectos pero sostenía que la filosofía política contribuye a **la búsqueda de lo mejor de lo posible** (un “ideal” desde el que criticar el statu quo). Aristóteles teorizó sobre los regímenes políticos y acerca de **la corrupción de los mismos, que ocurría cuando los líderes se alejaban de las leyes y del bien común**. Esta tabla recoge su conocida clasificación:

REGÍMENES POLÍTICOS	¿EN QUÉ CONSISTE?	FORMA CORRUPTA
Democracia	Gobierno de la mayoría	Demagogia (populismo)
Aristocracia	Gobierno de unos pocos	Oligarquía
Monarquía	Gobierno del mejor	Tiranía

El principio central de todo orden social debe ser la justicia, virtud que reúne todas las demás virtudes y lleva a cabo la amistad entre todos los ciudadanos. **La justicia** es una virtud práctica similar a la prudencia pero referida a la comunidad y no al individuo. La justicia no es una virtud exclusiva de la monarquía, ni de la aristocracia ni de la democracia. Lo necesario para que se de un orden justo es que cada parte de la sociedad realice su tarea orientándose todas hacia el **bien común** y que el Estado se rija por **leyes generales** y no por decretos arbitrarios, además el Estado funcionará mejor si los ciudadanos obedecen voluntariamente. Como sistema ideal, Aristóteles se decanta por un **modelo mixto entre democracia y aristocracia**. La función del ciudadano en tiempos de paz es participar en la política, mientras que en tiempos de guerra deben defender el Estado. Aristóteles señala que los ciudadanos libres no deben realizar labores manuales o comerciales, sino que son **los esclavos** los que están determinados por su naturaleza a la realización de dichas actividades.

Para Aristóteles, como es propio del pensamiento griego, el ser humano no es individuo por una parte y ciudadano por otra. Es en el seno de la polis donde se desarrolla como ser humano. Frente a algunas teorías de origen sofístico que consideraban la sociedad un producto de la convención, Aristóteles considera que la sociabilidad es un rasgo esencial de la naturaleza humana (Navarro y Calvo, 1980). En la “Política” afirma “el Estado es algo producido por la naturaleza, y **el hombre es por naturaleza un animal político**” (1-I-c2). Aristóteles tiene una **concepción teleológica** de la naturaleza, es decir, considera que el ser humano tiende por naturaleza a la vida en sociedad (la sociabilidad es el fin propio del ser humano). La plenitud y perfección del ser humano se produce en el Estado.

Aristóteles recoge la idea, formulada también por Platón, de que el ser humano tiene **una naturaleza intermedia entre las bestias y los dioses**. Aristóteles afirma que la vida en sociedad es imposible para las bestias e innecesaria para dios: “aquel que no puede vivir en sociedad o no tiene necesidad de ello, porque es autosuficiente, ha de ser una bestia o un dios” (Política I-2). Esta tesis será recogida también por el pensamiento ilustrado moderno para explicar la necesidad humana del contrato social. La capacidad intelectual es la que nos distingue de los animales, se expresa mediante la palabra (logos), que nos viene dada por la sociedad.



Como el ser humano es un animal social, no podríamos satisfacer por nosotros mismos todas nuestras necesidades, sino que necesitamos los bienes materiales y el afecto de nuestra familia y amigos.

#### FILOSOFÍA POLÍTICA HELENISTA Y ROMANA

En el **siglo IV a. C** tuvo lugar el final de la democracia griega. La política griega se centraba en la ciudad-estado y jamás pensaron en la unificación de Grecia ni en la colonización del mundo, más allá del comercio y la autodefensa. Pero **Alejandro Magno** de Macedonia, que fue pupilo de Aristóteles, revolucionó el mundo fundando **un imperio** que comenzó con la **invasión y unificación de Grecia** para luego proseguir en la conquista de Persia hasta llegar a la India. Dicho imperio se escindió en varias monarquías tras el temprano fallecimiento de Alejandro Magno. Con el imperio llegó el fin de la política democrática y el comienzo del **periodo helenista**. Grandes áreas geográficas se incorporaron a la cultura helenística y las nuevas capitales intelectuales, Alejandría y Rodas, superaron a Atenas en todas las ramas del saber, excepto en retórica y filosofía.

La participación activa en la polis era fundamental en la vida griega. Cuando llegó a su fin la independencia de las ciudades y el destino de estas dejó de estar en manos de los ciudadanos, estos **tuvieron que buscar un nuevo sentido de la vida**. Las nuevas escuelas helenistas respondían a dicha necesidad. Los grandes sistemas políticos, como los ideados por Platón y Aristóteles, dejaron de tener sentido y en su lugar aparecieron **teorías éticas centradas en la vida personal**, que postulaban el ideal de la sabiduría, el autodominio y la sencillez (Navarro y Calvo, 1980). En Atenas continuaban abiertas las escuelas fundadas por Platón (la Academia) y por Aristóteles (el Liceo), pero además se fundaron allí en el periodo helenista nuevas escuelas como el Jardín de Epicuro y la Stoa de Zenón.

**Epicuro defendía el abandono de la política y la vida en comunidad** en compañía de amigos (con esta intención fundó su jardín). Epicuro sostuvo que el ser humano debía alejarse de la política y buscar la felicidad individual. Dicha felicidad se logra, según Epicuro, **buscando el propio placer**, pues eso es lo que dispone nuestra naturaleza. Epicuro suscribió la

filosofía atomista de Demócrito, contribuyendo a liberar a las personas de las tres grandes preocupaciones que impiden disfrutar de la vida: el temor al destino (pues **en el atomismo no hay destino**), el temor a la muerte (¿por qué temerla si **el alma, compuesta de átomos, es mortal** y todo acaba con ella para el ser humano?) y a los dioses. Con respecto a la justicia, los epicúreos defendían la compasión y el perdón. Esta escuela sostenía que no existe un derecho inamovible, sino que **las leyes son fruto del acuerdo** y tienen como fin evitar que los demás nos dañen.

Con respecto a la **escuela cínica**, eran personas que **vivían en la pobreza** por voluntad propia. De modales hoscos, dejaban a un lado las convenciones sociales. Eran ascéticos y **renunciaban sus necesidades al mínimo** para no depender de nada. Para los cínicos no tenía sentido la lucha política porque la liberación estaba en el interior, puesto que el sabio **no necesita instituciones**, Estado o riquezas. Diógenes, fundador de la escuela cínica, decía: “soy ciudadano del mundo”. Esta idea se denomina “**cosmopolitismo**”. Para esta escuela **todas las personas son iguales**, sin importar su procedencia, su clase o su sexo (a pocas mujeres se les permitió florecer en la filosofía clásica, pero un caso notorio fue el de Hiparquia, discípula de Diógenes).

**La escuela estoica fue la que más influyó sobre el mundo romano**, donde no se limitó a ser una doctrina de sabios, sino que se convirtió en la doctrina característica del Estado y el pueblo romano. Los estoicos sí intervenían en la política y se preparaban para ser **políticos austeros y rígidos funcionarios**. Como los cínicos, sostenían que **la auténtica libertad es el autodomínio** y defendían **guiarse por la razón** y no dejarse llevar por los placeres, pero a diferencia de los cínicos esgrimían valores de acción y **deber ciudadano**.

Al igual que el pensamiento cínico, el estoicismo no hacía distinción entre seres humanos por clase o procedencia. También de los cínicos tomaron el cosmopolitismo, señalando que cada ser humano pertenece a la vez a la comunidad local y a la comunidad humana. Defendieron la importancia de la cultura y su difusión y **justificaron el imperialismo romano** como una misión humanitaria.

El estoicismo sostenía la existencia del **derecho natural**, un derecho inherente a la naturaleza humana y contrapuesto al derecho local emanado de los acuerdos coyunturales. Los estoicos rechazaron los aspectos biológicos del naturalismo aristotélico y sostuvieron que el derecho natural es un logos inmaterial, una racionalidad a la que deben adaptarse las acciones humanas para ser morales. Cicerón consideraba que las leyes naturales son divinas y eternas. Fue el estoicismo romano el que más **teorizó sobre el derecho**. Polibio esbozó la necesidad de un equilibrio entre las instituciones, en una doctrina precursora de la separación de poderes. Cicerón sostiene que el pueblo no es un conglomerado de individuos sino un acuerdo de unión con respecto a un único derecho. La autoridad del Estado nace del pueblo y solo puede ser ejercida en el marco de la ley. En el periodo republicano las ideas estoicas prestaron más atención al derecho, mientras que en el periodo imperialista el estoicismo fue centrándose en la vida interior, siguiendo postulados como los de Séneca. Durante el imperio, el estoicismo se fusionó con el cristianismo.

Es bien conocida la dureza del temperamento estoico. Sostuvieron que todo está predeterminado por los dioses y la verdadera sabiduría consiste en **aceptar el destino serenamente y sin aspavientos**. Los estoicos se oponían al perdón, pues a su juicio, quien perdona desautoriza las leyes o sugiere que el que cometió la falta no es responsable de ella.

Al margen del estoicismo, es importante destacar el papel que tuvieron en el pensamiento romano **el derecho y la retórica**. El modelo educativo de Grecia se trasladó al mundo romano, pero menos vinculado del ideal democrático. En Roma se tomó como modelo para la educación de las élites, de cara al desempeño de la política y las profesiones de prestigio. Cicerón (1951), inspirado por la sofística griega, formuló un **ideal del ciudadano de pro**, curtido en la arena de la abogacía y los cargos políticos. Cicerón describe a un **jurista que ama su profesión** y cuyos consejos resultan útiles para la sociedad y sus conciudadanos. “Su casa es como el oráculo de la comunidad”, afirma. Asimismo, el abogado y orador descrito por Cicerón es **culto y muy leído**, no solo en lo concerniente a obras literarias, sino también a la filosofía y otros saberes, que le adornan en el estrado. Quintiliano (2001) profundizó ese modelo cívico de Cicerón, detallando las materias que debían estudiarse para

adquirir una **completa educación humanística**, con la retórica como piedra angular. Además, Quintiliano enfatizó la importancia de alcanzar la excelencia de la persona a través del **cultivo de las virtudes morales**. En el modelo humanista de Quintiliano, la praxis jurídico-política debía llevar aparejada la búsqueda de la justicia y la rectitud moral.

## 2. TEORÍAS POLÍTICAS CRISTIANAS

### LA TEORÍA POLÍTICA DE AGUSTÍN DE HIPONA

Agustín de Hipona pertenece a la patrística, es decir, el conjunto de teólogos a los que se considera padres de la iglesia católica porque sentaron las bases de dicha religión. Vivió en el siglo IV y su pensamiento se vio muy influido por el cristianismo platónico, donde Dios ocupa el lugar de la idea del bien, de manera que cuando la fe nos conduce hasta Dios, eso nos permite alcanzar la iluminación de todas las ideas. La doctrina de Agustín de Hipona dominó el panorama intelectual de occidente hasta el siglo XIII.

Agustín de Hipona sostuvo que la auténtica felicidad del ser humano consiste en el amor de dios y cabe considerar dos grandes grupos de personas: “aquellos que se aman a sí mismos hasta el desprecio de Dios” y “aquellos que aman a Dios hasta el desprecio de sí mismos”. Mientras que los primeros constituyen la **“ciudad terrena”**, los segundos conforman la **“ciudad de Dios”**. Ambas ciudades están mezcladas en cualquier sociedad de la historia y solo en el juicio final serán separadas, pero un Estado solo podrá ser justo si su actuación está inspirada por los principios morales del cristianismo. Esto implica que **la Iglesia debe orientar moralmente al Estado** (Navarro y Calvo, 1980).

### LA TEORÍA POLÍTICA DE TOMÁS DE AQUINO

Tras la patrística (que aglutinó a los teólogos del cristianismo en sus primeros siglos), tuvo lugar la escolástica, desarrollo de la teología cristiana que tuvo lugar durante la Edad Media, cultivándose en las escuelas catedralicias, monasterios y universidades. En el siglo XIII la sociedad

Europea tenía una estructura estamental, dividida en tres clases: pueblo llano, clero y nobleza. Por su parte, la forma política era la monarquía. La organización social se entendía ratificada por la voluntad de Dios y la política se explicaba a través de la teología (esto se extendió, al menos, hasta el contractualismo moderno). En este contexto, el teólogo escolástico Tomás de Aquino escribió su epístola “La Monarquía”, dirigida al rey de Chipre.

En ella expone que **la monarquía es la mejor forma de gobierno**, porque asegura el orden y la unidad. **La unidad produce armonía** mientras que la multiplicidad produce disputas. Tomás de Aquino pone varios ejemplos para defender esta idea: 1. Muchas personas solo pueden arrastrar un barco hacia el mar si actúan al unísono. 2. El ser humano tiene muchas partes del alma pero un solo corazón y una parte del alma (la razón) que gobierna al conjunto. 3. En la naturaleza observamos que las abejas (que actúan de un modo asombrosamente organizado) tienen una reina. 4. La monarquía es el orden más natural, a imagen y semejanza del universo en el que hay un solo Dios, creador y señor de todas las cosas, de cuya unidad se deriva toda multitud.

Tomás de Aquino defendió que la monarquía es la mejor forma de gobierno, pero pese a ello suscribió la teoría aristotélica de que existen **tres formas posibles de gobierno** y las tres pueden corromperse. El esquema es el siguiente:

FORMA CORRECTA	Monarquía (un solo hombre)	Aristocracia (una élite)	Democracia (el pueblo)
FORMA CORRUPTA	Tiranía	Oligarquía	Demagogia

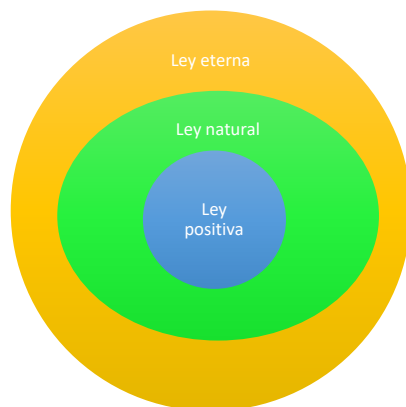
En esta epístola Tomás de Aquino expone también las funciones de un rey. Un rey es quien dirige una ciudad, igual que el padre de familia gobierna la casa y por eso los reyes son los padres del pueblo, que deben procurar el bien común. Además de gobernante, el rey es el legislador, dado que establece y hace cumplir las leyes positivas. La ley positiva, para ser justa y legítima tiene que reflejar con fidelidad una ley más alta,

la ley natural. La ley natural es establecida por Dios, el supremo y máximo legislador. El creador de la ley positiva, **el rey, debe a Dios su legitimidad**. Por encima del poder político, normándolo y limitando su acción, está siempre la ley divina. Las decisiones del poder político que se opongan a la ley natural son nulas, carecen de obligatoriedad y **deben ser desobedecidas**. Aunque Tomás de Aquino no lo aborda en este escrito, como la autoridad real emanaba de Dios, se deduce que el monarca debía estar, en último término, subordinado al **máximo representante de Dios en la tierra, el Papa**. Por eso todo monarca legítimo debía a éste fidelidad y sumisión. El monarca debía favorecer la labor de la Iglesia en su reino.

En su obra más conocida, la “Suma Teológica”, Tomás de Aquino realiza un análisis del derecho natural inspirándose en la teleología de **Aristóteles**. La **perspectiva teleológica** se pregunta qué comportamientos conducen al ser humano hacia la felicidad y la plenitud de su naturaleza. Según el teólogo, el ser humano se distingue de los demás seres naturales por su racionalidad, pues puede **deducir las normas** de conducta más compatibles con su naturaleza. Según Tomás de Aquino, el contenido de la ley natural se deduce de tres tendencias: en tanto que **sustancia** el ser humano tiende a preservar su vida, en tanto que **animal** tiende a procrear y cuidar a sus hijos, en tanto que **racional** tiende a conocer la verdad y a vivir en sociedad. Tomás de Aquino también suscribe la idea agustiniana de que el fin superior para el ser humano, no es otro que **el conocimiento de Dios**. Estos contenidos de la ley moral natural son evidentes, inmutables y válidos para todos los seres humanos a pesar de las diversidades culturales y cambios históricos.

Tomás de Aquino sostiene que la existencia de la ley positiva es una exigencia de la ley natural misma. La ley positiva no es el mero resultado de una imposición caprichosa por parte de los más fuertes o de un arbitrario acuerdo, sino algo exigido por la naturaleza misma del ser humano en cuanto ser social, pues la vida en sociedad solo es posible sobre la base de unas normas legales que regulen la convivencia. La ley positiva es una prolongación de la ley natural. **La ley natural es el marco** que señala los límites dentro de los que ha de organizarse moralmente la convivencia humana (Navarro y Calvo, 1980).

El teólogo sostiene que Dios ha dispuesto el orden del universo en la **ley eterna**. Ahora bien, no regula del mismo modo el comportamiento humano y el del resto de seres vivos. El comportamiento de los seres vivos ha sido regulado en **leyes físicas** que no pueden eludir, pues carecen de libertad. El ser humano, por el contrario, es un ser libre y su conducta sea ordenada no por leyes físicas sino por la **ley natural**, que respeta su libertad. La ley natural es aquella parte de la ley eterna que se refiere específicamente a la conducta humana.



El concepto de ley natural (ordenación racional de la conducta humana basada en las demandas de la naturaleza) tuvo mucha importancia en la ilustración, si bien en dicho periodo se prescindió de la fundamentación teológica.

#### TEORÍA POLÍTICA DE LA SEGUNDA ESCOLÁSTICA

La segunda escolástica (conocida también como “**Escuela de Salamanca**”) fue un grupo de teólogos españoles de los **siglos XVI y XVII**, que reclamaban los **derechos naturales** a la vida, la dignidad, la propiedad y la libertad de pensamiento, entre otros. Algunos de sus representantes fueron **Francisco de Vitoria, Francisco Suárez y Juan de Mariana**. Dicha corriente actualizó la doctrina iusnaturalista y concluyó que **todas las personas comparten la misma naturaleza y, por tanto, los mismos derechos**. Los derechos se consideran algo inherente a las

personas y, por tanto, les pertenecen por encima de las consideraciones de cualquier Príncipe o Papa, e independientemente de su religión o vinculación política. Estas ideas iusnaturalistas **se llevaron a la práctica en América**, conduciendo al reconocimiento de **los derechos de los indígenas**, como el derecho a la propiedad de sus tierras o a la prohibición del uso de la fuerza como medio para convertirlos al cristianismo.

Además, defendieron que el poder de la monarquía tenía su origen en **la soberanía del pueblo**, el cual la transmite al príncipe gobernante mediante un pacto o contrato entre ambas partes: los seres humanos **son libres por naturaleza** y no deben ser dominados por ningún otro ser humano. **Solo el rey puede mandar, pero si es injusto puede ser depuesto**. Los autores defendieron que lo más importante no es el sistema político que adopte un Estado, sino más bien los derechos y las condiciones de vida de la ciudadanía. La idea iusnaturalista del **contrato social será uno de los principios clave de la democracia representativa**. El contractualismo considera que la comunidad puede elegir su sistema político.

### 3. TEORÍAS POLÍTICAS RENACENTISTAS

#### EL REPUBLICANISMO HUMANISTA

La tradición romana no desapareció en el norte de Italia durante la Edad Media y por eso surgieron **ciudades-Estado republicanas**. Las primeras asambleas legislativas republicanas de Florencia datan de comienzos del **siglo XII y duraron hasta el siglo XVI**, cuando los Médicis las sustituyeron por una monarquía. La república florentina nunca fue una democracia auténtica, porque en realidad el poder estuvo en manos de los nobles, comerciantes y banqueros (grupos privilegiados que estuvieron envueltos en constantes luchas entre facciones); sin embargo, **la participación del pueblo** a través de los gremios de artesanos alcanzó niveles desconocidos para el mundo feudal en que estaba inmerso el resto de Europa.

Como expone Moisés González García (2002), frente a la concepción medieval del ser humano como ser resignado cuyo destino está determinado desde su nacimiento, en la Florencia del siglo XV apareció la idea de que **las personas eran protagonistas de su propio destino**.



Inspirándose en filosofías grecorromanas como la de Cicerón, defenderán una noción secular de **la dignidad humana**. Pico della Mirandola señaló que el ser humano ocupa un lugar único en el universo porque es el animal que puede ser escultor de su destino. La dignidad humana ya no se entiende únicamente al modo cristiano como la posesión de un alma inmortal, sino que radica en la posesión del don de la palabra, la racionalidad y la libertad. Frente al ideal cristiano de la vida contemplativa, se apostará por el **ideal republicano del compromiso político** vehiculado a través de la participación y el discurso público. Los humanistas sostuvieron el ideal de la ciudad de las letras, que era una idea universalista, una **patria de toda la humanidad**, de forma que el hombre de letras se considera ciudadano del mundo. El ideal humanista apuesta por los ideales de **paz y libertad de todos los pueblos** y se opone a las tiranías. El republicanismo florentino recuperará el ideal demócrata de la **igualdad de oportunidades de participación** en los asuntos públicos. **La democracia** no solo se considera la única forma política legítima, sino que además se considera la más eficaz, pues cuando los ciudadanos pueden ofrecer lo mejor de sí mismos a la sociedad, despiertan sus talentos y se alcanza el bien de la colectividad. Con respecto a los gobernantes, los pensadores humanistas consideran que el **comportamiento virtuoso y honrado** es el que conduce hacia la justicia y obtiene el respeto del pueblo.

La obra “Utopía” de **Tomás Moro**, imita el género literario de la “República” de Platón, imaginando una sociedad ideal (desde la obra de Moro, este género narrativo recibirá el nombre de “utópico”). Moro considera que la principal meta de un gobernante es lograr una justicia que no permita que los más ricos exploten a los más pobres, sino que apunte a la consecución del **bien público por encima de todos los intereses privados**. Con respecto al derecho, Moro señalaba que la sociedad de su tiempo estaba tan corrupta que en lugar de basarse en **una justicia igual para todos**, se escindía en una justicia para príncipes y otra para los humildes, con **penas inhumanas como la de muerte** por el hurto famélico cometido por quienes no tenían otro medio para conseguir sustento. En opinión de Tomás Moro, solo en una sociedad realmente cristiana (que no practique un “cristianismo hipócrita”) podría alcanzarse la

justicia. La clave de la sociedad ideal estaría en la **abolición de la propiedad privada** y el consecuente carácter comunitario de los bienes. Moro es un humanista tardío que se aparta de la tesis de otros humanistas consistente en que el interés individual redundaría en el bien de la colectividad. Además, para los anteriores humanistas, lo importante no era la igualdad económica sino la libertad para desarrollar los talentos, incluyendo el emprendimiento comercial para generar riquezas.

#### EL REALISMO POLÍTICO DE NICOLÁS MAQUIAVELO

Nicolás Maquiavelo comparte con los humanistas la esencia del **ideal republicano**: la filosofía de que **los seres humanos deben ser activos** y protagonistas de su destino. Por lo demás, el pensador considera que los humanistas son idealistas que se dedican a pensar en repúblicas imaginarias. Para Maquiavelo, la tarea del pensamiento político es la de **ser útil** a la sociedad y sólo puede ser útil si es **realista**. El objetivo de la teoría política es **diagnosticar y poner remedio a los problemas** de la sociedad.

Maquiavelo piensa que la educación humanista en las virtudes conduce hacia una sociedad decadente formada por personas débiles. Frente a la virtud convencional, que en su época se identifica con la cristiana, Maquiavelo defiende la recuperación de la **“virtus romana”**, para que los pueblos italianos vivan en un Estado unitario y poderoso. Como explica Moisés González García (2002), se trataba de una virtud que buscaba la **gloria mundana**. Frente al concepto tradicional de la política como arte de gobernar según razón y según justicia, sucede un nuevo concepto que la entiende como arte de **conservar y conquistar el poder**. En eso consiste la nueva virtud política desarrollada en la obra “El príncipe”. Estamos ante **la teoría de la razón de Estado**, que iba a cambiar radicalmente el concepto de la política.

Para la política tradicional los medios deben ser siempre legítimos, para la política de la razón de Estado **los medios deben ser siempre eficaces**. En la nueva concepción política lo que cuenta son **los resultados** y la selección de medios debe ser una cuestión meramente **técnica**, libre de limitaciones morales. Maquiavelo sostiene que hay cosas que son consideradas como virtuosas (como la bondad, la sinceridad, la clemencia, etc.) pero

no siempre son compatibles con la defensa del Estado, mientras que hay otras cosas que son consideradas como vicios (como la crueldad, la insinceridad, etc.) que son necesarias para garantizar la seguridad del príncipe y de su Estado. **La esfera política y la esfera moral son para él independientes.** Y precisamente esta **autonomía de la política** frente a la esfera moral es la que ejemplifica más claramente la ruptura con la concepción clásica y con la teoría política de los humanistas.

Según Maquiavelo, a diferencia de lo que piensan los humanistas, **los seres humanos no son buenos por naturaleza.** Tampoco es que sean continuamente malos, pero es necesario que un gobernador presuponga que lo son. Toda la obra “El Príncipe” versa sobre los medios con que **asegurar la permanencia del Estado,** porque según Maquiavelo el Estado es el **único garante de la paz, la libertad y la prosperidad;** y por eso debemos defenderlo con todos los medios. La única condición que se puede exigir a esos medios es que sean eficaces en orden a asegurar la salvación de la patria. Las consideraciones morales no pueden ser un impedimento y el gobernante debe estar preparado para actuar sin escrúpulos si es realmente necesario.

Aunque Maquiavelo escriba con este descaro, señala que el gobernante no debe confesar su auténtica filosofía, sino que debe colorear bien las cosas y saber simular, porque **la política es el juego de las apariencias.** Ese arte de manipulación le es necesario no sólo para mantenerse en el poder, sino también para poder defender adecuadamente el Estado. No es necesario pues que el gobernante sea virtuoso, tal como entendían los humanistas, pero sí puede ser conveniente que lo parezca. El pensador considera que **los súbditos no son capaces de tomar sus propias decisiones políticas.** Necesitan un Príncipe salvador con poder para recurrir al uso de la fuerza y **conservar un lugar seguro** para sus súbditos, frente a las amenazas externas o internas, procurando la felicidad y el bienestar de la república. Para ello, el gobernante debe ser **fuerte y estratega,** anticipándose a los problemas cuando apenas están germinando y aprovechando las coyunturas históricas. No importa demasiado cómo llegue el Príncipe a gobernar: en algunos casos es **elegido por el pueblo** debido a su fortaleza y valor, en la mayoría llega **por herencia, suerte o estrategia.** Pero en cualquier caso, el gobierno demanda cualidades extraordinarias.

## 4. EL CONTRACTUALISMO ILUSTRADO

### LA ILUSTRACIÓN

La ilustración fue un movimiento teórico que se propuso **eleva**r el nivel **educativo y científico** de la sociedad y **someter a crítica** todos los conceptos del pasado, la tradición y la religión para avanzar hacia el **progreso humano basado en la razón**. En relación con la filosofía política, la ilustración se propuso explicar el origen y la naturaleza de la sociedad, así como exponer los fundamentos del orden político necesario para la prosperidad humana. Este movimiento se extendió durante el siglo XVIII, llamado por este motivo “**el siglo de las luces**”. La ilustración impregnó todas las ramas de la sabiduría, la ciencia y el arte.

En el terreno político, la ilustración inspiró las **revoluciones liberales burguesas**, desde la inglesa a la revolución francesa de 1789, alimentando con sus ideas la sustitución del antiguo régimen por el Estado moderno, justificado por los ideales de **libertad, igualdad y tolerancia**. En el siglo XVIII, alimentadas por estos ideales llegaron la “Declaración de Virginia”, la “Declaración de Independencia de los Estados Unidos” y la “Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. Se inventaron las Constituciones y se asentó la idea de que la **sociedad era un contrato**. Tras la revolución francesa gobernó Napoleón, que primero se hizo nombrar cónsul y más tarde se coronó emperador. Como expone Amelia Valcárcel (2019), bajo su influencia se desarrollaron en Europa los **códigos civiles, penales y mercantiles**, que establecen las bases de todo el derecho contemporáneo. Frente a los privilegios de sangre, se acabó con el derecho estamental y se declararon **los derechos individuales**. Se transformó el derecho penal, destacando la figura de Beccaria. La tortura dejó de ser un procedimiento legal, desaparecieron los castigos corporales y las humillaciones como los azotes, la vergüenza y la amputación. Solo se mantuvieron dos tipos de sanciones: multa o cárcel.

Los países en los que la ilustración tuvo mayor importancia fueron Inglaterra (donde se originó), Francia (donde adquirió mayor brillantez) y Alemania. En Inglaterra, la ilustración cultivó las ciencias de la

naturaleza y cuestiones de tolerancia religiosa. En Francia, donde la clase burguesa se enfrentó a la nobleza en la revolución, la ilustración abordó el estudio de la moral, el derecho y el progreso histórico. La **“Enciclopedia”** o **“Diccionario razonado de las ciencias, las artes y los oficios”** es la obra más representativa de la ilustración francesa, con participación de numerosos intelectuales de la época como Denis Diderot. Sus objetivos eran **difundir el conocimiento**, fomentando el **pensamiento crítico** para **cuestionar los prejuicios** y las creencias tradicionales. La ilustración alemana, ejemplificada por Immanuel Kant, se caracterizó por el estudio de la razón y de los principios que posibilitan el conocimiento de la naturaleza y la acción moral humana.

Como explica **Kant** en su artículo “¿Qué es la ilustración?”, “la ilustración consiste en el hecho por el que el hombre **sale de la minoría de edad**”. Kant define la minoría de edad como la “la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro”. Esa incapacidad se debe a la falta de fuerza de voluntad para **pensar y actuar de un modo independiente**. Por eso Kant afirma: **“sapere aude: ten valor de servirte de tu propio entendimiento. He aquí la divisa de la ilustración”**. Kant critica el modo en que las personas de su tiempo viven en la monotonía de las **constricciones religiosas, sociales y de conciencia**, así como en la **falta de libertad**. El remedio de esta situación solo puede ser la reflexión crítica de la razón, que el ser humano se clarifique sobre sus auténticos fines e intereses.

Por otra parte, Kant sostiene que la libertad no es un mero objetivo individual, sino que solo puede lograrse mediante la organización racional de la sociedad y la convivencia política. La época ilustrada apunta hacia un futuro de libertad que tal vez sea inalcanzable, una utopía. Para Kant, la ilustración es motor de la historia, pues **la historia debe ser entendida como mejora y progreso de la ilustración**.

Como exponen Navarro y Calvo (1980), la razón ilustrada se enfrenta a los prejuicios que la ciegan y paralizan, a las cargas de la tradición y a toda autoridad externa que no logre el consenso de la propia razón. Como sostuvo Hegel, “el principio de la ilustración es la soberanía de la razón, la exclusión de toda autoridad”. La razón ilustrada es tolerante

pues, en palabras de Voltaire, “la tolerancia es el patrimonio de la razón”; es analítica, pues se funda en lo empírico y la experiencia. Se trata de una razón secular (que no se remite a Dios para conocer la verdad o la moral) y humanista, porque entiende que las exigencias de la razón se deducen de la naturaleza humana, de manera que es posible desarrollar una “ciencia del hombre”.

## CARACTERÍSTICAS DEL CONTRACTUALISMO MODERNO

Las teorías del pacto o contrato social son elaboradas por el **iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII**. Estas teorías sostienen que **los ciudadanos crean el Estado mediante un pacto social**. Si no sometiera a la sociedad, el gobernante se convertiría en **un tirano** y quedaría justificada su **eliminación**. Las teorías contractualistas sirven para legitimar el Estado moderno y el Derecho que este crea en monopolio. **El Derecho no se considera una imposición por la fuerza**, sino fruto de la aceptación de sus destinatarios.

En las teorías contractualistas, el pacto social contiene en su interior **dos pactos**:

- **Pactum societatis**: Los individuos deciden de común acuerdo vivir en sociedad y abandonar el Estado de naturaleza.
- **Pactum subjectionis**: la sociedad crea el Estado y **las instituciones**. Los individuos se someten a un poder común y designan la persona a la que se confía el Gobierno.

Hay **dos grupos de teorías** del pacto social:

- Los autores que sostienen que, al firmar el pacto, los individuos renuncian para siempre a su poder y se lo **ceden por completo** al gobernante (Thomas Hobbes).
- Los autores que sostienen que, al firmar el pacto, los individuos se reservan cierto poder para **revocar el contrato** si se descubre que los gobernantes no cumplen los deberes que emanaron del contrato (John Locke y Jean Rousseau).

Un elemento importante de las teorías del contrato social es la hipótesis del **estado de naturaleza**, que fue **formulada por primera vez por Hobbes**. Este autor nos invita a **imaginar** una época sin gobiernos, sin soberanos, ni leyes, ni tribunales, ni derechos de propiedad establecidos. En su obra “Leviatán” explica: “En una condición así, no hay lugar para el trabajo, ya que el fruto del mismo se presenta como incierto; y consecuentemente no hay cultivo de la tierra (...) no hay sociedad. Y, lo peor de todo, hay **un miedo constante y un peligro constante de perecer de muerte violenta**. Y la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta”.

Para salir de esta situación, las personas establecen un contrato entre ellas, en virtud del que renuncian al uso privado de la fuerza y al derecho a arrebatarle su propiedad a otra persona, a cambio de paz, seguridad y la expectativa de un beneficio mutuo. Es necesario que las personas sean **aproximadamente iguales** en fuerza e inteligencia para que piensen que **les conviene ponerse de acuerdo** para crear una sociedad política. Deben ser vulnerables a las agresiones. Como explica Hobbes, “aunque puede encontrarse en ocasiones a hombres físicamente más fuertes o mentalmente más ágiles que otros, (...) el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, ya mediante maquinaciones secretas o agrupado con otros que se ven en el mismo peligro que él”.

Por último, deben darse unas condiciones de “**escasez moderada**”: los recursos no deben ser tan abundantes como para volver superflua la cooperación ni tampoco la escasez puede ser tan dura que solo quepa luchar hasta la muerte por el último recurso disponible. Los teóricos de la tradición del contrato social creen que **los seres humanos se encuentran típicamente en esas circunstancias** si nos abstraemos de las ventajas artificiales que otorgan la riqueza y las estructuras políticas existentes. Pero hay que destacar que la ficción del estado de naturaleza es explícitamente reconocida como **una hipótesis imaginaria, no como una descripción de un tiempo histórico remoto**.

Como expone Martha Nussbaum (2012), la teoría de que **todos somos básicamente iguales** en el estado de naturaleza trajo consigo profundas críticas a las fuertes desigualdades sociales basadas en la sangre y la

riqueza. Cualquier sociedad basada en unos principios que se alejen de los que escogería un conjunto de personas libres e iguales en el estado de naturaleza resulta cuestionable.

Martha Nussbaum (2012) destaca que para los contractualistas la principal motivación para renunciar a la libertad total que se disfruta en el estado de naturaleza es obtener una ventaja personal (como la seguridad, la conservación de la propiedad o la cooperación para obtener bienestar). Por eso los contractualistas excluyen del pacto social a aquellas personas que dependen económicamente de otras. Immanuel Kant, que también es un filósofo contractualista, excluye del contrato social a **las mujeres**, los menores y a todos los que no pueden mantenerse por su propia industria, incluyendo a **todas las personas empleadas por otras** (los trabajadores). Esta reflexión lleva a la distinción kantiana entre ciudadanos “activos y pasivos”. Los ciudadanos activos tienen el derecho al voto, a causa de su independencia; mientras que los ciudadanos pasivos no tienen derecho al voto, a presentarse a cargos políticos, o a organizarse para la introducción de leyes. Kant sostiene claramente que la dependencia es una condición que no se aplica a la mayoría de las personas adultas de la sociedad y que eso les descalifica para la mayoría de los derechos políticos.

Otra cuestión que aborda el contractualismo es **la justicia entre las naciones**. Así, Immanuel Kant imagina que, una vez establecidos los Estados, las relaciones entre ellos se parecerán a las del estado de naturaleza y habrá que establecer principios de justicia para regular las relaciones entre ellos. Cuando se trata de relaciones internacionales, los contratantes no son los ciudadanos sino los Estados, de modo que Kant adopta un enfoque del pacto social con dos niveles. La finalidad de las teorías del contrato social aplicadas al contexto internacional era establecer un derecho relativo a la guerra y la paz, pero dichas teorías no abordaron otras cuestiones como la redistribución económica o la protección de los derechos humanos básicos en el mundo.

#### EL CONTRATO SOCIAL EN THOMAS HOBBS

La obra de Hobbes se llama “Leviatán”, en alusión a un enorme monstruo artificial. El filósofo sostiene que **existen unos principios naturales de**



**justicia**, entre los que se encuentran la misericordia y el tratar a los demás como querríamos que nos tratarán a nosotros. Pero las leyes morales **no pueden dar lugar a un orden político estable**, porque son contrarias a nuestras pasiones naturales, fundamentalmente competitivas y egoístas. Hobbes parte de una concepción negativa del **estado de naturaleza** como una situación de **guerra de todos contra todos** (panpolemia), “**el hombre es un lobo para el hombre**” (*homo homini lupus*).

En ese estado de guerra existe una igualdad aproximada de poderes. Incluso los débiles pueden matar a los fuertes mediante el engaño. En los seres humanos no es posible la seguridad sin instituciones. Dado **el peligro que corremos**, deseamos buscar la paz para vivir sin **miedo a la muerte violenta**, con comodidad y disfrutando de las propiedades adquiridas mediante nuestro trabajo. Ese deseo de paz nos conduce al **pacto social**, que es el origen de los principios fundamentales de la sociedad política. Su objeto es **el beneficio mutuo** del conjunto de los seres humanos.

Como expone Nussbaum (2012), para Hobbes, la única forma plausible que puede tomar un contrato de este tipo es la de **atribuir todo el poder a un soberano**, sin reservarse ninguno y por eso no puede tomarse la venganza de su mano vengando las ofensas que otros le causen. La función del soberano consiste en mantener bajo control las pasiones de los individuos mediante el miedo al castigo y **preservar la seguridad** que les permita convivir. El pacto social crea una **monarquía absoluta** a la que los individuos (súbditos) deben someterse incondicionalmente.

## EL CONTRATO SOCIAL EN JOHN LOCKE

El pensamiento político de Locke influyó mucho en la formación de la filosofía política liberal. Influyó en Montesquieu, en la revolución americana y en todo el pensamiento liberal que **se opuso al absolutismo político**. Hemos de ubicar la obra de Locke en el momento histórico de Gran Bretaña, pues Locke escribió “Dos tratados sobre el gobierno civil” tras la revolución gloriosa, en la que triunfó la postura política defendida por Locke: el parlamentarismo. Durante los años anteriores a la

revolución hubo conflictos sangrientos entre parlamentaristas y absolutistas, así como entre católicos y protestantes.

Como expone Abbagnano (1978), el primero de los dos tratados sobre el gobierno civil de Locke está íntegramente dedicado a refutar las tesis de Robert Filmer, un defensor del absolutismo que sostenía que el poder de los reyes deriva por derecho hereditario de Adán, a quien le fue conferida por Dios la autoridad sobre todos los descendientes. John Locke **rechaza la teoría del origen divino de la monarquía**, pues esa tesis implicaría aceptar que los seres humanos no son libres e iguales por naturaleza (afirmación a la que se opone con vehemencia). Además, expone que es imposible saber tantos siglos después quiénes son los descendientes primogénitos de Adán y no hay prueba alguna de que la preferencia de Dios por este fuese trasladable a sus herederos.

En el segundo tratado sobre el gobierno civil Locke desarrolla su teoría política. Locke no comparte la visión hobbesiana sobre el ser humano, pues piensa que nuestra naturaleza no desemboca necesariamente en una “guerra de todos contra todos” (esta solo es una posibilidad entre otras). El autor expone que **en el estado de naturaleza existen deberes morales** como el de preservar la propia vida y la de los demás y el deber de no lesionar la salud, la libertad o la propiedad de los demás (cuyo fundamento es el trabajo). Al comprender que los otros **son seres humanos como yo** y poseedores de racionalidad, comprendo que tengo el deber de amarlos como a mí mismo. Los seres humanos poseemos una dignidad natural y queremos una vida acorde con ella. Pero nos encontramos en una **situación de necesidad**; ninguno de nosotros puede lograr una buena vida por sus propios medios. Por lo tanto, nos vemos naturalmente inclinados a **buscar la compañía de otros** y a crear comunidades políticas.

Gracias la renuncia a una parte de nuestra libertad se consigue establecer un orden seguro. Esta cesión **se realiza por beneficio propio**, pues cada individuo promueve sus propios intereses. En el estado natural resulta difícil la defensa de los derechos individuales porque el individuo es incapaz de repeler las agresiones de los demás. La sociedad política no es contraria al estado de naturaleza, sino algo útil para salvaguardar el disfrute pacífico de los derechos naturales.

En la teoría de Locke, **el fin principal del Estado es salvaguardar la propiedad privada**. Por eso escribe: “La razón por la que los hombres entran en sociedad es la preservación de su propiedad”. Se hace así necesaria una organización política y una ley. El Estado político tiene que operar como un **árbitro neutral** que regula, interfiriendo lo mínimo posible, las transacciones que ocurren en la sociedad civil. Como observamos, el **liberalismo** político de Locke conlleva también un liberalismo económico.

El fundamento racional de la sociedad es **el pacto** de todos los individuos que constituye el origen de la sociedad. A través de este pacto, explícito o implícito, los individuos renuncian a parte de su libertad, para poder disfrutarla con mayor seguridad, aceptando someterse a **la voluntad de la mayoría**. Los individuos también acuerdan el tipo de gobierno que les parece más adecuado.

La sociedad civil se reserva un inalienable **derecho a la rebelión** que debe ejercer cuando el Estado se extralimite en sus atribuciones vulnerando la ley de la naturaleza (que es la razón misma). Locke no aceptaría un pacto social que justifique el absolutismo despótico, porque el objetivo del pacto social es garantizar las libertades.

El Estado liberal tiene una **labor vigilante** y no interfiere en la esfera de **libertad del individuo**, que es la esfera íntima que le queda tras renunciar a parte de ella en el pacto social. Uno de los terrenos de la libertad individual es la **libertad religiosa**. El Estado no debe ser intolerante en materia de religión, sino que tiene que ser laico. El Estado es la esfera pública, mientras que la Iglesia es la esfera privada. Las funciones del Estado son el derecho a dictar leyes (incluida la pena de muerte), salvaguardar la propiedad, emplear la fuerza al servicio de la ley y defender al Estado del exterior en pro del bien público.

Locke defiende la **separación entre el poder legislativo y el ejecutivo** (la versión más refinada de este tópico la encontramos, como es sabido, en **Montesquieu**, que **añade el poder judicial**). Defiende que **los gobernantes están sujetos a la ley** (aspecto de lo que hoy entendemos por “Estado de Derecho”). Los individuos no pueden estar sometidos a más ley que la que el poder legislativo establezca de acuerdo con la confianza

depositada en él. El consentimiento de los ciudadanos a un poder elegido por ellos mismos es un acto y una garantía de libertad de los mismos ciudadanos. El pensamiento de Locke dispara en la línea de flotación de las monarquías absolutistas. En Locke, el Estado se rige en su organización por el **principio de la mayoría**. Observamos que va despuntando poco a poco la configuración política que ha prevalecido en el mundo moderno: la democracia liberal.

#### EL CONTRATO SOCIAL EN ROUSSEAU

Rousseau, en su obra “**El contrato social**”, sostiene que el hombre no es un lobo para el hombre. Por el contrario, Rousseau considera que el hombre en el estado de naturaleza es bueno, solidario y compasivo, un “**buen salvaje**”, mientras **la sociedad es la que lo corrompe**, volviéndolo codicioso y violento. Al comienzo de su obra afirma: “el ser humano nació libre y sin embargo en todas partes se halla encadenado”.

El filósofo rechaza el orden social dado y la **excesiva confianza de la ilustración en el progreso**. A su juicio, la cultura, las ciencias y las artes han sido los medios fundamentales de degeneración humana. Rousseau propugna la promoción de una “**religión civil**”, que consistiría en una educación en valores cívicos que alimenten la cohesión social y el amor sincero por las leyes y la justicia.

En el pensamiento de Rousseau, el estado de naturaleza no designa un hecho histórico al que se desearía retornar, sino que es un ideal con el que comparar el presente para proponer una sociedad que realice el potencial natural del ser humano. El filósofo **no reivindica el retorno a un estado natural** salvaje, sino la transformación del orden establecido.

**La creación del Estado permite la cooperación** para aumentar la supervivencia humana y para satisfacer las necesidades de los individuos. Recordemos que Hobbes consideraba que el contrato social exige la sumisión del pueblo, pero Rousseau en cambio sostiene que semejante forma de sometimiento impuesto por la coacción niega la libertad natural humana. Según Rousseau, el contrato social debe instituir una forma de asociación en la que las personas permanezcan tan libres como en la naturaleza.

De hecho, según Rousseau, el contrato social permitiría alcanzar un mayor grado de libertad que el posibilitado por el estado de naturaleza, pues cuando se obedece la ley es como si la persona se obedeciera a sí misma, ya que la ley del Estado emana de la **voluntad general**. En palabras de Rousseau “como no existe ningún miembro de la comunidad sobre el que no se gane el mismo derecho que a él se le permite sobre uno mismo, así cada uno recobra lo que entrega en la misma medida, y recibe, al mismo tiempo, una fuerza mayor para afirmarse a sí mismo y mantenerse en lo que es y en lo que tiene”. Esta idea del **autogobierno está en la base de las democracias modernas**. Para Rousseau, la legitimidad del poder se basa en la libertad de cada individuo que participa en el contrato social.

Como forma política Rousseau defendió una **democracia participativa**. Así, en “El contrato social” afirma “la soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo, pues, no son ni pueden ser sus representantes, son únicamente sus comisarios y no pueden resolver nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no **ratifica**, es nula.”

Rousseau defendió la idea de distribuir el poder igualitariamente entre todos los individuos y argumentó que **nacer pobre no debe condenar las expectativas** y que tampoco debe condicionar la vida el hecho de nacer débil. Rousseau desea igualar las oportunidades de los ciudadanos, **superando las desigualdades de cuna**. Como observamos, Rousseau es **el más demócrata** de los contractualistas

Por eso, como señala Amelia Valcárcel, a algunas de sus más entusiastas lectoras, como **Mary Wollstonecraft** y otras feministas ilustradas, les resultó incoherente que Rousseau dejara a la mitad de la ciudadanía al margen de la participación política solo **por el hecho de haber nacido mujeres**. Rousseau trazó una rígida **división entre el espacio público y el familiar**. El filósofo consideraba que la sociedad civil está caracterizada por el interés general, mientras que la sociedad familiar es el territorio de los sentimientos naturales. En su obra “Emilio” afirmó que la exclusión política de las mujeres era deseable y señaló como debían ser educados los niños y las niñas para ser ciudadanos modélicos. Casi todo

el libro se dedica a reflexionar sobre la educación del niño (Emilio), mientras que al modelo educativo de la niña (Sofía) le dedica una pequeña parte del mismo. Para la niña Rousseau dispone la reclusión en el hogar y que no se la eduque para la independencia, ni para tener criterio propio, pues en opinión del pensador, las **mujeres tienen por destino natural servir a un hombre**.

Como hemos visto, los autores contractualistas discreparon sobre cómo sería el ser humano en el estado de naturaleza. Hobbes consideraba que el ser humano es malo por naturaleza, Locke concibe al ser humano como capaz tanto del bien como del mal, mientras que Rousseau se inclina por pensar que el ser humano es bueno por naturaleza (el “buen salvaje”). Rousseau señala que son la civilización y la educación los que deforman al ser humano. En este punto es necesario reseñar la tesis de un contractualista ilustrado menos conocido que los mencionados y anterior a Rousseau: **Poulain de la Barre**.

De la Barre, en su obra “La igualdad de los sexos” (1996), expone **su visión del estado de naturaleza** como una sociedad en la que el ser humano era bueno e inocente y **no existía la jerarquía entre los sexos**. En dicha sociedad, tanto hombres como mujeres se dedicaban por igual a la agricultura y la caza. A su juicio, fue la guerra la que relegó a las mujeres por debajo de los varones, por ser menos belicosas y menos aptas para el combate. De la Barre señala que las mujeres, apartadas de la educación académica, muestran las cualidades de “**la buena salvaje**”, como la amabilidad, la modestia y la retórica. Se muestra indignado por la exclusión femenina en la política y los empleos y sostiene que en el futuro se vencerá el prejuicio de la costumbre y las mujeres accederán la igualdad, porque el intelecto no depende del sexo.

En este esquema vemos una comparativa del pensamiento de los conocidos contractualistas Hobbes, Locke y Rousseau.

	HOBBS	LOCKE	ROUSSEAU
OBRAS	Leviatán	Dos ensayos sobre el Gobierno Civil	El contrato social
ESTADO DE NATURALEZA	El hombre es malo “El hombre es un lobo para el hombre”	El hombre no es ni bueno ni malo	El hombre es bueno pero la sociedad le corrompe (mito del buen salvaje)
OBJETIVO DEL PACTO SOCIAL	Seguridad	Protección de la propiedad	Cooperación e igualdad social
RESULTADO DEL PACTO	Estado autoritario	Democracia representativa	Democracia participativa

## 5. LAS IDEAS SOCIALISTAS

El término “**socialismo utópico**” fue acuñado por Federico Engels y Karl Marx para denominar a un conjunto de pensadores que vivieron entre los siglos XVIII y XIX, entre los que destacaron Saint Simon, Fourier y Owen. Dichos pensadores **esbozaron la idea del “socialismo”** como organización de una sociedad justa y propusieron **modelos de ciudad ideal** basados en la cooperación. Por contraposición a dichos autores, **Marx y Engels denominan a su propia corriente “socialismo científico”**. En “Del socialismo utópico al socialismo científico” Engels señala que las teorías de los socialistas utópicos eran ingenuas porque pretendían emancipar a toda la humanidad en lugar de abogar por la emancipación del proletariado como clase independiente (cuando aparecieron los socialistas utópicos, el proletariado apenas existía). Además, los socialistas confiaban en la transformación a través de la mera proclamación de una nueva sociedad y negaban la necesidad de la lucha y la revolución.

**Saint Simon** denunció que la Revolución Francesa había supuesto un traspaso del poder de la clase aristócrata a la clase industrial, pero la clase más numerosa de la sociedad seguía igual de pobre y sometida. Este pensador despreciaba a la aristocracia rentista y a los industriales especuladores. Exponía que **todos los hombres debían trabajar** para sostener la economía y que la tarea de gobernar debería recaer en aquellos que trabajan. Consideró que la función del Estado consiste en garantizar el bienestar de las masas, de modo que es necesario **que el Estado controle la producción**. En su opinión, la política debería ser una **ciencia** de la producción

y gobernar debería ser, ante todo, administrar los bienes con una adecuada **preparación técnica**. Los discípulos de Saint Simon sostuvieron que el Estado debería convertirse en una asociación de trabajadores y **criticaron la propiedad privada y la herencia**, que perpetua los privilegios por nacimiento. Tanto Saint Simon como sus discípulos consideraban necesario que el socialismo tomase el lugar que ocupaba la religión, de manera que para ellos el socialismo tenía tintes de culto religioso.

**Charles Fourier** propuso unas comunidades ideales denominadas “**fansterios**”, que describió hasta sus últimos detalles. Se trataba de instituciones colectivas en las que los **medios de producción, los trabajos y los alojamientos eran comunes**. El trabajo debía basarse en la voluntariedad y las ocupaciones deberían rotar para evitar el aburrimiento. En el fansterio todo el mundo encontraría un trabajo que permitiera la expresión creativa de su **creatividad**. Fourier consideraba que la **familia burguesa** oprime a las mujeres y reprime el instinto, pero que la sociedad ideal tendría libertad sexual. Fourier defendió la igualdad entre los sexos y afirmó que el grado de emancipación de las mujeres es el mayor indicador del nivel de emancipación humana. Fourier defendió una **visión dialéctica de la historia** con fases de desarrollo basadas en la contradicción. La fase actual es la sociedad burguesa que, según Fourier, habrá de superarse para el logro de una sociedad armónica.

**Robert Owen** fue un socialista inglés y en la Inglaterra de la primera mitad del siglo XIX ya había una clase trabajadora organizada en sindicatos. Las condiciones de vida de la clase trabajadora eran más inhumanas que en otros países con una industrialización menos implantada. Owen fue un industrial que defendía que todas las personas deberían tener un nivel digno de cultura, salario y condiciones de trabajo. Con estos objetivos **realizó proyectos comunitarios**. En Escocia impulsó una fábrica de hilados en la que los obreros tenían jornadas reducidas de trabajo y sus hijos contaban con educación gratuita. Pero Owen seguía viendo esclavitud en ese tipo de organización, así que pasó a criticar la propiedad privada y a defender que **la propiedad de las máquinas debería pasar a los trabajadores junto con el beneficio de la industria**. Promovió **cooperativas** de consumo y producción, así como bazares de



**trueque.** Owen rechazaba la violencia como medio para lograr una sociedad mejor y proponía como vía para ello la educación.

Junto con el socialismo utópico, otra significativa teoría socialista es el **anarquismo**. Son célebres los tensos debates que tuvieron lugar en la **Primera Asociación Internacional de los Trabajadores** entre Marx (máximo exponente del comunismo) y Bakunin (significativo autor anarquista).

**Proudhon** es considerado el iniciador del anarquismo, teoría que tiene continuadores como el citado Bakunin. El pensamiento de Proudhon se caracterizaba por el **rechazo a la propiedad privada, así como por el rechazo al Estado y a la Iglesia**. Es conocida su contundente afirmación, “la propiedad es un robo”. Según Proudhon, la propiedad origina una sociedad desigual en la que unos pocos propietarios viven en la abundancia a costa del trabajo de los que no tienen nada. Proudhon defiende la autogestión de la tierra y los instrumentos de producción por parte de los trabajadores. Las relaciones económicas se basarían en el apoyo mutuo y los intercambios recíprocos entre productores. El autor defiende el federalismo como principio organizativo de las asociaciones obreras. El núcleo de decisión de las federaciones nacionales de trabajadores descansaría en las asambleas de las asociaciones obreras municipales, que irían organizándose de abajo hacia arriba por medio de representantes. Es muy conocida su aserción de que el Estado es opresión y “la anarquía es la máxima expresión del orden”. Proudhon sostenía que el poder siempre corrompe (incluso al más virtuoso de los gobernantes) y por ello, rechazó las teorías comunistas que ven el Estado y la política parlamentaria como instrumentos para la transformación social. Este rechazo al Estado es la característica más distintiva del anarquismo dentro de las teorías socialistas. A diferencia del marxismo, Proudhon no creía en la revolución ni en el empleo de la fuerza, sino en **la evolución pacífica** como medio para lograr una sociedad sin clases.

El **marxismo** o **materialismo histórico** se basa en la obra del filósofo Karl Marx (XIX). Establece la diferencia entre la **infraestructura** y la **superestructura**. Para el marxismo, las **relaciones de producción** son la estructura básica (infraestructura) de la sociedad, mientras que el

derecho y la política son superestructura ideológica, porque son un reflejo de la economía que les sirve de base.

En el “Manifiesto comunista” de **Marx y Engels**, la historia se explica como la **sucesión de los diferentes modos de producción**. La economía ha ido cambiando a lo largo de la historia, dependiendo de quién tuviera la propiedad de los medios de producción (establecimientos e instrumentos necesarios para producir). Así, pasamos por **la antigüedad fundada en la esclavitud, por el sistema feudal y por el sistema burgués**. El motor de los cambios históricos es **la lucha de clases**: “Toda la historia de la sociedad humana, hasta la actualidad, es una historia de luchas de clases. Libres y esclavos, patricios y plebeyos, barones y siervos de la gleba, maestros y oficiales; en una palabra, opresores y oprimidos”. La lucha de clases tiene **forma antagónica**, pues una clase propietaria se enfrenta a una clase desposeída. Cada etapa es superada cuando las clases se disuelven en una sola y emerge una nueva clase desposeída. Según Marx, el proletariado industrial ha de **realizar una revolución para tomar el control del Estado (dictadura del proletariado)** y, posteriormente, crear una **sociedad comunista**, sin clases sociales, en la que los medios de producción sean de propiedad colectiva. El comunismo, según los autores Marx y Engels, permitirá la realización total del ser humano.

Marx inspiró su perspectiva de la historia en la filosofía **dialéctica** de Hegel. Sin embargo, a diferencia de la filosofía hegeliana, la dialéctica de Marx no es idealista sino materialista (por eso el marxismo también se denomina **materialismo histórico**). Para el **materialismo**, lo real no es “el espíritu” sino la naturaleza, que existe con independencia de la filosofía. En la visión idealista de **Hegel**, la dialéctica es el devenir histórico de la realidad (espíritu absoluto). En ese devenir, la realidad va atravesando etapas y perfeccionándose. La dialéctica tiene tres momentos: **tesis, antítesis y síntesis**. En “La ideología alemana”, Marx critica el **idealismo** de Hegel porque su visión de la historia es “una acción imaginaria de sujetos imaginarios” y porque Hegel sostiene que la realidad es racional. Marx considera que la existencia del proletariado contradice la supuesta racionalidad de la realidad.

En la “Contribución a la crítica de la economía política” Marx señala que el cambio de una etapa histórica a la siguiente solo puede producirse

cuando las **condiciones materiales de la nueva sociedad** ya se han incubado. Es decir, el hecho de que la clase proletaria sufra explotación lleva a dicha clase a pensar en el comunismo como solución (el comunismo ya puede vislumbrarse como posibilidad en el horizonte).

Un concepto clave del pensamiento marxista es el de **alienación**, expuesto en los “Manuscritos de Economía y Filosofía”, que se refiere a que el trabajador se pierde a sí mismo y su vida pasa ser un instrumento para otros. La persona trabajadora queda enajenada, como si desconectase de su cuerpo. Imaginemos una fábrica de relojes en la que cada persona trabajadora realiza un movimiento de una cadena, incorporando una pieza. El reloj resultante no es considerado la obra del trabajador, sino que se vuelve propiedad del empresario y al trabajador le parece un producto ajeno que no siente como suyo. En ese proceso productivo, lo alienado o extraño no es solo el producto, sino que la persona trabajadora también experimenta extrañeza con respecto a sí mismo, pérdida de la libertad y la humanidad. La persona trabajadora dedica toda su vida a fabricar objetos que se convierten en meras cosas y ella misma también es considerada una mera cosa, un instrumento (porque el trabajador es su trabajo, y su trabajo ha sido reducido a producto impersonal). **En el capitalismo los trabajadores y trabajadoras son convertidos en mercancías.** Pese a que Marx critica la alienación que se produce en el trabajo en el contexto capitalista, el pensador sostiene que **el trabajo constituye la esencia del ser humano**, entendido el trabajo como actividad práctico productiva. Es la producción lo que según Marx dignifica y distingue a los animales, “el hombre se diferencia de los animales a partir del momento en que empieza a producir sus medios de vida”, señala en “La ideología alemana”.

Un importante concepto marxista es el término “ideología”, que tiene un sentido negativo. El marxismo sostiene que lo que piensan las personas es producto de la sociedad en la que viven y, en concreto, de la economía. Por tanto, la religión, la moral y la política no tienen sustantividad propia, sino que **su existencia es dependiente de la realidad económica.** **La ideología tiene como función ocultar y sublimar** la existencia real de la alienación humana. La filosofía es importante para desvelar la realidad que se esconde tras la ideología, pero como afirma Marx

en sus “Tesis sobre Feuerbach”: **“Hasta ahora, los filósofos han intentado explicar el mundo. Se trata de transformarlo”**.

En las “Tesis sobre Feuerbach” y en el “XVIII Brumario de Luis Bonaparte” Marx realiza una crítica a la religión, que forma parte de la ideología, pues presta justificación ideológica y estabilidad a la realidad económica, en la medida en que la liberación que la religión promete tendrá lugar en otra vida y no se lleva a cabo mediante la transformación de la estructura social. **La religión promueve la resignación**, la justificación trascendente de la injusticia social y la compensación en el cielo de la opresión. Marx considera que los seres superiores de la religión son fruto de la imaginación y que la religión surge por la miseria humana y por la impotencia ante la injusticia social. En la obra “Crítica de la filosofía del derecho de Hegel”, Marx señala: “La miseria religiosa, es, por una parte, la expresión de la miseria real y, por otra, la protesta contra ella. (...) **La religión es el opio del pueblo.**”

Tras la disolución de la Primera Internacional de los Trabajadores, se creó la **Segunda Asociación Internacional de los Trabajadores**, integrada por los partidos socialistas y comunistas de los distintos países (no estuvieron presentes, por tanto, los sindicalistas anarquistas). En esta internacional destacaron los debates entre figuras comunistas importantes como Vladímir Lenin y Rosa Luxemburgo.

A principios del siglo XX, la situación de la clases obrera y campesina en Rusia era terrible, pues sufría enormes jornadas laborales y contaba con pocos derechos. Esta situación económica, unida a la mala gestión de los zares rusos, dio lugar al inicio de la revolución obrera y uno de sus líderes revolucionarios fue **Vladimir Lenin**. La **revolución rusa** terminó con el gobierno de los zares e implicó la llegada al poder de la clase trabajadora. En la revolución Lenin redactó las “Tesis de Abril”, que inspiraron la política de la recién creada URSS. El leninismo estableció el modo de producción socialista y el desarrollo de leyes que abolieron la propiedad privada y pusieron la tierra en manos del campesinado. Las empresas pasaron a ser del Estado, de modo que se destruyó la competencia entre empresas rusas. Lenin consideraba que no deben existir clases sociales distintas. La política estaba centralizada en un único partido en el que debían

participar todos los obreros. El leninismo defendió la importancia de culturizar a la población en la lucha de clases y la crítica a la religión, pues esta fomenta la resignación de los trabajadores. El leninismo defendía el orgullo de la patria rusa (nacionalismo) como garantía para no ser tomados por otros estados capitalistas. En la economía la URSS aspiraba a no comprar nada del exterior, puesto que Lenin consideraba que una nación debe ser capaz de abastecerse con lo que produce.

## 6. LA CIUDADANÍA DE LAS MUJERES

El feminismo lucha por la conquista de la plena ciudadanía de las mujeres, frente a la histórica exclusión patriarcal. **La historia del feminismo suele describirse mediante el concepto de “olas”**. Las olas son las etapas históricas del movimiento feminista. Podemos identificar cada una de estas olas por el contexto histórico en el que se ubican, por las teorías filosóficas en las que se basan, por la agenda que reivindican o por sus métodos de organización. En cada ola, las feministas han promovido unas reivindicaciones (agenda).

Siguiendo a las filósofas **Amelia Valcárcel** (2019) y **Alicia Miyares**, esta tabla refleja la evolución histórica del feminismo:

PRIMERA OLA. FEMINISMO ILUSTRADO (XVIII-XVIII)	SEGUNDA OLA. FEMINISMO SUFRAGISTA (XIX-XX)
Educación Divorcio, matrimonio voluntario *Olympe de Gouges *Mary Wollstonecraft	Educación Voto Derechos civiles *Seneca Falls *Clara Campoamor
TERCERA OLA. LO PERSONAL ES POLÍTICO (XX-XXI)	CUARTA OLA. #METOO (XXI)
Crítica a la belleza, al amor, la maternidad, la familia Abolición de prostitución, pornografía, violencia sexual, violencia machista Paridad política *Simone de Beauvoir *Betty Friedan	Agenda global Digitalización Abolición de la pornografía, cosificación femenina, explotación sexual, estereotipos de género

La PRIMERA OLA del feminismo se produjo durante la ilustración, inspirándose en las ideas de libertad e igualdad de derechos proclamadas por el pensamiento ilustrado liberal del siglo XVIII. Como expone Nuria Varela (2005), el nuevo Estado que emerge con la Revolución Francesa no encontró ninguna contradicción en el hecho de pregonar a los cuatro vientos la “libertad, igualdad y fraternidad” pero dejar sin derechos a todas las mujeres. El nacimiento del feminismo fue inevitable porque, **ante la afirmación de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley**, hubiera sido raro que las mujeres no se preguntasen **por qué ellas eran excluidas de la ciudadanía, por qué no podían votar, estudiar ni ser propietarias. Cuando se afirmaba “derechos del hombre” quería decirse exactamente eso: “del hombre”**. Los derechos no les fueron reconocidos a las mujeres.

Como narra Amelia Valcárcel (2019), en la ilustración todas las tertulias intelectuales debatían sobre si las mujeres debían ser ciudadanas, pues estaban reclamando su derecho a serlo. Rousseau se declaró totalmente en contra de la ciudadanía de las mujeres. Este caso es reseñable porque **Rousseau** fue uno de los principales teóricos de la Ilustración (movimiento intelectual que teorizó el Estado de Derecho), y defendió la idea de distribuir el poder de modo igualitario entre todos los individuos. Sin embargo, en su obra “Emilio” **afirmó que el Estado perfecto tiene que excluir completamente a las mujeres y conducir las a todas al ámbito doméstico**, pues el objetivo de sus vidas debe ser hacer la vida más agradable para el varón. La argumentación de Rousseau resulta cínica, porque este filósofo defiende que nacer pobre no debe condenar las expectativas de nadie. Rousseau desea igualar las oportunidades de los ciudadanos, superando las desigualdades de cuna, excepto en el caso de que hayas nacido mujer.

En 1789 las mujeres francesas escribieron **los Cuadernos de Quejas** para ser escuchadas por los Estados Generales (una especie de Parlamento medieval en el que estaban los tres estamentos del pueblo: clero, nobleza y tercer estado). Ni antes ni tras la Revolución francesa fueron escuchadas, a pesar de que las mujeres fueron necesarias para el triunfo de la revolución, protagonizando la marcha sobre Versalles. Pero las quejas de nobles, religiosas y mujeres del pueblo quedaron escritas en estos

Cuadernos, dejando un testimonio histórico de sus esperanzas de cambio: pedían **derecho a trabajar, a acceder al saber, derecho al voto y a ser elegidas como representantes**. Pedían que **no las casasen sus padres**, como se hacía entonces (todavía hay lugares del mundo en los que las mujeres son obligadas a casarse). Las mujeres también pedían derechos matrimoniales y respecto a la custodia de los hijos.

Un número considerable de mujeres francesas integraron la revolución y se interesaron por la política, constituyendo clubes políticos. Hemos de referirnos a una mujer clave, **Olympe de Gouges**. Se trataba de una famosa escritora que había leído la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” y decidió completarla. Por ello escribió la “**Declaración de Derechos de la Mujer y la Ciudadana**”. Como expone Valcárcel (2019), el texto de Olympe es el mismo, pero en cada sitio donde pone “hombre” ella pone “mujer”. Con ese gesto reivindica la extensión de los derechos a la mitad excluida de la humanidad: las mujeres. La Declaración de Olympe implicaba una denuncia porque la revolución había denegado los derechos a las mujeres y por tanto, los revolucionarios mentían cuando hablaban de principios universales de igualdad y libertad. De su declaración pueden extraerse numerosas citas destacables. Algunas son las siguientes: “la mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos” y “todas las ciudadanas y ciudadanos deben concurrir, ya sea personalmente o a través de sus representantes, a la formación de la ley”. Los revolucionarios se tomaron el texto como una provocación y meses después, durante el Terror jacobino de Robespierre, **Olympe de Gouges fue detenida y decapitada**. El mismo año del asesinato de Olympe, **fueron prohibidos en Francia los clubes y asociaciones políticas de mujeres**. Las mujeres que habían hablado en público fueron encarceladas o guillotinas.

La inglesa **Mary Wollstonecraft** vivía en París durante la Revolución. En este contexto escribió la célebre obra “Vindicación de los derechos de la mujer” (1792). La Vindicación, no es tanto una reivindicación de derechos políticos concretos, sino que más bien constituye una **reivindicación de la individualidad de las mujeres** y de la capacidad de elección de su propio destino. La autora sostuvo que **los rasgos de carácter que son considerados propios de la naturaleza de las mujeres son en realidad**

**producto de su falta de acceso a la educación**, de su carencia de recursos y libertad. Mary Wollstonecraft fue una pensadora rousseuniana que reprochaba a Rousseau su incoherencia, pues el pensador sostenía que la naturaleza no puede justificar la subordinación política de ningún grupo de personas. Wollstonecraft defendió que la opresión de las mujeres era de origen político, exactamente igual que el privilegio de sangre.

El relato histórico es que la ilustración produjo indudables avances en materia de derechos y libertades, pero si atendemos a la situación de las mujeres, observamos que se produjo un terrible retroceso en el siglo posterior a la revolución francesa. **Los Códigos Civiles napoleónicos declararon a las mujeres menores de edad**, bajo tutela de sus padres, tutores o maridos, **sin capacidad económica ni jurídica y sin tener siquiera la patria potestad sobre sus hijos**. En los Códigos Penales aparecieron delitos específicos que solo las mujeres podían cometer, como **el delito de aborto o de adulterio**. Amelia Valcárcel (2019) explica que el sistema patriarcal quedó refrendado legalmente, ya no se trataba solo de costumbre. Como concluye Nuria Varela (2005), las francesas y todas las europeas salieron de la revolución francesa peor de lo que entraron. Las legislaciones napoleónicas impusieron a las mujeres un papel social totalmente pasivo y subordinado al marido.

**La SEGUNDA OLA del feminismo fue el movimiento sufragista**, que protagonizó la lucha por la obtención de los derechos civiles y políticos. En el siglo XIX las mujeres vivían como “menores de edad perpetuas”. Amelia Valcárcel (2019) expone lo que esto significa: **una mujer no era propietaria ni del salario que ganaba, y para poder trabajar, tenía que solicitar permiso a su padre o marido**. Si tenía alguna propiedad, no podía administrarla. No podía abandonar la casa paterna, ni la de su marido (ella debía vivir donde el marido ordenase). No podía disponer de su propia herencia. No podía acceder a la enseñanza básica, tampoco bachiller, ni mucho menos formación profesional o estudios universitarios. **Si tenía hijos, su deber vital era atenderlos, pero no poseía la patria potestad** (el esposo, si quería, podía darlos en adopción sin consultarla). **Si su marido la maltrataba, ella no podía huir**. Si era infiel, podía ser asesinada por su marido o condenada a prisión. Todas las profesiones les estaban prohibidas, salvo las serviles, con independencia de las



capacidades o méritos que tuvieran. Si una mujer quedaba embarazada estando soltera, se la consideraba una desviada y si abortaba, era acusada de infanticidio.

Los orígenes del sufragismo estuvieron muy vinculados al **movimiento abolicionista de la esclavitud**. Un momento que encendió la chispa del feminismo fue la convención internacional abolicionista de 1840 celebrada en Londres. En dicha convención se impidió hablar a varias activistas estadounidenses que habían atravesado el atlántico en barco de vela, en un viaje largo y peligroso. Ellas habían viajado a Inglaterra para reunirse con abolicionistas inglesas, a fin de adoptar acciones comunes para defender la abolición de la esclavitud en uno y otro lado del océano. Pero una vez allí, los hombres les dijeron que no podían hablar en público porque era indecente que una mujer saliese al escenario. Aquel hecho resultó tan humillante para **Elizabeth Cady Stanton** y sus compañeras que, ya de vuelta en Estados Unidos, convocaron una **Convención** de 300 personas en una capilla metodista de un pequeño pueblo llamado Seneca Falls, con la finalidad de estudiar los derechos de las mujeres. En aquella reunión escribieron la “**Declaración de Seneca Falls**” (1848) donde reivindicaron el derecho al voto, a ocupar cargos públicos, a tener propiedades o negocios y a abrir cuentas corrientes. Esta Declaración marcó en Estados Unidos el inicio del movimiento sufragista. Las sufragistas no abandonaron la lucha y **consiguieron el voto para las mujeres**, aunque **tardaron casi un siglo en lograrlo** (se obtuvo en el siglo XX). También conquistaron el derecho a ser elegidas como representantes políticas y derechos civiles como el de administrar los propios bienes, acceder a todos los niveles educativos y ejercer profesiones liberales (abogadas, arquitectas, ingenieras, médicas, etc.).

En 1920 las mujeres estadounidenses pudieron votar (antes que ellas el derecho al sufragio femenino se había logrado en Nueva Zelanda, Australia, Finlandia, Noruega, Dinamarca, Islandia, Austria, la URSS, Suecia y Alemania, en este orden). Las **célebres sufragistas británicas** lograron el voto en 1928 y las españolas lo logramos en 1931, durante la Segunda República. Como expone Amelia Valcárcel (2019), el sufragismo tomó **dos objetivos concretos-el derecho al voto y los derechos educativos**-y consiguió ambos en un periodo de ochenta años,

implicando a tres generaciones militantes persistiendo por un mismo objetivo. Cuando se aprobó el voto en los países de mayor actividad sufragista, las sufragistas pioneras ya habían fallecido.

El sufragismo fue un movimiento épico en el que las mujeres demostraron gran perseverancia. Las sufragistas británicas, con destacadas representantes como **Emmeline Pankhurst**, inventaron numerosos modos de protesta que ningún otro movimiento había practicado, pues ante la resistencia de los poderosos a prestarles atención, crearon organizaciones, recogieron firmas para presentarlas en los Parlamentos, se manifestaron, dieron mítines, tiraron panfletos, hicieron escraches, se colaron en los mítines, lanzaron piedras a las ventanas de edificios emblemáticos, se encadenaron, fueron encarceladas, hicieron huelgas de hambre, boicotearon el correo y el turismo, quemaron mansiones y campos de golf, etc. Pero todos sus medios fueron pacíficos, pues jamás pusieron en riesgo más vidas que las suyas.

En España la sufragista más célebre fue **Clara Campoamor**, que desde la Asamblea Constituyente, defendió la inclusión del derecho al voto femenino en la Constitución que se estaba redactando. Campoamor era una de las tres mujeres diputadas de la Asamblea Constituyente que estaba elaborando la Constitución de 1931 (**Segunda República**). La diputada defendió el voto en uno de los discursos más apasionados y trascendentes de la historia del parlamentarismo. Se trataba de un contexto difícil para lograr tal objetivo, porque gran parte de la izquierda se oponía al voto femenino por temor a que las mujeres votasen contra la propia república, influidas por los curas. Clara Campoamor replicó haciendo notar que el voto de las mujeres era una cuestión de justicia, más allá de consideraciones estratégicas. Argumentó que solo quienes creyesen que las mujeres no eran seres humanos podían negar la igualdad de derechos con los hombres. En aquella votación fue muy determinante el discurso de Campoamor porque en todos los partidos hubo personas que se desmarcaron de la disciplina de partido para votar en conciencia. **El voto de las mujeres fue aprobado** con una victoria muy disputada.

Junto al voto, **otras grandes conquistas del movimiento sufragista fueron las profesiones y la educación**. Las primeras profesiones que

lograron las mujeres fueron las de **institutriz y enfermera**. Para lograrlas se argumentó que tener una profesión podía salvar a las mujeres de clase alta de caer en la prostitución si por una fatalidad quedaban solteras, huérfanas o viudas. También se argumentó que esas profesiones de cuidados eran compatibles con la “especial sensibilidad” femenina: cuidar de niños, ancianos y enfermos. Más adelante, empleando la misma argumentación **podieron hacerse maestras**, especialmente de preescolar, y también accedieron a **distintas profesiones auxiliares**. Trabajar permitió a algunas mujeres adquirir independencia económica o evitar el matrimonio obligatorio, pero las profesionales tenían que mantener una virginidad de hierro durante toda su vida para ser respetadas.

Con respecto a **los derechos educativos**, estos fueron el pilar sobre el que se asentaron los derechos civiles y los derechos políticos. Para lograr la **educación elemental**, las mujeres argumentaron que era bueno saber leer para llevar la casa y aritmética para hacer las cuentas. El acceso al instituto de enseñanza media costó más conseguirlo. Como expone Valcárcel (2019), lo que no estaba previsto en absoluto era que las mujeres accediesen a **la educación universitaria**. Cuando llegaron las primeras mujeres a las aulas universitarias, se argumentó que se trataba de **excepciones de la naturaleza**, animales raros que parecen mujer por fuera pero por dentro tienen mentes de hombre. Primero ganaron el **acceso como libre oyentes**, después **lucharon por los títulos**, por último consiguieron **colegiarse para ejercer como abogadas, médicas o arquitectas**. El ejercicio de estas profesiones llegó después de la Segunda Guerra Mundial, de modo que el movimiento feminista tardó más de un siglo en lograr este objetivo fundamental. En el acceso a los estudios universitarios primero aparecieron universidades solo para señoritas, luego hubo cuotas limitadas para mujeres en las universidades históricas, más tarde se eliminaron las cuotas limitadas y las mujeres pudieron incorporarse a la universidad de modo masivo.

**La TERCERA OLA podría ser denominada “lo personal es político”**. Una de sus autoras principales fue la francesa **Simone de Beauvoir**, que en 1949 publicó “El Segundo Sexo”. El libro de Beauvoir introduce temas como **la sexualidad, la pareja o la maternidad** que todavía no habían sido abordados de modo crítico y que serían objeto del feminismo

de las siguientes décadas. Otra importante figura fue la estadounidense **Betty Friedan**, que en 1963 escribió la “Mística de la Feminidad”, donde se pregunta por las causas del “**malestar que no tiene nombre**”, por qué se sentían insatisfechas las amas de casa que aparentemente “lo tenían todo”: una carrera, una casa en las afueras con su barbacoa en el jardín, marido, tres o cuatro hijos, pero con un futuro de lo mismo de siempre (camas por hacer, cenas por preparar, compras por realizar). Las mujeres de su generación ya tenían derechos políticos y habían ido a la universidad. Teóricamente podían aspirar a más, pero en la práctica vivían en una plantilla asignada, porque se las valoraba solo por ser madres de familia. Friedan descubrió que la “mística de la feminidad” era una maniobra publicitaria que vendía un ideal de matrimonios en grandes casas con mujeres amorosas y muchos hijos. Multitud de mujeres estadounidenses, con Friedan a la cabeza, se organizaron para reivindicar **la igualdad salarial y la presencia política de las mujeres**.

Entonces a raíz de la guerra de Vietnam se generalizaron las protestas los Estados Unidos y surgieron los Nuevos Movimientos Sociales (protagonizados por los hijos e hijas de la generación de Friedan): antirracista, estudiantil y pacifista. Las jóvenes veían que las cuestiones que más afectaban a sus vidas no formaban parte de la agenda de los movimientos sociales: **la sexualidad, la cosificación de su imagen, el reparto de las tareas domésticas**, etc. En este momento (en el contexto de mayo del 68, el movimiento hippie y la contracultura) **surge el llamado “feminismo radical”**, que se pregunta acerca de la raíz de la opresión de las mujeres. El nombre no alude, por tanto, a la violencia de las protestas (de hecho, muchas feministas radicales militaron en el pacifismo). El feminismo radical desarrolla un método propio, la concienciación, que consiste en grupos de mujeres que intercambian experiencias personales buscando los elementos comunes y estructurales en esas experiencias, para politizarlas. De ahí **surge el lema “lo personal es político”**. Las radicales inventaron conceptos fundamentales como “patriarcado” o la **distinción entre “sexo” y “género”**. Las feministas radicales **criticaron el ideal de belleza femenina, el amor romántico, la pornografía, la prostitución, la violencia sexual y la violencia de género en la pareja**. También defendieron el **derecho al aborto, a los anticonceptivos y**

defendieron una sexualidad placentera para las mujeres. **Kate Millett**, escritora de “Política sexual”, es una de las autoras más importantes de esta corriente.

En la tercera ola se desarrollaron normativamente derechos nuevos, como los sexuales y reproductivos; así como el derecho a una vida libre de violencia machista. Pero también se continuó luchando por la plenitud de los derechos civiles y políticos, que en los noventa y los dos mil se plasmaron en textos legislativos y convenciones internacionales. En la primera década del nuevo milenio adquirió especial relevancia **la lucha por la paridad política**.

4. La filósofa Alicia Miyares considera que **actualmente nos encontramos en una CUARTA OLA** feminista. Ana de Miguel (2015) señala que el rasgo diferencial del feminismo actual es que decenas de miles de mujeres de todos los continentes pueden compartir a través de redes sociales sus experiencias de violencia machista, acoso o agresión sexual. Esto lo hemos visto en gritos virales como “me too”, “no es no”, “yo sí te creo”, “no es abuso, es violación”, “ni una menos”, “ni una más”, “vivas nos queremos” o “aborto legal ya”, entre otros.

#### Diferencia entre “sexo” y “género”

Es habitual que los términos “sexo” y “género” se confundan debido a una tendencia a utilizar el término “género” de modo expansivo. Por ejemplo, se ha extendido la noción de “igualdad de género”, cuando los términos más correctos serían “igualdad entre los sexos” o “igualdad de mujeres y hombres”. También se usa erróneamente “ambos géneros” cuando lo que se quiere decir es “ambos sexos”. Se habla del “género femenino” cuando en realidad se quiere aludir a “las mujeres”.

Entre los motivos de esta sustitución podemos enumerar los siguientes:

- El término “género” se emplea como sinónimo políticamente correcto de la palabra “sexo”, pues la palabra “sexo” podría confundirse con una alusión a la sexualidad.
- La palabra “género” parece proporcionar un aire más técnico o menos ideológico, como ocurre con términos “violencia de género” y “perspectiva de género”, que a menudo se utilizan en lugar

de los términos (también jurídicamente correctos) “violencia machista”, “violencia contra las mujeres” o “perspectiva de igualdad de mujeres y hombres”.

- Otras veces se emplea el término “género” como sinónimo de “concerniente a las mujeres”. Esta sustitución oculta que el asunto abordado son los derechos de las mujeres y abre con ello la posibilidad de incluir a los varones.

Sin embargo, es necesario mantener la precisión en el uso de los conceptos “sexo” y “género”, pues el primero se refiere a los hombres y las mujeres, mientras que el último se refiere a los estereotipos sexistas. Hablar de “igualdad de género” impide comprender que el “género” es un conjunto de manifestaciones culturales sexistas que deben ser erradicadas. Para comprobar si el uso de “género” es correcto en un contexto determinado, se sugiere sustituir el término por “estereotipos sexistas”. Si la frase resulta extraña tras el cambio, el uso de la palabra “género” es incorrecto.

La Organización Mundial de la Salud (2011) recoge la clásica distinción feminista, definiendo así los conceptos “sexo” y “género”:

- Sexo: “Diferentes características biológicas y fisiológicas de hombres y mujeres, como los órganos reproductivos, los cromosomas, las hormonas, etc”.
- Género: “Características socialmente construidas de los hombres y las mujeres, como las normas, roles y relaciones entre grupos de mujeres y de hombres. Estos elementos varían de sociedad a sociedad y pueden ser cambiados”.

## TEORÍA DEL ESTADO

---

El **artículo 1** de la Constitución de 1978 afirma, en su **apartado 1**, que “España se constituye en un **Estado social y democrático de Derecho**, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. ¿Qué significa “Estado social y democrático de Derecho”?

Si descomponemos cada una de las partes del “Estado social y democrático de derecho”, tenemos que analizar en primer lugar qué es un “Estado” y qué es un “**Estado de derecho**”. Este último concepto significa que toda la ciudadanía y los poderes del Estado están **sujetos a la ley** (artículo 9). La sujeción a la ley debe leerse en relación con el artículo 14, que dispone la **igualdad ante la Ley** sin discriminación por razón de nacimiento, opinión u otros motivos. “Estado de Derecho” también implica que el Estado reconoce una serie de **derechos** de la ciudadanía y garantiza los mismos **frente a la intromisión del propio Estado** en su ejercicio. En este sentido, el artículo 10 de la Constitución indica que la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el respeto a la ley, son los fundamentos del orden político.

Si seguimos descomponiendo el enunciado, los preguntaremos qué significa el término “**Estado social**”. Este concepto supone que **los poderes públicos deben reducir las desigualdades** sociales. El artículo 9 establece que los poderes públicos deben promover las condiciones para que sean efectivas la libertad y la igualdad, **tanto de individuos como de grupos sociales**. Eso implicará el deber estatal de remover obstáculos y facilitar la participación de toda la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social. En lo concerniente a la propiedad privada, el Estado social implica que esta debe ser delimitada legalmente y que la riqueza debe estar subordinada al interés general. El Estado social implica también que el sector público será un agente económico y que, en particular, el Estado se reservará los recursos y servicios esenciales, pudiendo reemplazar a las empresas privadas si es necesario.

En esta tarea de descomponer el enunciado, seguimos con el “**Estado democrático**”, que se refiere a que el poder público basa su legitimidad en la **democracia representativa**. Por ello el ejercicio del poder debe realizarse de modo democrático y los **partidos políticos** han de expresar el **pluralismo** y posibilitar la **participación ciudadana** en la política. La ciudadanía debe poder participar en la política de modo directo o por medio de representantes que serán elegidos/as por medio de elecciones periódicas y **sufragio universal**.

El artículo 1 de la Constitución española señala en su **apartado 2** que “La **soberanía nacional** reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. La soberanía nacional es un principio central de la democracia representativa.

Finalmente, el artículo 1 de la Constitución añade en su **apartado 3** que “La forma política del Estado español es la **Monarquía parlamentaria**”. La monarquía parlamentaria es una forma política en la que la corona ejerce labores simbólicas de representación, pero no es depositaria de la soberanía ni ostenta los poderes ejecutivo ni legislativo (ni en solitario ni de manera compartida con otras instituciones).

En los siguientes epígrafes analizaremos los fundamentos filosóficos del Estado social y democrático de Derecho.

## 1. ELEMENTOS DEL ESTADO

Hermann **Heller** (1983) define el Estado como la “estructura económica, **jurídica y política de dominación**, independiente en lo **exterior e interior**, con medios de poder propios, que organiza la cooperación social **territorial** con base en un orden **legítimo**”.

Para **Max Weber** (1968), el Estado es “una asociación de tipo **institucional** que en un **territorio** determinado trata con éxito de monopolizar la **violencia legítima** como instrumento de **dominio**”. Según Weber, se trata de una organización administrativa que amenaza con aplicar la fuerza dentro de un territorio determinado. Es un poder que puede influir sobre la conducta de las personas mediante coacción, imponiendo sanciones en caso de desobediencia.



Según Weber (2013), el Estado democrático es aquel cuya legitimidad procede de un sistema racional **basado en la legalidad** (el Estado tiene la capacidad exclusiva de promulgar leyes, tiene jurisdicción sobre su territorio y puede establecer derechos y obligaciones). Pero además de esta **forma de legitimidad**, hay Estados cuya legitimidad se basa en la autoridad tradicional (monarquías absolutistas e instituciones heredadas desde tiempos inmemoriales) y Estados cuya legitimidad se sustenta sobre la autoridad carismática de un líder (régimenes totalitarios). Es necesario que el poder sea aceptado por la sociedad a causa de uno de estos tres motivos de legitimidad, pues entonces el ejercicio del poder estará justificado, las personas que lo ejercen serán consideradas autoridad y tenderán a acatar sus disposiciones.

Max Weber (1968) señala que una de las características del Estado moderno es la presencia de ejércitos permanentes, el **aparato burocrático** y las finanzas públicas. El Estado dispone de un aparato administrativo burocrático desempeñado por **cargos públicos** organizados jerárquicamente. La administración pública censa a la población, gestiona la defensa interior y exterior, **cobra impuestos**, imparte justicia, etc.

**Norberto Bobbio** (1989) recoge la consolidada doctrina de los cuatro **elementos básicos del Estado**:

1. **Posee gobierno** (poder político). Es una institución política, impersonal y soberana.
2. **Tiene un pueblo** (como nación). Tiene una población, un conjunto de personas que viven en un territorio delimitado, que ostentan o sobre las que ostenta la soberanía.
3. **Ostenta territorio**. El Estado controla una delimitada porción de tierra, espacio marítimo, ríos, espacio aéreo, subsuelo. Sobre ese territorio es soberano.
4. **Tiene legitimidad**. Se organiza mediante un Estado de derecho que lo legitima y con una división de poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial (la separación de poderes solo es aplicable al Estado moderno).

Norberto Bobbio sostiene que existen argumentos para considerar que el Estado surgió en **la antigüedad**, con la disolución de la comunidad primitiva basada en vínculos de parentesco y la aparición de la civilización y sus diversas formas de dominación política, pero también puede sostenerse que es únicamente **producto de la modernidad**, consistiendo en una organización política que se desarrolló con el declive de las organizaciones políticas medievales. De conformidad con esta interpretación, los primeros Estados fueron **monarquías absolutas**, una forma de gobierno en la que el monarca ostenta la soberanía de modo exclusivo y su voluntad es la ley. Con las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII surgió el **Estado de Derecho**, en el que toda la sociedad, incluido el monarca o gobierno, deben someterse a las leyes emanadas de la soberanía popular (principio de legalidad). El derecho debe ser igual para toda la ciudadanía y se garantiza un espacio de libertad privada libre de injerencias arbitrarias del gobierno. El Estado de derecho también se funda sobre el principio de división de poderes.

Según Anthony **Guiddens** (2000), uno de los factores que permitió el desarrollo del Estado moderno fue el avance industrial del transporte y las comunicaciones durante el siglo XIX, que conllevó la conformación de grandes núcleos urbanos y una mayor **integración de la población**, que en la Edad Media había vivido en poblados bastante autosuficientes. El **estado-nación** será una comunidad política separada con fronteras claramente delimitadas.

Norberto Bobbio señala que el concepto de Estado está ligado a los límites. **En su interior**, toda la ciudadanía debe acatar una legislación común. **En su exterior**, el límite es la soberanía de los demás Estados en la comunidad internacional. Algunos observadores contemporáneos han destacado que **la globalización** y la aparición de las organizaciones internacionales, después de la segunda guerra mundial, han puesto en entredicho las características básicas del Estado.

La cuestión sobre los límites externos e internos remite al **concepto de nación**. **Stuart Mill** expuso en “Del Gobierno representativo” que una nación está constituida por la reunión de personas con **simpatías comunes** causadas por la identidad de origen, raza, lengua, religión u otro

motivo. Estas personas desean vivir bajo un mismo Gobierno ejercido por personas de su grupo. Max **Weber** señaló en “La nacionalidad en su significación sociológica” que una nación es una unión entre personas (comunidad) que desean tener un **Estado propio**. Por su parte, **Benedict Anderson**, sostuvo en “Comunidades imaginadas” que una nación es una comunidad política imaginada como limitada territorialmente y soberana. El autor explica que la nación es imaginada porque la mayoría de sus miembros no se conocerán nunca, pero tienen la imagen de su comunión nacional. Esa imagen se crea a través de la educación, los medios de entretenimiento y comunicación. La nación se imagina entre otras (por eso es limitada).

Miquel Caminal (2008) explica que **la idea de “nación” es necesaria para la consolidación del Estado moderno**. El nacionalismo no era necesario en la monarquía absoluta, porque el monarca era garante de la unidad del Estado y los individuos eran sus súbditos. Pero cuando comienzan a surgir los sistemas representativos, los ideales universalistas del liberalismo no podían sustentar por sí mismos la unidad del Estado moderno, dado que existe una contradicción entre la igualdad de todos los individuos y la existencia de límites territoriales estatales. El Estado nacional está delimitado por fronteras que, llegado el caso, serán defendidas frente a otros Estados. La soberanía nacional y la autodeterminación nacional son conceptos equivalentes, pues según el liberalismo clásico, a una nación le corresponde un Estado propio, un autogobierno.

El **derecho de autodeterminación** es recogido en el artículo 1 del “Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos”: “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Como puede observarse, este artículo hace hincapié en la soberanía económica necesaria para el proceso de descolonización del siglo XX.

Caminal destaca que la idea de “nación” es compatible con **estructuras multinivel** como la Unión Europea (compuesta por niveles como, por ejemplo, Cataluña, España y Europa) y con formas estatales federativas como **el Estado autonómico**, que pueden (o no) basarse en una idea de

plurinacionalidad. Sin embargo, el autor señala que si en un mismo territorio se reivindican dos naciones distintas, habrá un conflicto. Los **nacionalismos independentistas** provocan el rechazo del estado-nación porque según los presupuestos del nacionalismo, en un territorio solo puede haber una soberanía nacional y una autodeterminación plena.

El filósofo contemporáneo Jürgen **Habermas**, en su obra “Identidades nacionales y posnacionales” (1989), ha intentado fundamentar la unidad del Estado sobre una base menos problemática que el nacionalismo. Para ello propone la noción de **patriotismo constitucional**. El patriotismo constitucional busca fundamentar la unidad de los Estados sin recurrir a los elementos étnicos, históricos y divisivos de la nación. La nueva concepción entronca con la tradición del republicanismo, la participación ciudadana y el bien común. La identidad ciudadana propuesta se fundamenta en la adhesión a unos valores democráticos comunes recogidos en la Constitución.

## 2. EL ORIGEN DEL ESTADO MODERNO

En el **Antiguo Régimen** predominó una concepción de la **sociedad comunitaria**, organizada en numerosos grupos (familia, feudos, gremios laborales, etc.). Se trataba de una visión organicista, es decir, que consideraba que existía una armonía del universo, donde todos los seres estaban interconectados entre sí y donde cada uno tenía su lugar inamovible, de ahí que se justificara la existencia de esclavos y más tarde, de siervos. Cada cual tenía su lugar y su función dentro de esos grupos: dentro de la familia está el pater familiae y bajo su autoridad, la esposa, los hijos y los sirvientes (cuando los había). En la Edad Media la sociedad tenía **tres estamentos** principales: la nobleza, el clero y el tercer estado. Dentro la estructura de los gremios laborales estaba el maestro, y tras él los oficiales y los aprendices (si una persona enfermaba o fallecía, el gremio trataba de paliar la situación de esa familia). Al final de la Edad Media el rey fue acaparando poder y las organizaciones sociales participarán en la toma de decisiones a través de los **parlamentos medievales**, que fueron de tipo orgánico, es decir, no representaban ideas políticas sino a los grupos sociales (Resa, 2016).

Fue con la **Edad Moderna** cuando esa concepción comunitaria de la sociedad dará paso al individualismo, que considera que la **sociedad es una suma de individuos**, sin existencia al margen de estos. La **monarquía** (reinos europeos) no solo se fortaleció frente a los grupos, sino también frente a otros poderes como el Imperio e incluso la Iglesia, que se verá debilitada por las divisiones entre grupos cristianos (ortodoxos, católicos y protestantes). En la Edad Moderna, por tanto, se produjo una **concentración del poder** que puso coto al pluralismo jurídico y político medieval. Con el progresivo debilitamiento de la sociedad medieval, el ser humano se fue quedando sin lazos sociales, convertido en un individuo y sometido directamente a una única autoridad político-jurídica: el **estado-nación**. Su poder lo ostenta el monarca, frente al cual los **Parlamentos**, como sedes que representaban la participación de los estamentos sociales en el gobierno, **quedarán muy debilitados** (salvo en el caso de Inglaterra).

El Estado francés, tras la **Revolución Francesa**, en su afán por garantizar que no hubiera grupos que se interpusieran entre la ley y los individuos, **prohibió todo tipo de asociaciones** con la ley Chapelier (1791). Esta ley también reconocía la libertad de empresa, sin las sujeciones que venían imponiendo los gremios laborales para poder desarrollar una actividad económica. El individuo, con **derechos innatos**, se consideraba previo a la sociedad. La sociedad no se concebía como un hecho natural, sino como un hecho jurídico resultado de un **pacto social**. Así lo defendieron los **filósofos contractualistas**: Hobbes, Locke, Kant, Rousseau y Montesquieu. La teoría del pacto social propugna que son los individuos los que crean el Estado mediante el pacto social con la finalidad de procurar el bienestar de cada firmante del contrato. El Estado liberal tendrá como principal fin posibilitar que cada ciudadano desarrolle tranquilamente sus **asuntos privados**, en particular, su actividad económica (Resa, 2016).

La teoría del liberalismo moderno aspira a que no existan más regímenes jurídicos que el del **Estado, que será único e igual para todos**. Se **acaban así los privilegios legales** de unos grupos frente a otros, como por ejemplo, el privilegio **del clero y la nobleza** de no pagar impuestos. Frente a ese privilegio se alzó en Francia el tercer estado, que aglutinaba tanto a las personas humildes como a la incipiente burguesía conformada por ricos industriales y comerciantes. Eso condujo a la Revolución

Francesa. La igualdad jurídica aumentó la **seguridad jurídica**, pues al ser el mismo derecho para todo el mundo, resultaba más fácil saber qué derecho era aplicable en cada situación.

El surgimiento del Estado moderno en **Inglaterra** tuvo unas características genuinas que han de ser reseñadas, pues ya en la Edad Media con la Carta Magna de Juan sin Tierra, se asentó una tradición política basada en un sistema de pesos y contrapesos (checks and balances) tendente a garantizar el equilibrio entre los distintos poderes políticos y fomentar la estabilidad, congeniando reformas y tradición. Así, el **equilibrio entre Rey y Parlamento** conformó la particular idiosincrasia inglesa, produciéndose un fenómeno de **continuidad institucional entre la Edad Media y la modernidad** que difiere del constitucionalismo francés. Además, en el sistema inglés, el **poder judicial tiene mucho poder**, pues se le considera el guardián del Common Law (compuesto por costumbres obligatorias y por el derecho natural) que tiene tanto peso como el Statute Law (derecho creado por el parlamento). El Parlamento inglés debía ser consultado por la monarquía, al menos, en cuestiones fiscales y militares. Estaba formado por la cámara de los lores, que era elegida por el rey y que representaba a la antigua nobleza vinculada a la tierra y por la cámara de los Comunes, elegida por sufragio censitario y vinculada a la ciudad y a los negocios. En el siglo XVII la monarquía intentó volverse absolutista y prescindir de las consultas al Parlamento y eso acabó desembocando en guerras civiles ganadas por la burguesía, de modo que el Parlamento obtuvo el poder de poner y deponer monarcas. El nombramiento de Guillermo de Orange como rey condujo a la elaboración del “Bill of Rights”, que recogió el equilibrio de poderes entre el rey y el parlamento, así como los derechos y libertades de los ciudadanos.

### 3. EL ESTADO DE DERECHO: LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Estado de derecho es la **forma moderna de Estado** que se desarrolla en el siglo XIX con las democracias representativas basadas en las teorías liberales ilustradas de los siglos XVII y XVIII. Dichas teorías se oponían al absolutismo monárquico y defendieron la separación de poderes, el

sometimiento de los funcionarios públicos y los jueces al Derecho cuando desarrollan su labor (positivismo), así como los derechos y libertades del individuo frente a posibles arbitrariedades del poder estatal.

El Estado de Derecho actúa ajustándose al derecho y está sometido a este. La sociedad civil es un espacio libre de injerencias estatales. Ortega y Gasset (2004) señala que el liberalismo es una reivindicación del **derecho privado frente al poder del Estado**. La finalidad del Estado no sería la búsqueda del bien común, sino crear unas condiciones de paz civil, seguridad y garantía de la propiedad que permitan a los individuos proveer sus propias necesidades. El Estado liberal garantiza la seguridad interna (legislación, policía, instituciones penitenciarias y administrativas) y la seguridad exterior (ejército y diplomacia).

En el Estado de derecho existen reglas que tratan de impedir el abuso de poder. Entre ellas se encuentra la noción de separación de poderes, que tiene dos **influyentes tradiciones**:

- La **francesa**: Se basa en la clásica división de poderes entre **legislativo, ejecutivo y judicial**. El **legislativo es el más fuerte de los tres**, y los otros dos están sometidos al mismo. El legislativo es el **representante de la soberanía nacional/popular**. Este sistema se llama “**Separación de Poderes**”.
- La **inglesa**: La soberanía es **compartida entre el legislativo y el ejecutivo**, pues hay una pugna de poder entre la nobleza y la monarquía. El parlamento es el órgano a través del que la nobleza y la burguesía se enfrentan al poder real. El **poder judicial tiene mucho poder**, pues se le considera el guardián del Common Law (compuesto por costumbres obligatorias y por el derecho natural) que tiene tanto peso como el Statute Law (derecho creado por el parlamento). El sistema inglés, basado en el **equilibrio entre varios poderes**, se suele llamar “**check and balance**” (pesos y contrapesos).

La **primera formulación de la separación de poderes** fue del inglés John **Locke** en la obra “**Dos tratados sobre el gobierno civil**”. En ella distingue tres poderes: legislativo, ejecutivo y federativo. El poder

legislativo es el más importante por ser el depositario del consentimiento de los ciudadanos. El poder legislativo es el encargado de redactar las leyes, que regulan el uso legítimo de la fuerza por parte del Estado y solo pueden basarse en el bien del pueblo. El poder ejecutivo debe estar separado del legislativo y su papel es velar por el cumplimiento de las leyes. Por último, el poder federativo se encuentra unido al ejecutivo y su función equivale a lo que hoy llamaríamos “ministerio de asuntos exteriores”. Este poder se encargaría de los conflictos exteriores y la diplomacia.

El francés **Montesquieu**, inspirándose en ideas de Locke y otros teóricos ingleses, concibió **la fórmula más conocida de separación de poderes**, presentada en su obra “El espíritu de las leyes”:

- Poder legislativo
- Poder ejecutivo
- Poder judicial

El filósofo apostaba por una monarquía moderada, en la que los poderes intermedios (burguesía, nobleza y clero) a través de los parlamentos y otras instituciones, jugasen un papel fundamental. **Montesquieu se inspiró en el parlamentarismo inglés para idear su teoría de la separación de poderes**. En el modelo inglés cada órgano se corresponde con una clase social determinada: ejecutivo (rey), el legislativo se divide en la Cámara Baja (burguesía) y la Cámara Alta (aristocracia). Estos órganos cooperan para legislar y se equilibran unos a otros (pesos y contrapesos).

Montesquieu atribuyó las **distintas funciones** estatales a órganos separados entre sí, pero interdependientes y en posición equilibrada. El poder legislativo promulga leyes y deroga las existentes. El poder ejecutivo se encarga de las relaciones exteriores y de la seguridad interior. El poder judicial castiga los delitos o resuelve jurídicamente las diferencias entre particulares. A diferencia del modelo inglés, Montesquieu (como el resto de defensores de la revolución francesa), desconfiaba del poder judicial.

Los tres poderes deben ser confiados a órganos separados y mutuamente independientes, pues “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él: llega hasta donde encuentra **límites**. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que por la disposición



de las cosas el poder frene al poder”. La tiranía se evita dividiendo al poder, distribuyéndolo entre órganos independientes e iguales entre sí: “todo estaría perdido si el mismo hombre y el mismo cuerpo ejerciese los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutarlas y el de juzgar”.

Cada poder disponía de una **capacidad de evitar las extralimitaciones** del otro, anulando su actuación. El poder ejecutivo regula el momento de la celebración de las sesiones parlamentarias y veta su legislación (solo tiene la capacidad de vetar leyes). Corresponde al poder legislativo el examen del cumplimiento de sus leyes. Los jueces son “seres pasivos, mera boca que pronuncia las palabras de la ley”. Este énfasis de Montesquieu en **la independencia judicial** es extraordinariamente importante para el desarrollo del poder judicial en el Estado de Derecho.

Montesquieu también establece el **principio de legalidad**. El poder legislativo está separado del ejecutivo, porque la ley es abstracta e independiente de casos concretos y porque **el poder ejecutivo debe estar obligado por la ley** y, en consecuencia, ésta ha de quedar fuera de su alcance. El poder judicial ha de estar separado del legislativo por la misma razón: si ha de aplicar la ley, ésta debe quedar fuera de su alcance. Por tanto, de los tres poderes, **el más importante debe ser el legislativo**: el Gobierno debe estar sujeto al imperio de la ley. El poder legislativo no es la expresión de una pequeña oligarquía, sino de la voluntad general de la nación entera.

El principio de legalidad está vinculado a la **seguridad jurídica**, pues el derecho permite predecir los efectos que acarrearán determinadas conductas. Autores como Montesquieu, Thomas Hobbes y Cesare Beccaria destacaron la importancia de la seguridad jurídica. En concreto Beccaria se centró en la necesidad de que el derecho penal no se aplique de modo retroactivo (solo pueden ser castigadas las conductas que sean delito en el momento de su comisión).

Actualmente la **Constitución española** recoge el principio de legalidad en el **artículo 9**, que en su apartado primero dispone que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y en su apartado tercero añade que “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad

de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. La seguridad jurídica y el principio de legalidad son esenciales para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, es decir, que la ley se aplique de modo igual a todas las personas.

#### 4. EL ESTADO DEMOCRÁTICO: EL ORIGEN DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Durante el **feudalismo europeo** hubo **cámaras que proporcionaban consejo a la monarquía** (compuestas por **la nobleza y el clero**). ¿Por qué la monarquía consultaba a la nobleza en lugar de imponer su voluntad? Como explica Torres del Moral (1975), el Príncipe necesitaba los recursos militares y financieros de la nobleza, y por eso tenía que consultarles y darles compensación económica mediante impuestos. La nobleza tenía mucho poder, pues los reinos europeos estaban compuestos por feudos con jurisdicción propia que eran propiedad de señores terratenientes (el Príncipe era el señor de señores). Por su parte, la Iglesia también tenía tierras que poseían jurisdicción propia. Al final de la Edad Media, **la presencia de la burguesía comerciante** en las cámaras era muy escasa, pero fue incrementándose debido a que emparentaron matrimonialmente con la nobleza y adquirieron **tierras, que era lo que proporcionaba derecho a la representación política** en el feudalismo.

También hubo burgueses, como algunos grandes banqueros, que compraron cargos políticos sin necesidad de comprar tierras, o que invirtieron en préstamos al Estado adquiriendo cargos como compensación. Al aumentar mucho el número de personas que participaban como consejeros en las cámaras, se hizo necesaria la representación pues no podían estar todos presentes. La primera **representación fue el mandato imperativo** (el representante sustituía la presencia de los representados, hablaba en su nombre y debía atenerse fielmente a las instrucciones recibidas). Aparecieron los representantes de ciudades, condados, grupos religiosos o universidades, elegidos por sus organizaciones respectivas. Es importante señalar que, pese a la existencia de estas cámaras consultivas, **la soberanía**

**recaía exclusivamente en la persona del rey**, que encarnaba al Estado. Si este escuchaba a los representantes era porque estos exponían los intereses de los dueños del territorio y la renta del reino.

Durante los siglos XVII y XVIII **el absolutismo monárquico** supuso una **disminución de la influencia de las cámaras**, salvo en Inglaterra. En dicho país, debido al gran poder de la monarquía y la burguesía, el Parlamento se convirtió en el siglo XVII en el principal depositario de la soberanía. En Francia, **la revolución de 1789 estableció la soberanía nacional**. Frente al principio de la soberanía del Monarca, la soberanía nacional significa que **todos los ciudadanos son soberanos a través de sus representantes en las cámaras**.

No obstante, con el establecimiento de la soberanía nacional, la soberanía sigue siendo indivisible, corresponde a la nación como colectivo. Se considera que los representantes de la ciudadanía no actúan en representación de aquellos que les han votado, sino de toda la nación. Ningún ciudadano, ningún estamento y ninguna ciudad puede dar instrucciones a los representantes de la nación, ni puede exigir rendición de cuentas, ni revocarlos antes de que concluya su mandato. Por consiguiente, al mandato imperativo le sucedió **el mandato representativo**, en el que la representación es cada vez más ideológica y no fundada en criterios económicos.

Es necesario aclarar, como apunta Torres del Moral (1975), que en el pensamiento ilustrado **“soberanía popular” y “soberanía nacional” significan lo mismo**, aunque la filosofía política actual usualmente diferencia entre ambos conceptos, en una tendencia antidemócrata:

- **Soberanía popular**: los representantes han sido elegidos por el pueblo para obrar en nombre de este.
- **Soberanía nacional**: los representantes pueden prescindir de la voluntad popular, pues se trata de una **“soberanía parlamentaria”** en la que el parlamento no es un medio de participación sino un **medio para el ejercicio del liderazgo político** que dirige a la voluntad popular. El papel del pueblo, en esa visión de la **“soberanía nacional”** sería un mero papel de freno frente

al auténtico protagonismo político, que radicaría en las instituciones.

Retornando a la narración histórica, la **representación ciudadana en las cámaras** instituyó **un nuevo modelo de Estado** que no se corresponde con la democracia directa clásica ni con el gobierno por parte de una aristocracia, sino que constituye un sistema mixto entre ambos. **Montesquieu**, en “El espíritu de las leyes” defendió un modelo de **Estado representativo que no es ni democracia ni aristocracia, sino una síntesis**. El filósofo consideraba que la democracia directa es un mal sistema, pues **el pueblo no está preparado** para deliberar por sí mismo sobre legislaciones y decisiones importantes. Pero en su opinión el pueblo sí tiene capacidad para elegir representantes capacitados para legislar.

Sin embargo, no todos los autores estaban de acuerdo con que la representación debiera sustituir a la participación ciudadana. Jean **Rousseau defendió que todas las leyes fuesen ratificadas por el pueblo** para poder ser aprobadas. El autor consideraba que solo así las leyes podrían ser fieles intérpretes de **la voluntad general** y auténticas depositarias de la **soberanía popular**. A cada ciudadano corresponde una parte alícuota de dicha soberanía. Rousseau sostiene que, cuando los ciudadanos comienzan a desentenderse de los asuntos públicos so pretexto de que ya lo hacen los diputados, el pueblo camina hacia su ruina. Frente a la libertad negativa de otros liberales de su tiempo, Rousseau defiende la necesidad de una libertad positiva, que se realice en la participación política. Hay libertad positiva cuando el ciudadano obedece porque también manda, de manera que en realidad, según Rousseau, en tal caso el ciudadano se obedece a sí mismo. **El súbdito deviene ciudadano**. Rousseau pensaba que una democracia directa como la de la polis griega solo era posible en comunidades pequeñas, como las repúblicas italianas del Renacimiento. En los grandes Estados nacionales **podría alcanzarse una democracia directa mediante la federación** de comunidades más pequeñas. El gobierno estaría integrado por delegados territoriales sujetos a mandato imperativo en representación de sus territorios.

El filósofo ilustrado **Condorcet** consideraba que en su época el pueblo no estaba preparado para ratificar todas las leyes, pero que en el futuro

la humanidad sí podría avanzar hacia una democracia directa con referéndums legislativos. Condorcet señaló que **el problema constitucional por excelencia consistía en introducir en un sistema representativo todo lo que se pudiera de un gobierno directo**. A su juicio la sociedad debería estar informada sobre los proyectos de ley y deberían admitirse **la iniciativa y el veto populares en la legislación**, así como la iniciativa de revisión constitucional. También deberían celebrarse referéndums populares sobre asuntos esenciales, con preguntas simples y nítidamente comprensibles, que puedan contestarse con “sí” y “no”. El autor señaló que **la Constitución debería ser refrendada por el pueblo cada veinte años**, para que todas las generaciones pudieran refrendarla. Así la Constitución sería auténtica expresión de la soberanía nacional. Por otro lado, el autor defiende que las normas deben evitar que los partidos políticos dominen el poder legislativo. Para ello debe haber una normativa que regule las competencias y el funcionamiento de las asambleas.

En el siglo XIX, Benjamin **Constant** (2020) desarrolló una interesante comparación entre la democracia de las polis griegas y la democracia representativa. A ambos sistemas los denomina, respectivamente “libertad de los antiguos” y “libertad de los modernos”:

- **Libertad de los antiguos:** En la Grecia clásica los ciudadanos encontraban el sentido de la vida en la participación diaria en la actividad política. Cada ciudadano podía realizarse a través de la política porque las “polis” (ciudades-estado) eran muy pequeñas en población y extensión. Además, había esclavos que se ocupaban de los trabajos tediosos y los ciudadanos tenían mucho tiempo libre, puesto que su única ocupación al margen de la política era ir a la guerra y había mucho tiempo entre periodos bélicos. Los ciudadanos no sabían ser felices sin participar en la política y, por ello, una de las peores condenas era el destierro, ser expulsados de la comunidad. Apenas tenían vida privada y sus relaciones familiares estaban regidas por el cumplimiento del deber social.
- **Libertad de los modernos:** Constant señala que los ciudadanos modernos, mientras cuenten con libertad civil, encuentran

la felicidad a través del disfrute tranquilo de los placeres privados, sin perjudicar a los demás. Los ciudadanos modernos son comerciantes y están muy ocupados con sus negocios; quieren que la política les estorbe lo menos posible. El sistema representativo es un lujo que nos permite librarnos de la carga política por medio de nuestros representantes, a quienes vigilamos mediante elecciones periódicas. De cualquier forma, en la sociedad moderna no sería posible encontrar la felicidad en la política porque ya no hay esclavos que exoneren a los ciudadanos de trabajar y porque los Estados son muy extensos y poblados. Tampoco existe una implicación con la comunidad comparable a la de la época clásica. Más que la tierra en sí, la auténtica patria son la familia, el trabajo y las propiedades. Si alguien no tiene estos arraigos, puede mudarse a cualquier otro lugar sin mucho drama.

Bernard Manin (1998) hace notar que el modelo ilustrado que hoy conocemos como “democracia representativa” no mantiene los elementos más característicos de la democracia griega como la asamblea popular y la elección de magistraturas por sorteo. Desde la óptica clásica, **la democracia actual se vería como un tipo de gobierno aristocrático-oligárquico**. Manin destaca que muchas fuentes ilustradas resaltaron las diferencias entre la representación y la democracia, defendiendo la superioridad del sistema representativo por permitir a los ciudadanos gozar de tiempo libre para dedicarse a sus negocios. Esto lleva a Manin a concluir que la democracia representativa es un tipo de organización política genuino y diferenciado de la democracia antigua.

Una cuestión clave del desarrollo de la democracia representativa fue la extensión de la ciudadanía. Durante la Edad Media, solo quienes tenían tierras tenían derecho a que su voz estuviera representada en la asamblea. En cambio, durante la ilustración se consideró que no era la tierra, sino **la propiedad (y el consiguiente pago de impuestos), lo que hacía que un hombre pudiera ser considerado ciudadano**. Así lo señalaba la Enciclopedia francesa en su definición de la palabra “representante”, donde afirmaba que el Monarca debe escuchar a todos los grupos del Estado que tuviesen poder económico y no solo a la nobleza y el clero. Se consideraba

que las posesiones eran lo que otorgaba a ser elegidos o a elegir representantes (**sufragio censitario**). Sin embargo, no todos los filósofos ilustrados estuvieron de acuerdo con la vinculación entre la soberanía y la propiedad, pues Rousseau señaló que carecer de propiedades y riquezas no es una razón legítima para excluir a un hombre de la soberanía popular y la participación política (como es sabido, Rousseau sí consideraba legítimo excluir a las mujeres de todas las clases sociales de la ciudadanía).

El recorrido histórico descrito da lugar al sistema de **democracia representativa**, cuyos rasgos son: el poder de la voluntad del pueblo, la fuerza de las mayorías, el mecanismo del acuerdo, la libre presentación y elección de los representantes y la división de poderes.

## 5. DEL MOVIMIENTO OBRERO AL ESTADO SOCIAL

El Estado Social o del bienestar es el sistema basado en la **economía mixta** (combinación entre el libre mercado y planificación gubernamental) característico de las democracias liberales actuales. En este modelo, el Estado interviene sobre la economía para **satisfacer algunas necesidades básicas de la ciudadanía**. Los padres del Estado de bienestar, como John **Keynes**, reconocen algunos aspectos del diagnóstico marxista. Admiten que la acumulación de la riqueza por parte de los propietarios implica el empobrecimiento de la ciudadanía. El Estado de bienestar se propone mantener el crecimiento económico capitalista pero promoviendo a la vez el bienestar social mediante la redistribución de la riqueza. La fórmula keynesiana es: “**desarrollo económico más bienestar social**”.

Para comprender la transformación del Estado liberal en el Estado social, hemos de remontarnos al comienzo de este proceso, que data de los orígenes del movimiento obrero.

La industrialización comenzó en el siglo XVIII en Inglaterra como consecuencia de innovaciones técnicas como el uso de la energía de vapor y la electricidad. Se inventaron la máquina de hilar de varios ejes y la máquina de vapor. Los cambios tecnológicos condujeron a cambios sociales pues en la sociedad tradicional la mayor parte de la población trabajaba en la producción agrícola, mientras que con la industrialización la

población emigró a las ciudades para trabajar en fábricas, tiendas y oficinas. Las ciudades se masificaron y la clase obrera británica vivía en barrios hacinados e insalubres en los que proliferaban las enfermedades.

En el siglo XIX, el capitalismo salvaje que acompañó a **la revolución industrial produjo miseria social en la clase trabajadora**. Trabajaba sin límite de jornada, sin descanso de fin de semana, sin vacaciones ni pagas extra, sin derecho a ninguna prestación por jubilación, despido o accidente laboral, sin medidas de seguridad laboral. No tenían derecho a la educación ni a la sanidad. Las mujeres embarazadas cargaban con vagonetas en las minas o cosían sin descanso, por sueldos aún más miserables que los de los hombres, y los niños desempeñaban todo tipo de trabajos penosos y peligrosos. El Estado no ofrecía ninguna solución para esta situación insostenible, pues el liberalismo admitía la más absoluta libertad de contratación, sin ningún tipo de límites para proteger a la clase trabajadora. La caridad ejercida por las iglesias y por algunas mujeres acomodadas estaba lejos de ser un remedio suficiente. Las terribles condiciones de vida dieron lugar al **estallido del conflicto de clases**, inspirado por las ideas socialistas.

Como expone Isabel Ramos (2007), **el Parlamento británico aprobó las primeras legislaciones obreras**, que fueron **imitadas por otros países europeos**. Esas normas fueron establecidas por los gobiernos liberales para corregir los aspectos más sangrantes de la explotación y **reducir el conflicto social del movimiento obrero** que podría desembocar en una revolución socialista.

Las medidas paliativas como **los subsidios por desempleo** financiados con los impuestos municipales, fueron criticadas por los defensores de la economía clásica, que las calificaban de “caridad estatal” que a su juicio inducían a la vagancia y entorpecían el desarrollo de la economía. Pero también hubo destacados liberales, así como filántropos y humanistas, que defendieron este tipo de intervención pública frente a la miseria. Isabel Ramos (2007) explica que las primeras legislaciones en materia laboral estaban dirigidas a **los grupos más desamparados** por la injusticia laboral (**los niños y las mujeres**), y después se aprobaron las normas en materia



de **salarios**, duración de la **jornada**, **descanso dominical**, higiene o salubridad, y la seguridad frente a los **accidentes de trabajo**.

En Inglaterra se aprobaron las dos primeras leyes en materia de **trabajo infantil**. La “Health and Morals of Apprentices Act” de 1802, estableció que los niños que trabajaban en las fábricas de algodón no podían **trabajar de noche** y su jornada no podía superar las **12 horas** al día. Esta ley también contenía disposiciones en materia de educación y salud infantil. Quince años después una segunda ley **prohibió que trabajasen los menores de 9 años**. A partir de entonces fueron aprobándose otras leyes para proteger a los niños. En España la primera ley para la protección de los niños trabajadores se promulgó en 1873 “ley sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros”, que fijó la edad mínima para trabajar en los 10 años, y restringió la jornada para el resto de los menores (un máximo de 8 horas diarias para adolescentes y prohibición del trabajo nocturno). Años después se aprobó la “ley de trabajo peligrosos de los niños”, destinada a prohibir la **mendicidad infantil** y la participación de niños en espectáculos circenses peligrosos o denigrantes.

Con respecto a las mujeres, al movimiento obrero le preocupaba la competencia que suponían las mujeres, pues ellas estaban dispuestas a trabajar en peores condiciones y por salarios más bajos. Por eso reivindicaron que los varones cobrasen un digno “**salario familiar**” que permitiese retirar del trabajo a las mujeres y los niños. Se argumentó que las mujeres eran más débiles, que había que proteger la moralidad de las jóvenes y que las mujeres debían poder dedicarse a la labor maternal para no dejar a los niños desamparados. Tras movilizaciones obreras, la “Mines Act” de 1842 prohibió el trabajo de las **mujeres en las minas**, y en 1844 se prohibió el **trabajo nocturno** de las mujeres de la industria textil y se estableció la jornada laboral de **12 horas** (pocos años después la jornada femenina se redujo a 10 horas). Los demás estados liberales, con una industrialización más tardía, se sumaron años después a la protección de las mujeres trabajadoras. En España, el movimiento krausista impulsó la “ley de condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños” del año 1900. Esta ley no prohibió el trabajo de las mujeres en minas o en otras industrias, pero sí reconoció el derecho a **descansar los domingos** y

reconoció el derecho a una **baja posparto** de tres semanas con reserva del puesto de trabajo, pero sin salario, así como el derecho a una hora de lactancia. Años después la jornada de las mujeres fue limitada a 11 horas y se prohibió el trabajo nocturno (Ramos, 2007).

Con el paso del tiempo, las medidas protectoras **se extendieron a los hombres trabajadores adultos**. Una de las grandes conquistas del movimiento obrero fue la **jornada laboral de 8 horas**, triunfo que en el que fueron pioneros varios países como la URSS, España y Francia. En Francia se aprobó la primera ley sobre **accidentes laborales**, que fue muy importante, pues anteriormente cuando un trabajador moría o quedaba mutilado a causa de un accidente, el trabajador o la viuda y los huérfanos quedaban abandonados sin ningún tipo de indemnización (Ramos, 2007).

Gracias a **trascendentales reformas jurídicas** como las descritas, tuvo lugar entre los siglos XIX y XX, el **desarrollo del Estado social**: derechos laborales como las vacaciones, educativos, sanitarios, la universalización de los derechos políticos (**sufragio universal**), creación de la seguridad social para financiar las pensiones por accidente, despido, viudedad; y mejora de las condiciones de salubridad de las viviendas y barrios obreros (normas urbanísticas, saneamiento, alcantarillado, electricidad, recogida de basuras, etc.).

Entre los **pensadores liberales reformadores** que impulsaron el desarrollo del Estado social se encuentran los teóricos **Jeremy Bentham y John Stuart Mill**, que señalaron que la felicidad es el fin del Estado, de modo que la motivación de las políticas públicas debería ser el incremento de la felicidad o bienestar material de la ciudadanía (Quintero, 2003). Bentham defendió medidas contra la miseria, como unos proyectos de vivienda y un seguro de vida, enfermedad y vejez. Stuart Mill expuso que el Estado debe ser definido como una suma de individuos solidarios, que buscan racionalmente la eliminación de las fuentes de sufrimiento social. Según Mill, la finalidad del Estado debe ser la justicia social. Mill no solo fue un inspirador del desarrollo del Estado social sino también fue un importante aliado del movimiento sufragista, pues junto a su esposa Harriet Taylor abogó por los derechos educativos y políticos de las mujeres.

Otros importantes inspiradores del Estado de Bienestar fueron Beveridge y Marshall. Beveridge fue un político británico liberal vinculado al gobierno de Churchill. Defendió la universalización de la seguridad social y la existencia de una renta de subsistencia. Se le conoce fundamentalmente por su informe de 1942, conocido como “**Informe Beveridge**” que proporcionó las bases teóricas del Estado de Bienestar por parte del gobierno laborista tras la Segunda Guerra Mundial. Beveridge promovió los servicios de empleo, que permiten dar cobertura económica y social a los **desempleados**; también fue el promotor de una **ley de seguridad social y del sistema de pensiones** para las personas mayores. En el informe señaló que todo ciudadano en edad laboral debe pagar una serie de tasas sociales semanales, con el objetivo de poder establecer una serie de prestaciones en caso de enfermedad, desempleo, jubilación y otras. El autor opina que ese sistema permitirá asegurar un nivel de vida mínimo por debajo del cual nadie debe caer. Dos años después escribió un segundo Informe en el que defendió que el sistema de protección social requiere orientar la política laboral hacia el **pleno empleo**.

La obra del sociólogo británico **Marshall** (1950) señala que, aunque en la sociedad pueden existir diferencias de clases, el Estado ha de proporcionar a todas las personas **un primer escalón de educación** que les permita desarrollarse para facilitar el recambio de élites y clases. Toda la ciudadanía tiene derecho a participar de la herencia social generada por el trabajo de todas las personas, lo que implica que las normas jurídicas deben **un nivel de bienestar** que permita un grado de felicidad aceptable para toda la población. Por medio del desarrollo técnico, la sociedad debe reducir los trabajos más desagradables e inhumanos. La ciudadanía no sólo implica derechos sino también deberes, derivados de la deuda con la herencia social amasada por el esfuerzo común. Este teórico defendió que, además de los derechos civiles y políticos, **la ciudadanía debe gozar de derechos sociales** que el Estado tiene que garantizar.

Tras la segunda guerra mundial el Estado social alcanzó su máximo desarrollo. Este modelo económico tiene como principal exponente al economista John **Keynes** y la aplicación de su teoría en Estados Unidos. No debemos confundir este modelo con una economía marxista o comunista, pues el Estado social es una **economía mixta** que combina el

capitalismo con la intervención redistributiva del Estado. De hecho, Toni Negri (2002) subraya que la propuesta keynesiana está estrechamente relacionada con la defensa del capitalismo frente al comunismo y con la elaboración de una barrera contra el posible contagio soviético tras la revolución de 1917.

El modelo keynesiano se acompaña de una visión del **Derecho como instrumento de reforma social**, especialmente en lo relativo a la mejora de las condiciones de vida de la clase trabajadora. El aspecto reformador del Derecho posibilita la aparición de ramas jurídicas como el **Derecho del Trabajo** (solo posible en un Estado dispuesto a intervenir en lo socioeconómico). Esta visión social también transforma el **Derecho Penal**, pues se considera que su función no es el castigo, sino proteger las condiciones de vida de la sociedad “bienes jurídicos” y que la reinserción debe ser el objetivo de la política penitenciaria (esta nueva noción del derecho penal se encuentra en el jurista Franz von Listz).

En **Estados Unidos**, la teoría económica dominante antes de Keynes fue la de **Adam Smith**, expuesta en “La riqueza de las naciones”. En opinión de la “Economía Clásica” de Adam Smith y David Ricardo, la economía capitalista no necesita ser regulada por el Estado, pues se rige por su propia dinámica basada en la necesidad, es decir, por la **ley de la oferta y la demanda**. Adam Smith sostuvo que la economía funciona bien si se la deja sin controles, pues opera una autorregulación natural, llamada “**mano invisible**”. Según el liberalismo clásico, **el derecho no debe intervenir en la economía, ni siquiera para garantizar el bienestar general**. En este mismo sentido, la corriente llamada “Fisiocracia” consideraba que la economía debe funcionar por el principio de “**laissez faire**”, que el Estado “deje hacer” a los individuos.

El **crack de la bolsa de Nueva York de 1929** y la subsiguiente crisis de los años 30 motivaron un cambio en las políticas económicas. El enfoque de la economía clásica fue sustituido por el análisis keynesiano, expuesto en su obra “Teoría General”. Esto conllevó una transformación del papel económico del Estado ya que el liberalismo postulaba que el Estado debía abstenerse de intervenir en la economía, mientras que el keynesianismo sostenía que debe actuar para **garantizar el pleno empleo** (Salazar, 2006).

Las recetas económicas de Keynes y de Beveridge, aplicadas no solo en Estados Unidos y en Reino Unido, sino también en varios países europeos a través del “Plan Marshall”, destinado a la recuperación tras la Segunda Guerra Mundial, funcionaron bien y produjeron **crecimiento económico y una mejora creciente del nivel de vida**.

A partir de entonces el Estado social se desarrolló mediante la **constitucionalización de** los derechos de segunda generación, es decir, **los derechos sociales**, la garantía desde el Estado de unos **servicios públicos** de alta calidad (salud, educación, pensiones, etc.) que se prestan de modo universal, una presencia significativa de la producción pública, y la **financiación a través de impuestos generales**. El objetivo del Estado social es **evitar las crisis capitalistas**, así como limitar las situaciones de marginalidad y de pobreza que pueden acabar con la cohesión social o impedir el crecimiento económico. El establecimiento de **rentas mínimas** y la prevención de la pobreza, han sido los baluartes del Estado de Bienestar clásico.

Sin embargo, durante el **último tercio del siglo XX** aparecieron filosofías liberales contrarias al Estado Social. Los principales exponentes de estas teorías son Robert Nozick y Frederik Hayek. Estos autores rechazan que el Estado tenga obligaciones de justicia social y que el derecho tenga fines sociales; consideran que los derechos sociales no son verdaderos derechos y defienden la idea de un **Estado mínimo** (o Estado gendarme), porque en su opinión la única función del Estado debe ser emplear las leyes, la policía y las fuerzas armadas para defender la seguridad y la propiedad. Según estos autores el Estado solo debe proteger los derechos civiles (privacidad y libertades) que aparecieron en el siglo XIX, mientras que los derechos sociales las políticas redistributivas atentan contra el derecho de propiedad. El derecho debe garantizar que **la economía** transcurra en condiciones de **seguridad jurídica** (volviendo previsibles las condiciones) y libertad de empresa (eliminando los obstáculos como tasas gremiales o barreras nacionales proteccionistas).

El surgimiento de estas críticas corre en paralelo a la **crisis del Estado social**, que comenzó con la **gran recesión de 2008**. Tras el descalabro del mercado hipotecario y la crisis económica, los Estados asumieron las

deudas bancarias y, como cortapisa al endeudamiento, dichos Estados optaron por aplicar “políticas de austeridad”. Estas políticas supusieron una reducción draconiana del gasto público, con el consiguiente adelgazamiento del Estado del bienestar (educación, sanidad, seguridad social, función pública, etc.). Una parte significativa de los servicios públicos fue cedida a las fuerzas del mercado. Las políticas de austeridad incrementaron el desempleo y, como consecuencia, **los derechos laborales se han debilitado** en las últimas décadas. En este contexto, se ha producido un recrudecimiento de la marginalidad y la pobreza.

## 6. EL CONSTITUCIONALISMO

En la **época antigua** existieron constituciones que regulaban la estructura del Estado (como la Constitución de Atenas). Ahora bien, las **constituciones modernas** que aparecen a partir del siglo XIX tienen una serie de rasgos característicos como la democracia representativa, la soberanía nacional, el Estado-nación, los principios del liberalismo político como bases teóricas, las teorías del pacto social y el iusnaturalismo racionalista como fundamentación última.

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 vino a consagrar, en su artículo 16, **los dos elementos esenciales que debe reunir una Constitución:**

1. División de poderes
2. Garantía de los derechos

Como expone García de Enterría (1985), la separación de poderes es la “**parte orgánica**” de la Constitución, mientras que la garantía de los derechos se denomina “**parte dogmática**”. La parte orgánica de la Constitución es la que organiza los poderes del Estado y establece límites al poder mediante la “separación de poderes”. Los derechos implican que los individuos se sitúan por encima del Estado y que este solo existe gracias a ellos. El pensamiento ilustrado considera que los derechos individuales son los límites naturales que el Estado debe respetar. Los derechos son además la misión de la Constitución. **Las constituciones establecen un equilibrio entre el principio mayoritario** (las decisiones

se toman por mayoría) y el **principio minoritario** (el poder de las mayorías no es absoluto, sino que encuentra un límite en los derechos de las minorías). El equilibrio entre ambos principios es clave en el funcionamiento democrático.

Durante el siglo XX se ha producido un aumento del peso jurídico de las Constituciones (si las comparamos con las constituciones decimonónicas). Las constituciones del siglo XIX no se consideraban la cúspide de la estructura política de un Estado ni la fuente de la que emanaba la legitimidad del mismo. Las primeras constituciones eran más bien manifiestos políticos donde se recogían los principios del derecho natural, mientras que era el depositario de la soberanía nacional era el poder legislativo. En el constitucionalismo contemporáneo se ha transformado el principio de legalidad, pues ahora **las constituciones tienen primacía sobre las leyes** del Parlamento.

García de Enterría (1985) expone que en el constitucionalismo actual, la soberanía popular implica que la Constitución es un mandato que emana del pueblo, pues este crea la Constitución. Esta no es solo una norma, sino **la primera norma de todo el sistema por varios motivos:**

- A diferencia de las demás normas, tiene una vocación de **permanencia**.
- El resto de las normas tienen temáticas más concretas, mientras que la Constitución establece el **marco de todas**.
- La Constitución es más **difícil de modificar** que las demás normas (rigidez constitucional), requiriendo amplias mayorías parlamentarias.
- La Constitución **emana del poder político “constituyente”**, mientras que las demás normas emanan de los poderes “constituidos” por ella.

Un aspecto clave del paso del constitucionalismo moderno al contemporáneo es la aparición del **control de constitucionalidad de las leyes**. El origen de este cambio radica en la independencia de los Estados Unidos. Los colonos americanos se opusieron a la Corona inglesa porque, para recaudar dinero, Gran Bretaña aplicó a las colonias americanas impuestos

especiales por la compra de té y por adquirir documentos oficiales, periódicos y otros materiales impresos. Esta situación indignó al pueblo americano porque la Corona inglesa les pedían impuestos pero no les permitía tener representación en el Parlamento. Los colonos americanos alegaron que el derecho positivo inglés era contrario a los derechos naturales de los americanos, de modo que los colonos se consideraron legitimados para la rebelión. Paradójicamente, la independencia se justificó con las obras de dos británicos: Locke y Coke, que defendieron que existen los derechos naturales por encima del derecho positivo. El pueblo americano recogió estos derechos en la Constitución, considerándola superior a las leyes por ser depositaria del derecho natural.

Mientras que el sistema británico, al no tener Constitución, tiene una autoridad parlamentaria y judicial mucho mayor, el sistema estadounidense, al tener Constitución, debe respetar esa voluntad permanente del pueblo que es superior al poder legislativo. En Estados Unidos se dio por primera vez la revisión de constitucionalidad de las leyes, que pueden ser anuladas por el juez si contradicen la Constitución. La autoridad máxima del control de constitucionalidad de las leyes es el Tribunal Supremo. En Europa la primera Constitución que incorpora un Tribunal Constitucional es la de Weimar (Alemania, 1919). En Austria también se aprobó una Constitución, en cuya redacción participó Hans Kelsen, con la importante novedad de que este tribunal fue por primera vez independiente del poder judicial. Ese modelo de **Tribunal Constitucional independiente del poder judicial** es el que hemos adoptado en España.

Como explica Francisco Balaguer, el modelo contemporáneo de texto constitucional se denomina “**Constitución normativa**” (2004), pues es una auténtica norma de derecho positivo, es estable y sus artículos despliegan obligaciones jurídicas. Gracias a su carácter normativo, los derechos pueden ser garantizados de modo efectivo a través de mecanismos como el recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional.

La denominación “derechos humanos” se emplea para aludir a los derechos recogidos en convenios internacionales o en las primeras Constituciones. Sin embargo, los derechos recogidos en las Constituciones contemporáneas cuentan con técnicas jurídicas que se han ido depurando



para garantizar la **protección de los mismos**, es decir, para **que no sean meras declaraciones de intenciones, sino títulos exigibles** ante los tribunales por los particulares o auténticos mandatos dirigidos a los poderes públicos. Para enfatizar la diferencia con los derechos con menor fuerza vinculante, **los derechos recogidos en las Constituciones actuales se llaman “derechos fundamentales”**. La idea de Constitución normativa implica que deben mantenerse determinadas conquistas, una Constitución debe contener determinado estándar de garantías jurídicas.

Aunque los derechos sociales cuentan con insuficientes garantías constitucionales, una de las características más notables de **las Constituciones contemporáneas** es que **asumen como modelo el Estado social**. Junto a la idea de Constitución normativa, es importante destacar la palabra **“constitucionalismo”**. El constitucionalismo es una noción ideológica, una teoría sobre las Constituciones, una cultura de democracia y derechos fundamentales en la que han nacido y se han desarrollado las Constituciones contemporáneas.

**Peter Häberle** (2010) destaca el pluralismo como rasgo fundamental de las Constituciones contemporáneas, que describe mediante su teoría de la **“Constitución pluralista”**. El debate perpetuo entre dinámicas alternativas políticas se funda sobre la aceptación de los valores del constitucionalismo: los principios de la democracia, el respeto a las minorías, la separación de poderes, la dignidad humana y el debate social. En la concepción constitucional de Häberle el texto constitucional no completa al objeto “Constitución”, pues en el Estado pluralista dicho objeto está conformado también por las filosofías políticas, los textos clásicos, la evolución social y cultural, etc.

Por supuesto, como indica Konrad **Hesse** (1992), no podemos olvidar que, a pesar de la apertura de la Constitución a los cambios históricos, **las bases fundamentales quedan sustraídas** a la discusión de los grupos e intereses. La estructura del Estado forma parte de esas bases, pues la Constitución crea órganos a los que confiar distintos ámbitos de poder. Los procedimientos de resolución de conflictos y formación de la voluntad política permiten que las decisiones sobre las cuestiones abiertas se sometan a reglas claras, garantías y exigencias de cierta estabilidad.

PARTE 2

INTRODUCCIÓN  
A LA FILOSOFÍA MORAL

Desde la perspectiva etimológica, los términos **“ética”** y **“moral”** son **sinónimos**. "Eticidad" viene del griego "ethos" (hábitos, virtudes comunitarias, carácter), mientras que "moralidad" viene del latín "mos/moris" (hábitos, costumbres sociales), que es la traducción latina que Cicerón dio a la palabra griega "ethos". Dentro de la filosofía, ambos términos aluden a la disciplina filosófica que surgió como reflexión crítica y racional sobre las costumbres sociales.

Pero Gustavo Bueno (2009) señala que, atendiendo a los matices etimológicos de cada una de estas palabras, existen diferencias entre ambas. Bueno argumenta que "mos", "moris" alude a las costumbres o hábitos de la comunidad, mientras que "ethos" se refiere a los hábitos y el carácter de las personas adquiridas en el seno de una comunidad. Según esta argumentación, la **“moral” (entendida como protección de los valores sociales)** podría entrar en conflicto con la **“ética” (entendida como la defensa del individuo)**. El filósofo pone el ejemplo de un acto de venganza de un grupo mafioso hacia otro que asesinó a uno de los suyos. La moral de ese grupo dispone que asesinen a un integrante del clan rival, para preservar su propio clan. En cambio, la ética es contraria a matar a una persona.

Esta distinción de Gustavo Bueno basada en la etimología no nos convence, dado que Aristóteles reflexionaba en la Retórica sobre el "ethos" (carácter, costumbres) de grupos como las personas jóvenes, las personas maduras y las ancianas. En la Grecia antigua, el "ethos" parecía entenderse de un modo contextual y vinculado a las relaciones familiares y comunitarias de cada persona. Las respuestas éticas que se esperaban de una madre no coincidían con las esperadas de un soldado o de un gobernante. **La eticidad griega no parece tener esa dimensión individualista.**

Bueno rechaza otra distinción entre ambos términos según la cual, la **“ética” serían el estudio filosófico y los ensayos especializados sobre la moral** (del mismo modo que la "geografía" estudia el territorio y la "gramática" estudia el lenguaje). Coincidimos con Gustavo Bueno en su rechazo a esta distinción (procedente de la filosofía analítica) porque parece suponer que la ética es el trabajo intelectual de un gremio, mientras que la conducta moral es algo que ocurre al margen de la reflexión

filosófica. A juicio del filósofo, la conducta ética y moral, requiere una mínima intervención filosófica consistente en conectar comportamientos personales con un sistema de valores o fines.

Otra distinción entre ambos términos a la que alude Bueno, es la definición de la **“moral” como normas sociales que oprimen a los individuos** (esta definición está presente en expresiones del lenguaje común como “moral burguesa”, “moral tradicional”, “moralina”, “moral y buenas costumbres”, etc.), mientras que la **“ética” se referiría a un deber emanado de la propia conciencia** subjetiva y no de la inercia ni la presión exterior (ejemplo: “esto lo he hecho por motivos éticos”). Coincidimos con Bueno en su discrepancia con esta distinción, que a nuestro juicio se remite en última instancia a una perspectiva kantiana de la ética, entendida como ámbito de decisión individual e imparcial y contrapuesto a la influencia social. Como mostraremos en las siguientes páginas, hay otras perspectivas racionales sobre el comportamiento ético en las que esta distinción entre lo “autónomo” y lo “heterónomo” no resulta tan nítida.

Suscribir esta última distinción entre “ética” y “moral” implicaría asumir de entrada una perspectiva formalista de la ética, cosa que no resulta conveniente si nos disponemos a la tarea de exponer las distintas concepciones de la disciplina. Además, hemos de hacer notar que esa extendida distinción no fue elaborada por Kant y que incluso en la historia de la filosofía **hay definiciones muy autorizadas de ambos términos que los describen justo al revés.**

Georg Hegel diferenció entre “eticidad” y “moralidad”. Utilizó el término “moralidad” para criticar la concepción moderna o ilustrada (basada en la racionalidad imparcial) y “eticidad” para aludir a la concepción antigua, ligada a la pertenencia y la comunidad. **Según Hegel, “eticidad”** alude a los valores, virtudes y concepciones de la vida feliz que se desarrollan **en una comunidad**; mientras que la **“moralidad”** se refiere a un **punto de vista crítico con los valores comunitarios**, una visión abstracta, no identificada con ningún bien o comunidad concreta.

Debido a todo lo expuesto y a nuestra perspectiva clasicista, hemos optado por emplear ambos términos como sinónimos. Hemos observado que

“moral” y “ética” han sido usados de modo indistinto en la historia de la filosofía. Por último, hemos de indicar que aunque esta parte se titule “introducción a la filosofía moral”, realmente es más bien un recorrido por las concepciones éticas más importantes, así como un análisis de varias nociones morales relevantes para el derecho (libertad, igualdad, justicia, etc.). No abordamos aquí los importantes dilemas morales del mundo actual, muchos de los cuales serían de gran interés para la formación jurídica (la pobreza mundial, las desigualdades sociales, la justicia global, el aborto, la eutanasia, el daño al medio ambiente, los peligros de la modificación genética o de las tecnologías digitales, entre otros).

## TEORÍAS ÉTICAS

---

Max Horkheimer (1973) expone que las nociones como “**justicia**” e “**igualdad**”, que en siglos anteriores fueron consideradas evidentes bajo la luz de la razón, **no se consideran ya una realidad objetiva susceptible de ser descubierta por la razón**. Todavía son metas sociales que gozan de prestigio, aparecen en venerables documentos históricos y han sido ratificadas en las Constituciones de los Estados más influyentes. Sin embargo, casi nadie se atreve ya a explicar el estrecho vínculo de esos valores con la verdad porque, según la opinión actual, solo la ciencia (entendida como exposición de hechos y cálculo de probabilidades) tiene autoridad como depositaria de la verdad. **La afirmación de que la justicia y la libertad son mejores que la injusticia y la opresión, no es científicamente verificable** y, por lo tanto, en sí misma, suena tan desprovista de sentido como la afirmación de que el rojo es más bonito que el azul o el huevo sabe mejor que la leche.

Las ideas de “justicia”, “libertad” e “igualdad” proceden de una tradición filosófica de raíces religiosas y mitológicas. Horkheimer explica que en nuestros días no tiene sentido afirmar que determinada manera de vivir, determinada religión o filosofía es mejor o más verdadera que otras, pero **debería preocuparnos que también resulte imposible afirmar que un sistema político, por cruel y despótico que resulte, es peor que otro**. Un valor tan importante como la dignidad se considera una consigna trillada sin significado específico, cuyo uso sería como una especie de recuerdo inconsciente de otros tiempos en los que sí creíamos en las verdades morales. En nuestra época ha triunfado un uso mutilado de la razón denominado “razón instrumental”. Para esta concepción, solo el **interés económico individual** se considera una motivación “realista” del comportamiento humano, susceptible de ser medida y fundamentar predicciones.

**Antiguamente la justicia se fundamentaba en verdades inscritas en la naturaleza**, que podían ser descubiertas con ayuda de Dios o de la razón. Hoy los conceptos morales suenan vacíos: la dignidad ha perdido su

remisión religiosa a la similitud del ser humano con Dios, la justicia ya no es la imploración de misericordia frente a un señor feudal, la individualidad ya no se concibe como lo opuesto a la esclavitud ajena. Las ideas se han desprovisto de elementos procedentes de los contextos históricos en los que surgieron.

Pese a lo señalado, las nociones morales han sobrevivido al desencanto del mundo. Plasmadas especialmente en **la filosofía de los derechos humanos**, estas ideas conservan un contenido que **reclama su estatus de verdadero**, y no solo de “opinión legítima”. Existe un acuerdo tácito en que dichos valores son buenos y “verdaderos” (aunque esa verdad se presente como distinta a la verdad científica), ¿pero en qué se fundamenta dicha asunción social?

El recorrido por distintas teorías éticas puede ofrecernos explicaciones acerca de la fundamentación racional de las ideas morales. Hemos clasificado las principales teorías éticas de la historia en siete grupos: relativistas, comunitaristas, teleológicas, hedonistas, emotivistas, formales y convencionalistas. Esta clasificación es original pero no caprichosa. Para elaborarla nos hemos inspirado en el análisis de Max Horkheimer (1973) sobre los modos en los que la razón filosófica ha fundamentado los valores morales a lo largo de la historia, así como en un artículo de Robert Alexy que identifica ocho tipos de fundamentaciones de los derechos humanos, titulado “¿Derechos humanos sin metafísica?” (2007). Pudimos observar que ambos textos, sin guardar relación alguna entre sí ni coincidir en su aproximación filosófica, coincidían bastante al identificar las principales fundamentaciones históricas.

De las concepciones reseñadas, personalmente nos decantamos por un punto de vista anti-relativista que bebe de distintas concepciones éticas. Con las éticas teleológicas coincidimos en que existen unas necesidades objetivas que el ser humano tiene que satisfacer para poder tener una vida digna y concordamos con Martha Nussbaum (2012) en que estas capacidades o necesidades humanas trascienden las opiniones que pueda tener una sociedad concreta en un momento dado. Como ejemplifica la ética subyacente a los derechos humanos, existen unas bases éticas objetivables y exigidas por la naturaleza humana (al menos en lo

concerniente a unos mínimos para la supervivencia y el bienestar social). Más allá de unos mínimos, para los aspectos sujetos a dilemas o a distintas interpretaciones éticas, nos inclinamos por el modelo convencionalista, en tanto que defiende la importancia del debate democrático entre posturas racionales. Este debate debe estar sujeto a procedimientos equitativos basados en la libre expresión (como promueve el procedimentalismo), pero también ha de estar incardinado en sociedades pluralistas con memoria, que proporcionen una educación cívica en valores y que transmitan la importancia de conservar una forma de vida ética (como defiende el comunitarismo).

## 1. ÉTICAS RELATIVISTAS

Aunque el relativismo parezca una filosofía originaria del tiempo presente, **sus raíces se remontan al comienzo de la filosofía griega** (Navarro y Calvo, 1980). El atomismo de Demócrito llevaba a negar la posibilidad del conocimiento, ¿cómo conocer las infinitas colisiones posibles de infinitos átomos moviéndose en el vacío? En el círculo intelectual de Demócrito, la verdad no se consideraba al alcance del ser humano. El sofista Protágoras defendió que no existen las verdades absolutas y que, si hubiese alguna verdad absoluta, sería imposible conocerla. Es célebre la frase de Protágoras, “el hombre es la medida de todas las cosas”. Otra conocida expresión de relativismo fue la afirmación de Gorgias, “no hay ser; si lo hubiera, no podría ser conocido; si fuera conocido, dicho conocimiento no podría ser comunicado por medio del lenguaje”. Los sofistas pensaron que no existe una sola verdad y que, por tanto, **la función del lenguaje** no era expresar la verdad sino ser **un arma para convencer** e impresionar a las masas dominando las técnicas apropiadas.

**Al principio las leyes** (“nomos”), conjunto de normas políticas e institucionales, **se consideraban inspiradas por los dioses o derivadas del orden natural del universo** (Heráclito). Pero el desarrollo comercial amplió las relaciones entre los pueblos y permitió comprobar que las leyes y costumbres diferían mucho en cada comunidad. **Observando la falta de unanimidad entre los pueblos** en relación con la justicia, consideraron que esta no podía referirse a algo inmutable y universalmente válido.



Desplazándonos a la actualidad, el relativismo moral es una de las filosofías más características de nuestro tiempo. **Hans Kelsen**, el principal teórico del derecho del siglo XX, **suscribió el relativismo moral** y defendió la separación total entre el derecho y la moral. Kelsen considera que la teoría del derecho debe ser la ciencia que estudia las normas jurídicas por medios lógicos, mientras que **de los valores morales no cabe un conocimiento científico**. Según Kelsen, las personas pueden tener una opinión personal sobre si una norma jurídica es justa o injusta, pero ese análisis subjetivo es ajeno a la ciencia del derecho. La teoría del derecho es un estudio descriptivo de las normas y el sistema jurídico. Para que una norma sea derecho, basta con que sea válida, es decir, debe haber sido aprobada según los procedimientos establecidos por las normas superiores.

En su obra “¿Qué es la justicia?” Kelsen cuestionó las principales fundamentaciones históricas de la justicia, señalando que ninguna de ellas tiene fundamento científico. Según explica Kelsen (2006), se atribuye a uno de los siete sabios de Grecia el dicho según el cual la Justicia consiste en “dar a cada cual lo que le corresponde”. Pero la pregunta decisiva: ¿qué es lo que pertenece a cada cual? - queda sin resolver. Esta fórmula presupone un orden moral o jurídico que establezca lo que a cada cual corresponde. La fórmula podría usarse para justificar cualquier orden social. Por su parte, el famoso principio de retribución de “pagar bien con bien y mal con mal”, implica responder previamente a las preguntas ¿qué es el bien? y ¿qué es el mal? Pero esta respuesta carece de evidencia y va cambiando según el pueblo y la época.

Si entendemos la retribución como “**tratar a lo semejante de modo semejante**” hemos de partir de que todas las personas son iguales por naturaleza, pero si tenemos en cuenta que somos todos distintos, **sería absurdo tratar a los niños como adultos** o a los enfermos mentales como a personas mentalmente sanas. Pero **¿qué diferencias deben ser tenidas en cuenta y cuáles no?** Un sistema legal puede hacer que cualquier diferencia sea base de un trato distinto sin que ello entre en conflicto con el principio de igualdad, que carece del suficiente significado como para tener consecuencias prácticas.

Hans Kelsen señala que no hay que confundir al principio de igualdad con el de **igualdad ante la ley**, que se destina a las autoridades que aplican la ley a casos concretos. Este es **el principio de legalidad**, pero **se puede aplicar correctamente cualquier norma, incluso una norma considerada discriminatoria** por todo el mundo.

Otra fórmula de la justicia mencionada por Kelsen es: **“A cada cual según su trabajo”**. Según Marx, es la idea de justicia que subyace al orden social capitalista, la “meritocracia”. En realidad, se trata de una regla injusta porque unas personas con distintas capacidades reciben el mismo trato. **Si una persona fuerte y otra débil reciben ambos por la misma cantidad de trabajo** la misma cantidad de producto, esto no es proporcionado. Para que se compensase esta asimetría podríamos recurrir a la fórmula comunista de **“a cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades”**. Pero ello implicaría preguntarse para qué tipo de trabajo es adecuado cada cual y **qué tipo de rendimiento en el trabajo cabe esperar** de esa persona. Después habría que plantearse también **cuáles son las necesidades** que deben ser satisfechas. Según Kelsen, **es utópico** pensar que el orden comunista reconocerá las capacidades de cada individuo de acuerdo con sus propios juicios subjetivos y garantizará la satisfacción de sus necesidades de acuerdo con tales deseos, de tal modo que sea total la armonía entre los intereses individuales y los colectivos, y exista por tanto la libertad sin límites en la sociedad comunista.

Otra fórmula de la justicia es la llamada “regla de oro”, que establece que **“hay que actuar con los demás del mismo modo que quisiéramos que ellos actuaran con nosotros”**. Sin embargo, lo que hace felices a unos no hace felices a otros. Por ejemplo, puede haber personas a quienes no importe que los demás digan mentiras, ya que se creen suficientemente inteligentes para protegerse de ellas. Según la regla de oro, estas personas estarían autorizadas a mentir.

Kelsen también critica teorías de la justicia concretas, como la de Aristóteles, el iusnaturalismo, el utilitarismo y Kant. Por ejemplo, expone que el problema de la teoría de la justicia de **Platón** (consistente en alcanzar la idea del **Bien absoluto**) radica en que la idea del bien absoluto está más allá de cualquier experiencia racional y que **solo es posible a**

través de una experiencia de tipo místico que únicamente pueden lograr unos pocos mediante la gracia divina.

La conclusión final que Kelsen extrae en la obra ¿Qué es la justicia? es que **solo podemos alcanzar mediante la razón valores relativos**. En el terreno de la moral no existe una verdad única. Hans Kelsen considera que no hay unas respuestas más justas que otras, sino que solo existen conflictos de intereses en los que hay que satisfacer uno en detrimento de otro, o llegar a un compromiso entre ambos. Kelsen sostiene que los valores son relativos pero, en su opinión, esto no implica que tengamos que renunciar a la moral, sino aceptar que hay muchos sistemas morales y que tenemos que escoger entre ellos. **Un individuo solo puede afirmar qué es la justicia para él.**

A parecida conclusión llegó **Wittgenstein**, representante del pragmatismo lingüístico. En la teoría de los juegos del lenguaje, expuesta en las “Investigaciones Filosóficas”, expuso que en el día a día realizamos acciones lingüísticas como formular órdenes, describir un objeto, representar teatro, pedir, agradecer, blasfemar, etc... Estos ejemplos muestran que la función descriptiva del lenguaje propia de las ciencias es solo una función entre otras. Wittgenstein considera que **los enunciados morales son juegos lingüísticos de un tipo propio y no pueden evaluarse desde los parámetros de las ciencias**. Los juegos de lenguaje son actividades guiadas por reglas, es decir por costumbres que determinan lo que resulta válido dentro de un juego. El conjunto de reglas propias de un juego es una “representación del mundo”, que no puede ser considerada verdadera ni falsa. Robert Alexy (1989) **critica la tesis de que las representaciones del mundo no puedan ser criticadas**, porque entonces los discursos morales no podrían ser cuestionados, serían completamente relativos y, por ejemplo, no podría darse un debate entre las representaciones del mundo de cristianos y comunistas.

## 2. ÉTICAS COMUNITARISTAS

El comunitarismo sostiene que lo justo solo puede ser determinado en el marco de una comunidad de referencia. Los valores morales son una conquista cultural que debe ser conservada a través de la educación en

virtudes, del mismo modo que nos esforzamos por conservar y respetar las más bellas obras pictóricas y creaciones literarias.

Esta concepción se remonta a la **filosofía antigua**, que sostenía que cada persona ocupa una posición en el seno de **su comunidad** que conlleva unos deberes impuestos por el orden del universo (un orden cuya legalidad no puede ser alterada por los seres humanos). En **la sociedad heroica que describe Homero** las personas desempeñaban papeles sociales con propósitos propios: padre de familia, madre, ciudadano, soldado, etc. Es una cosmovisión **organicista**, pues cada grupo o clase social realiza una función para garantizar el orden general, del mismo modo que cada órgano realiza una función necesaria para el cuerpo. Según dicha concepción, la injusticia se produciría cuando se altera el orden predeterminado.

El filósofo Alasdair MacIntyre (2013) expone que solo en el interior de una tradición podemos evaluar de modo empírico si una persona cumple adecuadamente las funciones que se esperan de ella. Llamar “bueno” a un reloj es decir que es la clase de reloj que escogería cualquiera que quisiera un reloj que midiera el tiempo con exactitud. **Llamar a una acción concreta “justa” o “correcta” alude a lo que una buena persona haría en tal situación.** Dentro de una tradición, las proposiciones morales pueden ser designadas verdaderas o falsas. Pese al aparente relativismo moral de nuestros días, MacIntyre sostiene que también la sociedad actual asume coloquialmente que existen comportamientos malos y comportamientos buenos. Por ejemplo, pensemos en un padre que asesina a sus propios hijos. La sociedad define este hecho como “atroz”, sin asomo de dudas.

Lo bueno y lo malo en la sociedad griega heroica emanaba de los roles sociales que se desempeñan. La justicia de la sociedad heroica no consiste en juzgar con imparcialidad, sino que es **una justicia situada y orientada a individuos concretos** con los que tengo una relación en mi comunidad. **La virtud solo adquiere sentido dentro de una tradición** en la que vivimos y aprendemos.

MacIntyre expone que la virtud no es una noción uniforme en todas las épocas o lugares. No existe la justicia en sí, sino la justicia en Atenas, la justicia en Tebas y la justicia en Esparta. Incluso en una misma

comunidad pueden convivir distintas nociones de la virtud. Las tragedias de Sófocles planteaban situaciones en las que **los roles sociales virtuosos de distintas personas entraban en conflicto entre sí** (el rol social puede diferir por sexo, edad, procedencia, etc.). Por ejemplo, hacer lo que se le exige a una hermana (Antígona), podría entrar en conflicto con lo exigido a un gobernante (Creón).

En la concepción comunitarista, la comunidad es el territorio en el que se persigue conjuntamente el **bien común**. La construcción de la comunidad requiere compartir una idea común de la vida buena. La visión comunitarista defiende que el Estado debe tener un papel activo en la educación moral de la ciudadanía, pues sobre esos ideales compartidos se construye la **amistad política**, el vínculo entre los ciudadanos que conforman la polis. Frente a la visión clásica, **para el individualismo liberal** la comunidad es sólo el terreno donde cada individuo persigue sus intereses egoístas y las instrucciones políticas solo proveen el orden que posibilita la autonomía. El liberalismo sostiene que el Estado debe tener un papel neutral ante las distintas concepciones rivales de la buena vida, y por ello no debe inculcar ninguna perspectiva moral.

MacIntyre explica que desde las **repúblicas italianas de la Edad Media** ha habido propuestas de restaurar la filosofía comunitarista y **republicana** del mundo clásico. Lo fundamental de la tradición republicana es la noción de bien público (una noción muy distinta a la de la suma de intereses individuales). En **el estoicismo romano**, la virtud del individuo consistía en permitir que el bien público proporcionase la pauta para la conducta individual. Eso se lograba mediante **la educación en las virtudes (hábitos y disposiciones de carácter** que permiten ser un buen ciudadano, participativo y solidario). En **la revolución francesa**, el concepto igualitario de ciudadanía se funde con la virtud aristotélica de la amistad y la cristiana de amor al prójimo, en una virtud rebautizada como “fraternidad”. Sin embargo, “libertad, fraternidad e igualdad” no eran las únicas virtudes jacobinas; también eran virtudes el patriotismo y el amor a la familia, así como vestir con sencillez, vivir con austeridad, asistir con regularidad a las reuniones ciudadanas, ser valientes y cumplir con sus deberes cívicos y familiares.

Hay **virtudes** que son **necesarias para la existencia de cualquier comunidad**. Por ejemplo, el valor es una virtud porque es necesario para proteger la comunidad. También la sinceridad y la justicia son necesarias para la sociedad. Pese a que existe cierta universalidad en las virtudes, cada sociedad expresa las virtudes de un modo distinto. MacIntyre (2013) explica que los poetas luteranos educaban sus hijos en la creencia de que se debe decir la verdad a todo el mundo, con independencia de las circunstancias y las consecuencias. En nuestra cultura, empleamos mentiras piadosas por cortesía, pero seguimos reconociendo el valor de la sinceridad.

Actualmente pueden ubicarse en la corriente comunitarista autores como **Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Michael Walzer y Charles Taylor**. Estos filósofos reivindican la participación ciudadana en la vida pública y el **fomento desde el Estado de las virtudes cívicas**. Se oponen a que la justicia consista en adoptar una postura neutral e imparcial ante los dilemas éticos y reivindican una **actitud de compromiso con los valores morales cultivados por la comunidad**. La comunidad es el lugar donde los individuos adquieren su identidad y desarrollan un sentido de pertenencia. Estos autores consideran que hoy en día se ha perdido la dimensión comunitaria, dando lugar a la atomización individual, la pérdida de arraigo y vínculos fuertes como la familia, la pertenencia a la comunidad vecinal, religiosa, política, nacional, etc. Consideran que es necesario reconstruir comunidades en los que la ciudadanía aprenda virtudes éticas y desarrolle afecto hacia sus leyes e instituciones.

### 3. ÉTICAS TELEOLÓGICAS

Las “éticas teleológicas” o “éticas de fines” sostienen que existen **fines morales** (“telos”) **inscritos en la naturaleza humana**. También podríamos llamarlas “éticas naturalistas”, pues un comportamiento se considera bueno o justo cuando es consistente con el orden natural. Aristóteles es el principal representante de las éticas teleológicas en la época clásica. Asimismo, forman parte de esta concepción la moral cristiana y aquellas teorías actuales centradas en **especificar las necesidades o las capacidades** del ser humano. Como ejemplifica el debate entre los contractualistas

clásicos en relación con el “**estado de naturaleza**”, algunos autores consideran que los rasgos fundamentales de la naturaleza humana son **la búsqueda de la supervivencia** y el beneficio propio (Hobbes). Otras posturas, sin embargo, sostienen que la naturaleza humana también está orientada hacia **finés altruistas** (Locke y Rousseau).

**MacIntyre** (2013) explica que en el pensamiento de Aristóteles las personas tienen un propósito, una finalidad objetiva. La “vida buena” y el “comportamiento virtuoso” son juicios empíricos que pueden descubrirse investigando el pleno desenvolvimiento de la vida humana. **La naturaleza lógica del orden natural resulta evidente a todo sujeto dotado de inteligencia**. Se trataría de un orden que nos construye por dentro y nos exige la persecución de ciertos fines. Para las éticas naturalistas, las afirmaciones morales pueden ser tan verdaderas como las afirmaciones científicas, porque son contrastadas con el orden natural (esta concepción clásica contrasta con la filosofía moderna, que separa el terreno científico del “ser”, del terreno del “deber ser”).

**Aristóteles**, en su obra “Ética a Nicómaco”, sostiene que **el fin último de todos los seres humanos es la felicidad**. Según el filósofo, cada ser es feliz **realizando la actividad que le es propia** de acuerdo con su naturaleza. Esta teoría es coherente con la concepción teleológica de la naturaleza en Aristóteles. Todos los seres naturales tienden a realizar determinadas actividades y el ejercicio de dichas tareas trae consigo la satisfacción de sus tendencias y la perfección.

La actividad más propia del ser humano, la que responde más adecuadamente a la naturaleza de este, es la actividad intelectual. Según Aristóteles, la forma más perfecta de la felicidad es **la actividad contemplativa**. El filósofo argumenta contra la identificación del bien humano con el dinero, el honor o el placer. Al estado de felicidad y plenitud, “telos” del ser humano, le da el nombre de “**eudaimonia**”.

Pero Aristóteles sostiene, como había subrayado su maestro Platón en la doctrina de las partes del alma, que **el ser humano no es solo racionalidad**. Una vida dedicada a la contemplación solo sería posible si la persona no tuviera necesidades corporales, problemas económicos, relaciones sociales, etc. Este ideal de felicidad y perfección es una aspiración

irrealizable, e incluso los que pueden dedicarse a la contemplación solo pueden hacerlo durante breves períodos de tiempo. La felicidad humana solo puede ser limitada (Navarro y Calvo, 1980).

Para **aproximarse hacia el ideal** de vida contemplativa el ser humano debe **desarrollar virtudes morales** que le permiten controlar las tendencias propias, además de cuidar las relaciones sociales, la salud y adquirir medios económicos. Las virtudes son las cualidades cuya posesión hará al individuo capaz de alcanzar la eudamonia y cuya falta frustrará su movimiento hacia ese “telos”. El ejercicio de las virtudes no es un medio para la felicidad, sino que **el ejercicio de las virtudes es precisamente en lo que consiste la felicidad humana**. Las virtudes no son un don con el que se nace, sino que incluso si tenemos una tendencia natural a comportarnos, por ejemplo, de modo valiente, si no **entrenamos esa virtud**, la dejaremos ocasionalmente de lado a causa de otros impulsos. Actuar virtuosamente no significa hacer algo porque es obligatorio, sino **porque realmente deseamos hacerlo**, y lo deseamos porque hemos cultivado nuestras virtudes mediante una **educación emocional**.

Las virtudes solo adquieren contenido en la vida social organizada de la polis, de modo que el individuo solo alcanza su realización como “**polítikon zoon**” (animal político), **viviendo en sociedad**. Las leyes permiten fundar un proyecto común y lograr el bien común. Una buena comunidad enseñaría a sus ciudadanos qué clase de acciones les procurarán mérito y honra (educación en las virtudes). La vida social es, según Aristóteles, una inclinación de la misma naturaleza humana. Como prueba de la sociabilidad natural, el filósofo señala que los seres humanos están dotados de “logos” (palabra). Los seres humanos pueden hablar y debatir, mientras que los demás animales solo emiten sonidos. La “**polis**” (Estado) es creación de la naturaleza y **es la más elevada de las formas de organización social**, que permite al ser humano alcanzar su perfección.

Aristóteles propone la famosa **doctrina del “mesotes”**, que **significa que la virtud está en el punto medio entre dos vicios**: el valor está entre la temeridad y la cobardía; la justicia, entre cometer o padecer injusticia; la generosidad, entre la prodigalidad y la tacañería. Por tanto, a cada virtud le corresponden dos vicios. Y para diferenciar entre la virtud



y el vicio tenemos que **atender a las circunstancias**: la misma opción que sería liberalidad en una situación, en otra puede ser prodigalidad y en otra, tacañería. Por lo tanto, **el propio juicio** tiene un papel indispensable en la vida de la persona virtuosa (la virtud no consiste en acatar mecánicamente las leyes). **La virtud central es la phrónesis (prudencia)**, que nos permite saber cómo ejercer el juicio en casos particulares. La prudencia es una virtud sin la cual no puede ejercerse ninguna de las demás virtudes. Un aspecto interesante de la ética de Aristóteles es que **la bondad y la inteligencia no pueden ir por separado**. Para Aristóteles la inteligencia requiere compasión y bondad, debemos ser capaces de ponernos en el lugar de otras personas para adoptar la actitud más prudente en cada situación.

**Tomás de Aquino**, en su obra “Suma teológica”, formuló una teoría naturalista que combina la filosofía aristotélica con la teología. De Aquino considera que el ser humano es un ser social nacido para vivir en comunidad, pero además tiene **un fin superior (aproximarse a Dios)** que se alcanza por medio de la fe. De Aquino formula tres clases de virtudes: intelectuales (inteligencia, ciencia y sabiduría), cardinales (prudencia, justicia, fortaleza y templanza) y teologales (fe, esperanza y caridad). Según Tomás de Aquino, al conocimiento de la ley natural (leyes del comportamiento moral) se puede acceder a través de la razón o a través de la revelación. El teólogo introduce **un matiz de tolerancia** en el pensamiento cristiano medieval al sostener que una persona que no cree en Dios puede comportarse éticamente gracias a que Dios ha puesto en la naturaleza las leyes morales de tal modo que pueden ser comprensibles **mediante la razón** para todos los seres humanos. La ley natural está constituida por principios morales generales como “haz el bien y evita el mal”.

En el siglo XVII, **Hugo Grocio** formuló una filosofía naturalista precursora de las teorías del contrato social. El filósofo consideraba que existen derechos naturales e inherentes a la sociedad humana, pues sin ellos no se podría vivir en sociedad: conservar la vida y no agredir a los demás gratuitamente.

En la época contemporánea, una interesante teoría naturalista es el **enfoque de las capacidades**. La filósofa **Martha Nussbaum**, en su obra “Las Fronteras de la Justicia” (2012) considera que es posible alcanzar **una concepción universal acerca de los requisitos mínimos de una vida digna**. Con “universal” se refiere a una visión de la vida buena válida para todos los países y para cualquier religión o ideología política. La vida digna sería aquella que posibilita que las personas desarrollen diez capacidades inherentes a la naturaleza humana (supervivencia, salud, integridad física, libertad de pensamiento y expresión, libertad emocional, juego, libertad de conciencia y religiosa, no discriminación, medio ambiente, y derechos civiles y políticos).

Nussbaum suscribe el análisis de Aristóteles sobre la naturaleza humana, de acuerdo con la cual el ser humano solo puede alcanzar la felicidad **razonando y viviendo junto a otros seres humanos**. La filósofa sostiene que las personas aspiramos a una vida en común organizada a la medida de nuestra inteligencia, capaz de garantizar el **bien común** y **satisfacer nuestras necesidades** hasta un punto en el que la **dignidad humana** no se vea comprometida por el hambre, la violencia o el trato desigual en el espacio político.

La filósofa señala que la naturaleza humana no presenta tan solo tendencias hacia el altruismo, la reflexión y la cooperación social. El ser humano también presenta comportamientos como la crueldad. Sin embargo, Nussbaum **no está de acuerdo con el pesimismo antropológico** de contractualistas modernos como Hobbes (que pensaba que “el hombre es un lobo para el hombre”). Nussbaum **se aparta de la visión liberal** que concibe que el **interés egoísta** es la principal motivación del ser humano. Muchos autores naturalistas postularon que **la supervivencia** y el beneficio propio son las motivaciones humanas por excelencia. La autora considera que los seres humanos **tenemos tendencias altruistas** y tendencias egoístas, pero que podemos desarrollar una propuesta ética que fomente lo mejor de la naturaleza humana. Este “derecho natural” **no puede, sin más, deducirse de la observación de la naturaleza humana**, pues se trata de una visión selectiva de la misma.

Por otro lado, Martha Nussbaum es consciente de las importantes diferencias culturales que existen en el mundo actual sobre las formas de realización de la vida humana. Sin embargo, considera que es posible alcanzar una **descripción parcial del bien (de mínimos)** basada en un análisis de la naturaleza del ser humano. La autora señala que es posible generar un amplio consenso internacional sobre los requisitos importantes para cualquier concepción razonable de la realización humana. La filósofa sostiene que toda visión sobre la vida digna debería aspirar al consenso democrático para ser ética, pero eso **no significa que los derechos humanos sean meras creaciones convencionales**, resultantes de las leyes y las instituciones. Así, un país que no reconozca los derechos mínimos que permiten una existencia digna será un país injusto, con unas **normas contrarias al derecho natural**.

#### 4. ÉTICAS HEDONISTAS

Las éticas hedonistas se basan en un **análisis de la naturaleza humana** y concluyen que **los seres humanos buscan el placer** y evitan el dolor. Para esta teoría, el placer sería la motivación de la vida y los seres humanos llamamos “bueno” a todo lo que nos acerca a dicho objetivo y “malo” a lo que nos aleja del mismo. Podemos observar que tanto las éticas teleológicas como las hedonistas se basan en la naturaleza, pero las teleológicas formulan una versión perfeccionada del ser humano, mientras que las hedonistas analizan aquello que “mueve” al ser humano en la vida corriente (por eso son consideradas “**éticas de móviles**”).

El hedonismo se remonta a la antigüedad griega, cuando los sofistas como Calicles y Trasímaco se preguntaron ¿qué es lo natural en el ser humano? Para analizar cómo sería una vida en un estado natural puro, sin influencias culturales ni conocimientos adquiridos, prestaron atención al comportamiento de los niños y animales. Ello les llevó a deducir que las normas naturales del comportamiento son la búsqueda del placer y el dominio del más fuerte. Los autores concluyeron que la moral es antinatural, pues se opone a estas reglas de la naturaleza.

Una versión más sofisticada del hedonismo fue la filosofía de **Epicuro**, que sostuvo que la felicidad se alcanzaba mediante la **búsqueda del**

**placer.** Postuló que las personas son más felices apartándose de la política y viviendo en compañía de sus amistades en un jardín. Sostuvo que **las leyes** son fruto del acuerdo y **tienen como fin evitar que los demás nos dañen.** Por consiguiente, regirse por la ley del más fuerte no sería la mejor estrategia para llevar una vida placentera.

El hedonismo tuvo a Lucrecio por continuador en Roma y posteriormente su recuperación hubo de esperar numerosos siglos hasta el renacimiento con Montaigne. Más adelante, en la ilustración fue parcialmente suscrito por Thomas Hobbes. Fue en el siglo XIX cuando el hedonismo alcanzó una nueva edad de oro con la filosofía **utilitarista**, cuyos principales representantes fueron los liberales **Bentham** y **Stuart Mill**. Estos filósofos ingleses señalaron que la meta social debería ser el **“logro de la mayor felicidad para el mayor número de personas”** (Bentham, “Fragmento sobre el Gobierno”). La teoría utilitarista defendió que **cada individuo cuenta por igual en el cálculo de la felicidad social.** Jeremy Bentham lo sintetiza en la afirmación, “cada quien vale uno, nadie más de uno”. Este filósofo sostuvo que la adopción de políticas públicas exige asumir un punto de vista imparcial (que nos consideremos como uno más entre todos los seres humanos sin dar preferencia a nuestros familiares, ni a nuestras preferencias personales).

Bentham sostenía que **el comportamiento altruista es objetivamente el más racional** para el logro de la felicidad global y que hemos de guiar nuestras vidas de acuerdo con aquello que maximice la utilidad social. Sus teorías tuvieron un papel fundamental en las **reformas legislativas** que permitieron el paso del Estado liberal al Estado social en Gran Bretaña, introduciéndose en la legislación garantías elementales para la dignidad de la vida de la clase trabajadora. El utilitarismo también se aplicó como herramienta descriptiva para calcular el impacto de las políticas públicas sobre el bienestar social. En algunos de sus escritos, Bentham tomó una posición que anticipa la escuela del “pragmatismo”, al preguntarse en relación con soluciones jurídicas, “¿acaso funciona?”. Bentham es considerado un autor del positivismo jurídico (de hecho, desarrolló con Austin la teoría del derecho como mandato del legislativo) pero por su marcado empirismo también podemos ubicarlo en la tradición realista.

La visión de este filósofo sobre la naturaleza humana coincide con la tradición hedonista, pues sostiene que todos buscamos placer y evitamos el dolor. En realidad, Bentham extiende las obligaciones éticas más allá de los humanos, pues entiende que los animales también pueden sentir dolor y placer, de manera que han de ser respetados como sujetos morales. El filósofo señala que, cuando se trata de algo placentero, consideramos que cuanto más, mejor; y cuando se trata de algo doloroso, se considera que cuanto menos, mejor. Por eso la fórmula de la felicidad de Bentham consiste en que realicemos las acciones que proporcionen la mayor cantidad de placer con la menor cantidad posible de dolor, para el mayor número de personas. El filósofo además sostuvo que debemos preocuparnos por el placer ajeno, porque mi felicidad y la de los demás coinciden en el marco de una organización social.

John **Stuart Mill**, discípulo de Bentham, formuló un concepto de placer más complejo que el de su maestro. En efecto, si alguien nos dice que busquemos nuestro placer o felicidad, pensaremos ¿qué tipo de placer?, porque hay placeres muy distintos. El placer de vivir una vida tranquila en un convento no es el mismo que el de la vida militar. El placer de leer un libro no es el mismo que el de comer un pastel. Apelar al placer no me dirá si es mejor ser monje o soldado. Como explica Hans Kelsen (2006), el utilitarismo se va deslizando desde la idea inicial de buscar el placer, hacia una teoría más compleja acerca de la determinación de las necesidades humanas que merecen ser satisfechas.

Henry **Sidgwick**- teórico de la misma línea que Bentham y Stuart Mill-terminó de refutar el objetivismo de la teoría utilitarista cuando sostuvo que tras nuestras nociones de la buena vida subyacen creencias que no pueden ser fundamentadas racionalmente. En su aproximación, el utilitarismo se disuelve en el emotivismo (reducción de la ética a sentimientos subjetivos).

Un movimiento heredero de las corrientes utilitaristas inglesas fue el **pragmatismo estadounidense** de comienzos del siglo XX. Para esta corriente, la pregunta “¿qué acción es buena?” debe responderse señalando las **consecuencias prácticas** de cada acción. Esto es lo que recomendaba **William James**, que define el pragmatismo como una doctrina que

identifica lo verdadero con lo útil y provechoso. Negó las categorías metafísicas y los principios universales, de modo que su único criterio metodológico era atender a las consecuencias de las acciones.

Dentro del utilitarismo contemporáneo, destaca Stephen **Toulmin**, que en su obra “An Examination of the Place of Reason in Ethics”, rechaza que la ética pueda reducirse a emociones subjetivas. La función de la ética es localizar criterios objetivos que nos permitan establecer normas que armonicen los deseos de las personas, evitando el sufrimiento evitable. La concepción de Toulmin puede ser calificada como un “**utilitarismo de reglas**”, frente a los utilitaristas anteriores que podrían definirse como “de acciones”. Según la clasificación de Toulmin, el “utilitarismo de acciones” juzga si las acciones concretas producen placer o dolor. Por su parte, el “utilitarismo de reglas” juzga las acciones concretas según si cumplen reglas (por ejemplo, la regla “mentir es malo”). En el utilitarismo de reglas, el criterio del placer se usa para analizar las reglas morales (ejemplo, ¿por qué mentir está mal? porque produce sufrimientos evitables).

El utilitarismo se presenta a sí mismo como una teoría que ofrece datos objetivos, y no ideaciones subjetivas, razones y no sentimientos. El utilitarismo aspira a tomar decisiones jurídicas y éticos mediante medición aritmética. Según la filósofa Martha Nussbaum (2012) **el lado oscuro del utilitarismo**, es que convierte a los individuos en números para hacerlos encajar en una función matemática. Un punto débil del utilitarismo es que la regla “evita el sufrimiento evitable” es muy vaga: ¿qué hay que considerar como sufrimiento?, ¿es moralmente legítimo causar daño a una persona para evitar el sufrimiento de muchas?

## 5. ÉTICAS EMOTIVISTAS

Según las éticas emotivistas, **las afirmaciones morales como “esto está bien” describen los sentimientos de la persona hablante**. Hay teorías emotivistas que consideran que las emociones morales son puramente subjetivas, otras teorías consideran que dichas emociones morales son producto de una intuición natural que nos permite distinguir el bien del

mal. Por último, otras teorías emotivistas sostienen que las emociones morales son una construcción cultural transmitida por la educación.

David **Hume**, en el siglo XVIII, en su obra “Tratado sobre la naturaleza humana” expone que un código moral es un conjunto de juicios a través de los que expresamos aprobación o rechazo hacia conductas específicas. Por ejemplo, aprobamos la generosidad y la amabilidad, mientras que rechazamos el crimen y la explotación. La filosofía se pregunta cuál es el fundamento de esos juicios morales, ¿en qué se basa nuestra aprobación de la compasión y nuestro rechazo hacia el homicidio?

Una respuesta clásica es que la distinción entre lo bueno y lo malo se descubre por medio de la razón. Según esa visión, la razón puede comprender el orden natural y determinar qué conductas son acordes con este. Esta perspectiva puede ser denominada “**intelectualismo moral**” y su representante más conocido es Sócrates, que sostenía que el conocimiento sobre el bien conduce al buen comportamiento. Según la tesis de Sócrates, la educación moral nos orienta hacia el bien y la justicia. Sensu contrario, el filósofo griego sostenía que el mal comportamiento es consecuencia de una insuficiente comprensión de lo que se está haciendo, de modo que la propensión hacia el crimen puede corregirse mediante la educación.

Frente a la tesis intelectualista, la propuesta de Hume es el “**emotivismo moral**”. Esta tesis afirma que el rechazo hacia una acción (por ejemplo, el homicidio) no puede basarse en la razón o el conocimiento intelectual. La razón no impide ni motiva nuestros comportamientos. **Los juicios morales logran motivarnos a actuar** porque no se basan en la razón sino en emociones. El conocimiento de relaciones entre ideas solo nos permite hacer inferencias lógicas y cálculos matemáticos (por ejemplo “ $1+1=2$ ”). Con respecto al conocimiento sobre hechos, como “la pizarra es verde”, este tampoco nos permite juzgar lo que es correcto y lo que es incorrecto. Es posible examinar fríamente, de un modo intelectual, incluso el hecho más despreciable. Solo cuando dirigimos la atención hacia nuestros sentimientos encontraremos una reprobación que brota de nuestro interior hacia la acción. El sentimiento moral es universal y se basa en un agrado o desagrado que experimentamos respecto de ciertas

acciones y maneras de hacer. Hume considera que **se trata de un sentimiento natural y desinteresado** (una especie de intuición o instinto). Hume elabora un listado de valores a partir de la pregunta “¿cómo querías que las demás personas te viesen?”. Según Hume, salvo casos patológicos, la respuesta universal a esta pregunta contendría ejemplos como “sociable, humano, compasivo, agradable” e incluiría valores como “lealtad, amistad, inteligencia, constancia, justicia, prudencia, alegría, serenidad frente a los avatares de la vida, amabilidad, educación”, etc.

En el siglo XIX, Friedrich **Nietzsche**, en la obra “La genealogía de la moral” sostuvo que las afirmaciones morales no son posiciones del pensamiento ante la realidad, sino **expresión de la preferencia** por unos valores y no por otros. El filósofo señala que el origen de los valores es humano y no natural. No hay una objetividad con la que contrastar nuestras preferencias, sino solo una voluntad que elige una interpretación del mundo u otra. Nietzsche estudia la genealogía de los conceptos morales para averiguar por qué se consolidaron socialmente los valores judeo-cristianos de amor al prójimo. Sostiene que la distinción entre el bien y el mal fue en sus orígenes una referencia amor al contraste entre los amos (poderosos, aman la vida, actúan, no tienen resentimiento) y los esclavos (débiles, pasivos, miedosos y preocupados por su auto-conservación). El resentimiento de los débiles (la casta sacerdotal) condujo a llamar “malvados” a los antaño poderosos, produciendo una transvaloración. Ese desplazamiento fue posible porque los buenos (los amos) tienen tendencia a separarse, mientras que los débiles crean rebaños. El orgullo, la competitividad y autonomía se volvieron pecados, mientras la caridad, humildad y obediencia se tornaron morales. La transvaloración culminó cuando los fuertes se sintieron culpables por amar su fuerza y el caos, adaptándose a los represivos y miserables valores judeo-cristianos. Nietzsche rechaza todo ideal igualitario (como el socialismo o la revolución francesa) y frente a ello **vindica la independencia, la fuerza y la libertad amor al.**

El emotivismo moral fue una corriente influyente en la primera mitad del siglo XX. George **Moore** en su obra “Principia Ethica” expone la conocida **falacia naturalista** (también llamada “guillotina de Hume” porque Moore indica que se encuentra implícita en la teoría moral de



Hume). Según este argumento, de una reflexión sobre el “**ser**” (descripción de hechos) no podemos concluir un juicio sobre el “**deber ser**” (cómo debemos actuar). Moore alcanzó conclusiones parecidas a las de Hume y sostuvo que lo “bueno” se capta por intuición. El filósofo defendió que lo “**bueno**” es tan intuitivo como lo “**amarillo**”. Es una propiedad que se capta y no podemos probar la razón por la que lo bueno es bueno. Según Moore, **es imposible comprobar desde las ciencias empíricas** si algo es bueno o no lo es, pero lo bueno **resulta evidente por sí mismo**. Según el intuicionismo, las intuiciones morales no son captadas por los cinco sentidos sino por otra facultad que es como un sexto sentido. El pensamiento de Moore no es exactamente emotivista, porque su teoría no se basa en un sentimiento moral sino en una especie de intuición sensorial. Moore sostiene que lo moralmente bueno no debe confundirse con lo placentero, ni con lo que promueve la supervivencia, ni con lo aceptado por la mayoría social.

El pensamiento de Charles **Stevenson** “Ethics and Language” se ubica con claridad en el emotivismo. Este autor sostiene que cuando afirmamos “esto es bueno”, en realidad estamos diciendo “apruebo esto: apruébalo tú también”. Por tanto, en nuestras palabras hay una parte descriptiva y una parte emotiva, mediante la que pretendemos promover actitudes. Cuando digo “esto es bueno”, lo que afirmo es:

Parte descriptiva → “Esto tiene una serie de cualidades concretas X, Y, Z...”

Parte emotiva → “...que me gustan y deseo que te gusten también”.

La conclusión de Stevenson es que no cabe hablar de “verdad” o “falsedad” en el ámbito moral, porque las afirmaciones morales lo único que describen son los sentimientos del hablante.

En la actualidad, el filósofo Richard **Rorty** defiende algunos postulados emotivistas. Sostiene que los derechos humanos son una cultura, un hecho que no precisa de una fundamentación o un conocimiento verdadero de la naturaleza humana. A su juicio, se trata de una cultura desarrollada gracias a una **educación sentimental**. En su obra “La justicia como lealtad ampliada” (1998) Rorty expone que todos los seres humanos tenemos un círculo conformado por aquellas personas por las que

nos preocupamos más, hasta el punto de que nuestro bienestar depende del suyo. En relación con los miembros de este primer círculo, sentimos que el bienestar de estas personas es inseparable de nuestro propio bienestar. A medida que nos alejamos de este primer círculo, nuestra empatía se va diluyendo y puede haber seres humanos por los que sentimos indiferencia o incluso rechazo. Para que se produzca progreso moral, es necesario **que amplíemos esos círculos morales** mediante la educación sentimental que recibimos a través de las películas, la literatura o los reportajes periodísticos. Por tanto, concluye, el progreso de los sentimientos se produce gracias a **las narraciones** tristes que despiertan nuestra empatía.

## 6. ÉTICAS FORMALES

Las éticas formales o procedimentales no establecen mandatos concretos, ni tampoco un fin al que debemos aspirar. **Las éticas formales proporcionan procedimientos imparciales** que permiten a cualquier persona descubrir por sí misma cuál es la mejor actuación en cada situación. Los procedimientos imparciales aspiran a alcanzar **respuestas universales**, que cualquier **sujeto racional**, en cualquier tiempo o lugar, alcanzaría.

Immanuel **Kant** señaló que la razón humana no se limita al conocimiento sobre la naturaleza, sino que también reflexionamos sobre cómo debemos actuar. Por tanto, hay dos funciones de la razón, la “razón teórica” y la “**razón práctica**”. La teórica se ocupa de conocer cómo son las cosas, es decir, del conocimiento de la naturaleza; la razón práctica no se ocupa de cómo son las cosas (esfera del “ser”), sino de cómo debemos actuar (esfera del “**deber ser**”). Lo que interesa a la razón práctica no son los motivos que inspiran realmente la conducta humana (dinero, pasiones, egoísmo), sino cuáles son los principios que deben determinar la conducta para que esta pueda ser considerada racional y moral. La razón teórica, científica, formula juicios (ejemplo, “el calor dilata los cuerpos”) mientras que la razón práctica formula **imperativos** (ejemplo, “no matarás”).

Kant rechazó las teorías éticas anteriores a la suya porque, a su juicio, todas eran “**materiales**” y él consideraba que una teoría ética tiene que ser “formal”. Son éticas materiales aquellas según las cuales la bondad

de la conducta humana depende de algo que se considera el fin supremo para el ser humano: los actos son buenos cuando nos acercan a la consecución de ese fin supremo y malos cuando nos alejan de él. Las éticas materiales comienzan definiendo cuál es el fin último (el placer, la felicidad, etc.). Una vez establecido tal fin supremo, la ética establece unas normas que nos permiten alcanzarlo. Las éticas materiales tienen contenidos porque establecen un fin y nos dicen lo que debemos hacer para conseguirlo (Navarro y Calvo, 1980).

El filósofo se opuso a **las éticas materiales** porque son “**a posteriori**” (**empíricas**), es decir, su contenido está extraído de la experiencia. Navarro y Calvo (1980) lo explican poniendo el ejemplo de la filosofía epicúrea: ¿cómo sabemos que el placer es el fin supremo para las personas? Porque la experiencia nos muestra que desde la infancia buscamos el placer y huimos del dolor. ¿Cómo sabemos que para conseguir un placer duradero es preferible comer con moderación y no participar en la política? Porque la experiencia nos muestra que el exceso produce, a largo plazo, enfermedades, y la política produce disgustos. Las éticas materiales se basan en generalizaciones a partir de la experiencia. En opinión de Kant, de la experiencia no se pueden extraer principios universales, pues siempre habrá personas cuya experiencia no sea coincidente con los presupuestos de la ética material.

En segundo lugar, Kant se opuso a **las éticas materiales** porque son **hipotéticas (condicionales)**. Esto quiere decir que solo son convincentes si la persona aspira a conseguir un fin determinado un fin. Por ejemplo; si nos dicen, “no comas en exceso porque es malo para tu salud”, ¿qué pasa si no me importa mi salud? entonces ese mandato carecerá de validez para mí.

En tercer lugar, Kant se opuso a **las éticas materiales** porque son **heterónomas**. Heterónomo es lo contrario de autónomo y la autonomía consiste en que la persona determine por sí misma cómo debe obrar. En cambio, la heteronomía consiste en recibir un mandato desde fuera de la propia razón. Las éticas materiales son heterónomas, pues sus mandatos son dirigidos desde fuera o por un deseo (por ejemplo, la inclinación al placer).

Frente a las éticas materiales, Kant **propone una ética formal**, pues solo esta podrá ser universal y racional. Una ética formal no será empírica (sino que **será a priori**), ni hipotética (sino que **sus imperativos serán categóricos**) ni heterónoma (sino que **será autónoma**, el sujeto se pondrá a sí mismo los mandatos. Una ética formal no tiene contenidos concretos, ni mandatos determinados, no establece ningún fin que último que haya que perseguir. La ética formal nos permite razonar de forma autónoma que es lo que debemos hacer en cada situación.

Kant distingue tres tipos de acciones: acciones **contrarias al deber**, acciones **conformes al deber** y acciones **por deber**. En la filosofía kantiana, **una persona solo actúa moralmente cuando actúa por deber**. El deber es “la necesidad de una acción por respeto a la ley” (Fundamentación de la metafísica de las costumbres). Es decir, el deber es el sometimiento a una regla no por casualidad, ni por utilidad ni por la satisfacción que su cumplimiento pueda proporcionarnos, sino por respeto a la misma. Navarro y Calvo (1980) lo explican así: imaginemos el caso de un comerciante que no cobra precios abusivos a sus clientes. Esta acción es conforme al deber, pero tal vez lo haga para asegurarse la clientela. En ese caso la acción sería conforme al deber, pero no estaría motivada por el deber. La buena acción sería un simple medio para conseguir un fin (asegurarse la clientela). Si, por el contrario, actúa por considerar que poner precios moderados es su deber moral, la acción no sería un medio para conseguir un fin, sino que un fin en sí misma. El valor moral de una acción radica en el hecho de actuar por deber.

Kant contrapone **dos tipos de imperativos**:

- Imperativo hipotético: es una regla que nos exige que hagamos ciertas cosas si queremos lograr un fin determinado. Se trata de una exigencia condicional. Por ejemplo, si yo digo que tengo como fin evitar el sufrimiento, he de comportarme correctamente con los demás para que no me dañen.
- Imperativo categórico: es una regla que nos permite determinar si nuestras razones para la acción son buenas o malas. A diferencia del imperativo hipotético, el imperativo categórico

no depende de que persigamos un fin determinado ni de que suscribamos un determinado ideal de vida.

Immanuel Kant **rechaza el fomento de la felicidad como criterio** para determinar la moralidad de las conductas porque cualquier precepto ideado para asegurar nuestra felicidad sería expresión de una regla mantenida sólo condicionalmente, que daría instrucciones para hacer algo siempre y cuando hacerlo condujera realmente a la felicidad como resultado. Kant mantiene que **la auténtica ley moral es el imperativo categórico**. La moral tampoco puede encontrar fundamento en **nuestras creencias religiosas**. En opinión de Kant, del hecho de que Dios nos ordene hacer algo no puede seguirse el hecho de que debamos hacerlo.

A lo largo de su obra, Kant propone las siguientes **formulaciones** del imperativo categórico, es decir, de la regla que debe regir nuestra conducta moral:

1. Fórmula de la ley universal: **“Compórtate sólo según aquellas reglas que puedas querer que se conviertan en reglas universales”**.

Esta formulación muestra claramente su carácter formal, porque no establece ninguna norma concreta, sino la norma que debe poseer cualquier regla concreta (como “no cobrar precios abusivos”). Cualquier regla ha de ser tal que el sujeto pueda querer que se convierta en regla para todas las personas, en ley universal. Esta formulación del imperativo categórico muestra la exigencia de universalidad propia de una moral racional.

2. Fórmula de la ley de la naturaleza: **“Compórtate como si la regla de tu acción fuera a convertirse en una ley universal de la naturaleza”**.
3. Fórmula de la autonomía: **“Compórtate como si fueras siempre legislador, determinando con tus acciones los fines del comportamiento universal”**.
4. Fórmula del fin en sí mismo: **“Actúa siempre de modo que la humanidad sea para ti, en tu propia persona y en la de los demás, un fin en sí mismo y no un medio”**.

Kant consideraba que sus formulaciones del imperativo categórico eran equivalentes a esta última fórmula, en apariencia completamente distinta. El filósofo sostenía que esta última formulación conserva su carácter formal y su exigencia de universalidad. A diferencia de las otras, en esta formulación se incluye la idea de “fin”, pero aquí el fin en sí mismo es la persona como ser racional. La persona no debe ser utilizada nunca como un medio.

En conclusión, estas fórmulas proponen **que nos comportemos de un modo que racionalmente consideremos que todo el mundo debería seguir**; es decir, que actuemos de acuerdo con normas morales que podamos querer como leyes universales. También nos dicen que actuemos según reglas elegidas **por nuestra propia razón y no impuestas desde fuera**, y que consideremos que **nuestros valores son un fin en sí mismo y no un medio para otra cosa**. Además, la persona moral actúa moralmente porque **valora al resto de personas**, no como medios para sus propios fines, sino como valiosas en sí mismas.

La razón práctica, de acuerdo con Kant, no emplea ningún criterio externo a sí misma. No apela a ningún contenido derivado de la experiencia. La moral racional postula principios que puedan y deban ser mantenidos por toda persona, independientemente de las circunstancias. Nos preguntamos entonces, ¿consigue el imperativo categórico su propósito?, ¿obtenemos principios morales universales gracias al mismo? Kant intenta **verificar el imperativo categórico** analizando desde ese criterio reglas como “di siempre la verdad”, “cumple las promesas”, “ten benevolencia con los necesitados” y “no cometas suicidio”. Todas estas reglas pasan la prueba: no podríamos desear un mundo en el que todas las personas se suicidasen, mintiesen, fuesen mezquinos con las personas necesitadas o incumpliesen sus promesas.

Lo más importante de la filosofía moral kantiana es que intenta encontrar un **procedimiento imparcial** que nos lleve a la justicia. El procedimiento se basa en la capacidad del yo para evadirse de sus circunstancias particulares. Desde esta perspectiva, ser un agente moral consiste en ser capaz de salirme de mis ideologías, sentimientos e ideas del mundo, para hacer juicios desde un punto de vista puramente universal y abstracto,

desconectado de todo interés particular. En la filosofía moral de Immanuel Kant hay una idea central: si las reglas de la moral son racionales, deben ser las mismas para cualquier ser racional (igual que ocurre con las reglas de la aritmética).

Richard **Hare** fue un filósofo analítico (centrado en el lenguaje) que defendió una teoría moral formal. En su obra “The language of Morals”, Hare señaló que **la afirmación “esto es bueno” incluye una parte descriptiva** y otra valorativa. Para entender qué significa “parte descriptiva” pensemos en la afirmación “este objeto es exactamente igual que aquel en todos los aspectos salvo en uno: este no es bueno”, ¿por qué no tiene sentido esta afirmación? No tiene sentido porque cuando designamos algo como “bueno”, lo hacemos porque tiene determinadas propiedades que son la razón por la que lo consideramos bueno. Esas propiedades son la parte descriptiva del enunciado. Los **criterios sobre lo bueno pueden ser distintos** para personas diferentes: una atleta valorará unas zapatillas por su comodidad para la práctica deportiva, mientras que un influencer los valorará especialmente por su estética.

En el ámbito moral, existe una regla implícita que dice: “son correctas moralmente las acciones que tienen estas características concretas” o “son incorrectas moralmente las acciones que tienen estas características concretas”. Por eso cuando decimos a alguien “has sido infiel a tu pareja y eso está mal” estamos formulando una **ley universal** que dice “ser infiel a la pareja es malo”. Esa ley es universal porque cuando lo afirmo, también considero que estaría mal que yo misma me comportara así. La afirmación lleva implícita la idea de que cualquier persona que estuviera en esa circunstancia tendría las mismas obligaciones morales. Por consiguiente, a diferencia de lo que sostenía el emotivista analítico Stevenson, la frase “esto es bueno” **no es un mero enunciado emocional** sino que contiene una regla universal que exige que yo asuma las consecuencias éticas de mi propia afirmación. Por tanto, yo solo le puedo exigir a otros lo que yo, **según mis convicciones morales**, consideraría aceptable en su situación. Como observamos, la teoría **normativista** de Hare se parece al imperativo categórico de Kant y a otras éticas procedimentalistas. Como expone Robert Alexy (1989), el punto débil de la teoría de la justicia de Hare es que un nacionalsocialista puede considerar correcta

su propio asesinato en el hipotético caso de que él fuera un judío. Es decir, la regla de la universalidad no funciona para los fanáticos y no sirve para cuestionar críticamente los paradigmas generales sobre los modos de vida legítimos.

**John Rawls** es un importante teórico contemporáneo que escribió la obra “Teoría de la Justicia” (1999), en la que reflexiona sobre la distribución de bienes y cargas sociales en una sociedad justa. La teoría de Rawls se ubica dentro de las éticas formales de inspiración kantiana, pues idea un procedimiento imparcial que nos permite establecer unos principios de la justicia. Su filosofía también **se inspira en las teorías liberales del contrato social**. La teoría de Rawls además se ubica entre las éticas convencionalistas o discursivas (que veremos en el apartado siguiente), porque es una reflexión sobre el **diálogo** entre las personas que van a ponerse de acuerdo sobre los principios de justicia para crear una sociedad política.

De las teorías del contrato social toma Rawls la idea de la **posición original**, que son las condiciones que deben darse para que las personas estén interesadas en construir una sociedad basada en principios de justicia. Las personas deben ser aproximadamente iguales en capacidad física y mental, de modo que ninguna pueda dominar sobre las demás; y deben vivir en “escasez moderada” (si los recursos fuesen muy abundantes, la cooperación sería superflua). La **equidad** es la base de la posición original.

Rawls se aparta del contractualismo clásico al sostener que **no existen derechos naturales prepolíticos**. Sí sostiene, sin embargo, que la igualdad se funda en ciertas capacidades naturales, en particular en la capacidad de tener un sentido de la justicia (Nussbaum, 2012). Las partes en el contrato social imaginario son independientes, es decir, no se encuentran en una situación de dominación ni de dependencia en relación con otros individuos. Cada uno tiene sus propios intereses y **cooperan entre sí para obtener un beneficio mutuo**. Aunque cada persona puede tener su concepción moral (las partes contratantes no tienen por qué ser egoístas), Rawls considera que no debe presumirse que tienen motivaciones morales.



Hasta aquí la teoría de Rawls se ubica con claridad en la tradición contractualista. Como señala Martha Nussbaum (2012), la novedad es que Rawls incorpora un procedimiento imparcial para determinar los principios de justicia: **el velo de la ignorancia**. Ponernos el velo de la ignorancia significa imaginar que **no sabemos qué lugar ocuparemos en la sociedad**. Desconocemos nuestra clase social y los talentos que tendremos. Desde esa posición original hipotética decidiremos con imparcialidad, mediante un acuerdo con los demás individuos (contrato social), cómo se organizará la sociedad. El velo de la ignorancia es un procedimiento similar al imperativo categórico de Kant, puesto que permite justificar nuestras elecciones éticas autónomas prescindiendo de consideraciones metafísicas.

Rawls considera que, basándonos en una **teoría de la elección racional**, con el velo de la ignorancia las personas reunidas decidirán según el **principio maximin** (dada la ignorancia, hay que asegurarse de salida la situación posible menos mala, maximizando los mínimos que nos podrían tocar si tuviésemos mala suerte). Este principio significa que las personas intentarán mejorar las situaciones más desventajosas. Por ejemplo, la mayoría de las personas se opondrán a que en la sociedad haya esclavos, pues desconocen si a ellos mismos les tocará serlo y no sería racional arriesgar tanto.

Dada esta situación de velo de la ignorancia y debido a la estrategia “maximin”, las personas tenderían a elegir principios de justicia que permitan una libertad individual plena pero con una corrección que favorezca a los menos favorecidos. Los **principios de justicia** son aquellos que unas personas libres y racionales, interesadas en promover sus propios intereses, aceptarían si estuvieran en una posición inicial de igualdad. En su obra “Justice as Fairness” Rawls explica que estos principios serían: 1. Principio de libertad: Todas las personas tienen igual derecho a tener libertades básicas. La libertad individual será tan amplia como lo permita la garantía de la libertad de todos. 2. Principio de diferencia: Las diferencias socioeconómicas deben basarse en el principio de capacidad y mérito a partir de una igualdad de oportunidades. La sociedad debe establecer beneficios para las personas menos aventajadas de la sociedad. Es decir, todos los bienes sociales fundamentales: libertad,

igualdad, renta, riqueza y respeto, deben ser distribuidos de modo igual, salvo que la distribución desigual de uno de estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados (fraternidad). A la asunción de estos principios lo llama Rawls “justicia equitativa”.

¿Pero cómo sabemos quiénes son los menos favorecidos a los que se ha de beneficiar? La distribución de bienes sociales cumplirá el “**Óptimo de Pareto**”, que dice lo siguiente: una distribución es óptima cuando no sea posible cambiarla sin que la mejora para determinadas personas suponga al mismo tiempo empeorar la situación de otras.

En suma, la teoría de Rawls constituye una ética formal o procedimental pues aspira a establecer un procedimiento que garantice el resultado correcto. Las éticas formales consideran que tomar una decisión moral requiere adoptar un punto de vista imparcial. Proponen que realicemos un ejercicio imaginario en el que no tenemos vínculos emocionales con otras personas ni una concepción ética concreta, sino solo un interés individual, ¿qué decisiones morales adoptaríamos?

## 7. ÉTICAS CONVENCIONALISTAS

Las éticas convencionalistas o consensualistas son aquellas que consideran que “lo bueno” es el resultado del acuerdo entre las personas. Este punto de vista se remonta a los sofistas. Cuando los pueblos griegos comenzaron a crear colonias por todo el Mediterráneo, necesitaron redactar Constituciones para dichas colonias. No fue posible seguir sosteniendo que las leyes eran un producto inmutable de los dioses o la de naturaleza. Los sofistas pensaron que las leyes e instituciones eran resultado del acuerdo y la decisión de los seres humanos. Eso es lo que significa el término “convencional” (fruto del acuerdo). El término griego “**nomos**” pasó a significar conjunto de leyes convencionales, **por oposición al término “physis**”, que expresa lo natural, las leyes naturales ajenas al acuerdo (Navarro y Calvo, 1980). Los sofistas defendían el carácter convencional, no solo de las instituciones políticas, sino también de las normas morales: lo bueno y lo malo, lo justo e injusto. Aunque los sofistas estaban de acuerdo con que la moral era de origen convencional, algunos como Calicles consideraban que el convencionalismo era algo malo para el ser humano y que

habría que volver a lo natural prescindiendo de la moral, mientras que otros como Protágoras defendían que el acuerdo es garante de la ley y la democracia.

En la modernidad, los **contractualistas ilustrados** defendieron la existencia de derechos naturales, pero también concibieron el acuerdo (pacto social) como un elemento fundamental para la creación de las instituciones políticas y sus normas básicas.

Actualmente, **en las sociedades democráticas**, el acuerdo social es un elemento esencial para la legitimidad moral de las decisiones políticas. Aunque el asentimiento mayoritario no hace que algo injusto se vuelva justo (Hitler llegó al poder de forma democrática), la ausencia de procedimiento democrático sí genera un déficit de legitimidad moral de las decisiones.

El filósofo contemporáneo Jürgen **Habermas**, sostiene que el **consenso social es la única base posible de la verdad moral**. Ahora bien, la verdad no se basa en el hecho de que se alcance un consenso sobre un asunto, sino en que si entrásemos en un debate, en cualquier tiempo y en cualquier lugar, podría obtenerse un consenso fundado sobre ese asunto. Como aclara Robert Alexy (1989), Habermas no se refiere a un consenso real de todas y cada una de las personas del planeta sobre un determinado asunto. Es imposible recabar ese consenso y, además, en caso de que se produjera, podría estar basado en el error o la coacción.

Habermas explica que su teoría no se refiere a un consenso real, sino a un **consenso fundado**. Por eso **su teoría es trascendental (formal o procedimental)**, similar a las de Rawls o Kant, pues se pregunta, ¿cómo interpretarían los miembros de una sociedad sus necesidades colectivas si hubieran podido decidir siguiendo las reglas de un diálogo racional? Habermas sostiene que las reglas de la **situación ideal de diálogo** son la condición de posibilidad del consenso fundado.

El filósofo sostiene que un diálogo racional puede llevar a **muchos consensos posibles**. Salvo para aquellas cuestiones que son condiciones de posibilidad de todo diálogo igualitario (como la prohibición de esclavizar a alguien), no cabe hablar de certezas morales. Habermas explica que **la eficacia de la comunicación** entre las personas exige que lo que digamos sea comprensible y que la mayoría de las personas que hablan sean

sinceras. Si las personas mintiésemos constantemente, la comunicación se volvería irrelevante y resolveríamos las disputas a bastonazos. Existe, por tanto, una **pretensión de veracidad** que es la condición de posibilidad de la comunicación.

Igual que en los ámbitos científicos la verdad se basa en la inducción (los casos individuales permiten alcanzar una regla), en el ámbito ético la verdad se basa **el principio de universalización**. En la **comunidad ideal de diálogo** todos los hablantes tienen los mismos derechos y no existe ninguna coacción que impida a una persona o grupo hablar.

La **situación ideal de diálogo** es aquella en la que la comunicación no puede ser impedida por coacciones. Esto se garantiza mediante las siguientes **reglas de un buen diálogo**: 1. Todos los participantes, por igual, pueden iniciar un discurso, replicar, preguntar y responder. 2. Las opiniones pueden ser cuestionadas y criticadas. 3. Todos los hablantes pueden expresar sus opiniones, sentimientos e intenciones. 4. Todos los hablantes pueden, por igual, ordenar, oponerse, permitir, prometer, rendir y exigir cuentas.

Las dos últimas exigencias muestran que la situación ideal de diálogo requiere igualdad en la vida cotidiana y libertad. Además, Habermas añade la **regla de fundamentación**, que implica que todo hablante debe, si se le pide, fundamentar lo que afirma. Quien fundamenta algo admite por lo menos aceptar a otra persona como interlocutora con los mismos derechos, sin coaccionarla.

En esa situación hipotética de comunidad ideal de diálogo solo se produciría un consenso sobre aquellas normas que todas las personas pueden querer. Es decir, en la comunidad ideal de diálogo solo se consensuaría **la satisfacción de auténticas necesidades** (aquellas que todo el mundo considere aceptables). Habermas sostiene que las necesidades humanas no son algo predeterminado por la naturaleza, aunque quizá sea posible indicar algunas condiciones para la supervivencia. Es dudoso determinar cuáles son exactamente esas condiciones, pero incluso si aceptamos este derecho natural mínimo, resolvería muy pocas cuestiones porque las necesidades de las personas están conformadas

culturalmente y tienen que ver con las distintas representaciones del mundo surgidas históricamente.

Podríamos señalar que la ética de Habermas no es convencionalista porque no trata sobre los acuerdos reales, sino sobre un procedimiento ideal de diálogo libre de coacciones. Sin embargo, lo más interesante de la teoría de Habermas es que sirve como **ideal regulador** que nos permite analizar si un diálogo real está transcurriendo en buenas condiciones y si un consenso alcanzado está bien fundado o no.

EL DERECHO Y LA JUSTICIA

---

La palabra latina “**ius**”, de donde emana el adjetivo “jurídico”, remite a la expresión “**iustitia**” (justicia). **Derecho y Justicia se implican mutuamente** en sus respectivas definiciones, como pone de manifiesto la expresión: “¡No hay derecho!” (Ruiz Resa, 2016). La teoría de la justicia ha sido históricamente el principal ámbito de investigación de la **Filosofía del Derecho**, pues la justicia es el motor de la experiencia jurídica. La justicia es el valor desde el que se enjuicia el derecho positivo y el valor que inspira su transformación y desarrollo. La relación entre la justicia y el derecho es tan estrecha que incluso se habla de la “Administración de Justicia” en referencia al conjunto del poder judicial. Por su parte, los “Tribunales de Justicia” aluden al lugar donde se encuentran los jueces y tribunales. Siempre se ha considerado que **la justicia es el objetivo fundamental de la labor judicial**. El conjunto del sistema jurídico solo puede mantener su eficacia sobre la presunción de que las normas y resoluciones jurídicas persiguen la justicia.

La práctica de la abogacía siempre estuvo teñida por la acusación de prestar más interés al lucro personal que a la búsqueda de la justicia. Sin embargo, en el mundo romano estaba muy mal visto dedicarse a la abogacía solo por afán de lucro. El jurista Quintiliano, inspirándose en las ideas de Cicerón, enunció una definición del abogado/orador como “*vir bonus dicendi peritus*”. Es decir, un abogado debe ser “un hombre bueno y experto en el discurso”. La filosofía romana defendía una **idea elevada de la abogacía, ligada a la virtud moral**, la vocación por la profesión y el compromiso con la calidad de las instituciones políticas. Quintiliano recomendaba a los abogados adaptar el precio a las posibilidades de los clientes, seleccionar exclusivamente causas justas y no litigar movidos por pasiones vengativas. Los célebres abogados romanos Cicerón y Quintiliano aconsejaban preparar mucho los casos, conocer bien el derecho y mentir solo cuando eso estuviera justificado por la justicia de la causa y por la defensa de una verdad más profunda. Pese a

la extensión actual de ideas mercantilistas sobre la profesión, en el mundo actual muchos abogados y abogadas (y otros profesionales del derecho), conciben su trabajo como el uso de la argumentación jurídica al servicio de la justicia.

Con respecto a la relación entre la justicia y el conjunto del ordenamiento jurídico, desde el siglo XX ha habido dos posiciones teóricas diferenciadas: el **iusnaturalismo** sostiene que un orden normativo injusto no puede denominarse derecho, mientras que el **positivismo jurídico** sostiene que lo único determinante para que exista derecho válido es que haya sido aprobado siguiendo el procedimiento adecuado. Por tanto, según el positivismo jurídico, el derecho puede ser justo o puede ser injusto; mientras que el iusnaturalismo afirma que la justicia es el requisito para la validez del derecho, así como la finalidad del mismo y el criterio que nos sirve para evaluarlo moralmente.

En la antigüedad, el debate sobre la relación entre la justicia y el derecho enfrentó a Sócrates y a los sofistas. Los sofistas sostenían que las leyes de una sociedad son una convención humana sin relación con valores éticos. Para Trasímaco y Calicles, el derecho positivo era producto de la imposición de los más fuertes. Sin embargo, Sócrates y su discípulo Platón, defendieron que la justicia debe inspirar las normas jurídicas.

## 1. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA?

El término latino “ius” hace referencia a “**iusitia**”, asociado con “iussum” (lo mandado) y con “iustum” (justo). **La etimología, por tanto, se refiere a lo mandado y a lo justo.** El término comenzó siendo una traducción del griego “diké”, que se refería a una justicia cósmica o universal que refleja el **orden de la naturaleza**, la armonía de cada uno de los seres, donde cada elemento encaja con los demás. El orden de la “physis” (naturaleza) incluye dentro de sí el orden de la polis. La justicia se asocia también al acatamiento de lo mandado, las leyes “nomos”. Conforme los pueblos griegos fueron entrando en contacto con otros pueblos, descubrieron la gran variedad normativa y ello condujo a cuestionar la vinculación entre el orden natural “physis” y las leyes “nomos”, que pasaron a considerarse fruto de la convención humana en sus

múltiples posibilidades. A su vez, esto condujo a una contraposición entre el concepto de **justicia como obligación legal** y el concepto de justicia como moralidad enraizada en el orden natural.

Muchos autores clásicos desarrollaron la teoría de la **justicia como orden natural**. Para Platón, la justicia es una virtud, la “dikaiosyne”, con dos dimensiones: la justicia de la polis y la justicia del individuo. En la “República”, Platón desarrolla una teoría organicista del Estado. La polis es similar a un organismo vivo en el que cada clase social (productores, guardianes y gobernantes) debe realizar la tarea que le corresponde para lograr la justicia social. Por su parte, la justicia individual es la virtud consistente en que el alma racional controle a las almas concupiscible e irascible de tal manera que el individuo someta sus pasiones al dominio de la razón.

Aristóteles, en su obra “Ética a Nicómaco” diferencia dos tipos de justicia: la natural y la convencional. La natural es la que es igual en cualquier lugar y con independencia de las opiniones, pues es necesaria y se debe a una razón primordial. Por su parte, la convencional es la que deriva de una regla procedente del acuerdo. Otro punto de vista también presente en la filosofía de Aristóteles, es la idea de justicia entendida **como virtud de virtudes**, es decir, una virtud que se encuentra por encima de cualquier otra y las engloba a todas. Cicerón destacó la vinculación entre la justicia y la “**ley de la naturaleza**” como contrapuesta a la “**ley de la opinión**”.

Una de las definiciones clásicas más conocidas de la justicia es la atribuida a Ulpiano, que vivió entre los siglos II y III. En ella, **Ulpiano** unía el derecho y la justicia afirmando que: “La justicia es la voluntad constante de conceder a cada uno su derecho. Los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, **no dañar a otros** y **dar a cada uno lo suyo**”.

A partir de la famosa definición de Ulpiano podemos destacar **dos dimensiones de la justicia**:

1. Justicia como **proporcionalidad en la distribución**: Ha habido importantes autores que consideraron que la característica principal de la justicia es “**dar a cada uno lo suyo**”. Así lo sostuvieron Agustín de Hipona e Isidoro de Sevilla.



También hay autores que mencionaron la idea de “distribuir guardando una **misma proporción**” (Platón) y “dar a cada uno **por igual**” (Alfonso X el Sabio).

2. Justicia como **no dañar a otros**: Otros autores destacaron la importancia de “**no hacer a los demás lo que no quieres que te hagan a ti**”, como en el caso de la definición de Graciano.

## JUSTICIA COMO PROPORCIONALIDAD

**Aristóteles** diferenció las siguientes manifestaciones de la justicia entendida como proporción:

- **Equidad**: es la virtud de buscar la solución más justa, tanto en la actividad judicial como en la actividad política y legislativa. Implica que hemos de apartarnos de una noción formalista del derecho (es decir, no debemos aplicar el derecho de modo rígido y excesivamente literal).
- **Justicia distributiva o geométrica**: consiste en repartir bienes o cargas, tratando igual a los que son iguales y de manera desigual a los desiguales. Esto requiere establecer un criterio legítimo de diferenciación y determinar el mérito de cada individuo en relación con ese criterio. Ejemplos de criterios distributivos serían la sabiduría, el desempeño físico y las necesidades que se tengan.
- **Justicia conmutativa o aritmética**: se basa en dar a cada persona exactamente lo mismo y se aplica a dos tipos de situaciones:
  1. **Reparto de bienes o cargas**: los bienes se repartirán en idéntica proporción. Es decir, un caramelo para cada niño.
  2. **Justicia correctiva**: tiene como objetivo restaurar la igualdad que se ha roto mediante un acto como un robo o un ataque violento. El daño realizado se reparará mediante un castigo proporcional, devolviendo lo quitado o indemnizando a la víctima mediante un bien del mismo valor.

Teóricos contemporáneos como Tony Marshall (1999) han señalado que además de la justicia correctiva, cuya finalidad es castigar o compensar de modo proporcional al daño causado (**justicia retributiva**), hay que indagar otras posibles soluciones como la mediación o la realización de tareas comunitarias conducentes a reparar el causado (**justicia restaurativa**).

Observando las definiciones anteriores, vemos que la justicia posibilita **prevenir el conflicto** (dar a cada persona lo suyo) y también **resolver el conflicto** que ya se ha producido (castigar de modo proporcionado, distribuir con justicia los bienes objeto del litigio, etc.).

El teórico del derecho Herbert **Hart** (1980) ha reflexionado sobre la **justicia entendida como proporción o equidad**. El teórico expone que, cuando un padre ha tratado con crueldad a su hijo, decimos que ha hecho algo malo. Pero Hart considera que la justicia no debe ser confundida con la idea de “no hacer daño a los demás”, pues la “justicia” tiene un matiz específico. El término “injusto” sería más apropiado si el padre hubiera elegido arbitrariamente a alguno de sus hijos e hijas para aplicarle un castigo más severo, siendo todos culpables de la misma falta. También hablaríamos de “injusticia” si el padre hubiera castigado al niño por algún desagraviado sin haber comprobado si era realmente el autor. Lo “justo” puede ser llamado también lo “**equitativo**”, y lo “injusto” lo “no equitativo”. La justicia como equidad o proporcionalidad (**dar a cada uno lo suyo**) se refiere a **dos tipos de situaciones**:

- La manera en que son tratados clases de individuos cuando **una carga o beneficio tiene que ser distribuido** entre ellos.
- Cuando se ha causado algún **daño** y la víctima reclama una **compensación** o indemnización.

El principio general latente en la idea de justicia es que los individuos tienen **derecho a ser tratados igual**. La justicia es tradicionalmente concebida como mantener o restablecer **un equilibrio** o proporción.

En opinión de Hart, la máxima de la justicia sería: “hemos de **tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera**”. El problema es que este principio no es nada sencillo porque cualquier conjunto de seres humanos se asemejarán entre sí en algunos

aspectos y diferirán entre sí en otros. La dificultad estriba en determinar **qué semejanzas o qué diferencias son relevantes en cada caso.**

Para hallar una solución a este complejo dilema debemos **tener en cuenta cuál es el fin** que perseguimos en una situación concreta, ¿queremos acabar con la pobreza?, ¿queremos premiar la capacidad y el mérito? Si la finalidad de una medida fuese acabar con la pobreza, sería arbitrario tener en cuenta diferencias como la fuerza física de una persona. Sin embargo, si estuviéramos determinando quién debe aprobar unas oposiciones para ser policía, la fuerza física sería un elemento diferencial digno de ser tenido en cuenta.

Según Hart hay una cierta complejidad en **la estructura de la idea de justicia.** Podemos decir que consiste en dos partes:

- Una nota uniforme resumida en el precepto “tratar los casos semejantes de la misma manera”.
- Un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes.

Hay casos en los que es pertinente dar a todas las personas un trato idéntico, sin tomar en consideración ninguna diferencia. Se trata de aplicar **la igualdad ante la ley, ser imparciales**, sin dejarnos llevar por prejuicios discriminatorios, interés o capricho.

Pero la noción de **igualdad ante la ley no siempre resulta justa.** Hart pone el ejemplo de una norma que prohibiese el acceso de las personas negras a los parques:

- **Igualdad ante la ley:** Si nos limitásemos a tomar el concepto de igualdad ante la ley, la aplicación de esta horrible norma se consideraría justa (en el sentido de que únicamente serían condenadas las personas culpables de transgredir la ley, tras **un proceso imparcial** con todas las garantías).
- **Igualdad en la ley:** Junto a la igualdad ante la ley debemos defender el concepto de igualdad en la ley. Pero esto implica la

necesidad de realizar una crítica a las normas jurídicas que no puede resolverse mediante la aplicación imparcial de las mismas.

Para impedir la discriminación dentro de la misma ley nos vemos en la necesidad de determinar qué semejanzas y diferencias entre los individuos tienen que ser admitidas. Eso nos remite al análisis moral y político, sobre qué características de los seres humanos deben tomarse como relevantes en cada tipo de situación. Así, cuando en el ejemplo previo calificamos de injusta una ley que prohíbe a las personas negras el acceso a los parques, lo hicimos sobre la base de que, en la distribución de ventajas o facilidades, las diferencias de color son irrelevantes. Lo mismo ocurriría con diferencias como la altura, el peso, la belleza o la sangre azul. En cambio, sí consideramos justo que se tenga en cuenta la edad para restringir los derechos electorales, pues los menores carecen de la madurez suficiente para votar y esta restricción se basa en el deber del Estado de proteger a la infancia (incluso de sus propias decisiones).

Abordando los casos de distribución de castigos o recompensas, Hart (1980) señala que hemos de lograr **un statu quo moral en el que todas las personas se encuentren en pie de igualdad**. Así, en un caso de hurto, esto importa simplemente devolver la cosa sustraída. La compensación de otros daños es una extensión de esta noción primitiva. Se piensa que quien ha dañado físicamente a otro le ha quitado algo, ha sacado provecho a expensas de su víctima y debe devolver algo equivalente a lo arrebatado.

Cuando se adopta una decisión política como la determinación de un criterio para repartir ayudas sociales o establecer impuestos, no todo el mundo estará de acuerdo y los reclamos de un sector quedarán subordinados a los de otro. Habrá que apostar por un determinado criterio acerca de las diferencias que deben ser tenidas en cuenta. No existen soluciones incontrovertibles en este campo, pero toda elección legislativa guiada por el bien común debe satisfacer una condición necesaria: todas las pretensiones en conflicto **deben ser escuchadas** y consideradas en un **procedimiento imparcial**. Como hemos observado en la teoría de Herbert Hart (1980), **la justicia y la igualdad de trato son compañeras inseparables**, cuya amistad procede ya de la época aristotélica.

El filósofo Michael **Walzer** (1983), en el libro “Las esferas de la justicia”, se pregunta cómo podemos determinar qué diferencias son relevantes al distribuir bienes sociales. Señala que la igualdad es compleja porque existen distintos criterios, todos justos, para distribuir bienes sociales. Estos **criterios varían en función del tipo de bien**. Si distribuimos puestos de trabajo, lo justo es la imparcialidad al valorar el mérito y la capacidad; si distribuimos honores, lo justo es el valorar la excelencia individual; si lo que quiero conceder es amor, es justo ser parcial. Según Walzer, es importante que no haya un “bien dominante” que proporcione acceso a todos los demás (sería injusto que el poder político diera acceso al éxito en los negocios, a conseguir puestos de trabajo, honores académicos y premios).

A veces, la exposición de motivos de una ley (o sus primeros artículos) puede darnos información relevante sobre el **fin que la norma persigue** y eso nos **puede aclarar** por qué ha decidido tomar en cuenta determinadas semejanzas o diferencias. Por ejemplo, si una norma jurídica persigue ayudar a las personas de escasos recursos, el mejor criterio será tomar en cuenta las **necesidades** de los diversos postulantes. Un similar criterio de necesidad está implícitamente reconocido cuando la carga tributaria se adecúa, mediante un impuesto progresivo a las rentas, a la situación económica de las personas contribuyentes.

## JUSTICIA COMO RECONOCIMIENTO

Hemos visto varias teorías de la justicia centradas en la idea de proporción o distribución igualitaria. Sin embargo, recordemos que en la conocida definición de Ulpiano aparecía otra dimensión de la justicia, consistente en “no dañar a otros” y “vivir honestamente”.

La filósofa actual **Nancy Fraser** (2000) señala que podemos distinguir dos importantes tradiciones en las teorías de la justicia:

- Justicia entendida como **redistribución económica**: ha sido desarrollada por autores ubicados en el liberalismo social o en la **socialdemocracia** (el marxismo clásico, por su parte, considera que el concepto de “re-distribución” se queda corto,

porque no hay que esperar a que la riqueza se distribuya mal para reubicarla, sino que hay que modificar las relaciones de producción).

- Justicia entendida como **reconocimiento**: ha sido desarrollada por las corrientes hegeliana y existencialista, así como por los **movimientos de izquierda posmoderna**.

La redistribución y el reconocimiento se asocian a menudo con movimientos sociales concretos:

- La política de redistribución se identifica con el **movimiento obrero**. En el paradigma de la redistribución el sujeto colectivo es la clase trabajadora, que incluye a las personas paradas y a las mujeres, en tanto que realizan tareas domésticas no retribuidas.
- La política de reconocimiento se identifica con las **reivindicaciones LGBT, religiosas y nacionalistas**. En el paradigma del reconocimiento, los sujetos colectivos son grupos que tienen menos respeto social, menos estima y menos prestigio que los demás grupos sociales.

Ambas concepciones se preocupan por **distintos tipos de injusticia**:

- Injusticias de redistribución: son **injusticias económicas**. Esta teoría supone que los problemas enraízan en la estructura económica de la sociedad. Ejemplos: explotación (apropiación de los frutos del trabajo propio en beneficio de otros), la marginación económica (quedar confinado a tareas indeseables o mal pagadas o que se niegue el acceso a vida material suficiente), privación (negación de un nivel de vida material suficiente).
- Injusticias de reconocimiento: son **injusticias culturales**. Ejemplos: dominación cultural (ser sometido a claves culturales correspondientes a otra cultura y ajenos a la propia), no reconocimiento (invisibilización en las prácticas representacionales y en la cultura autorizada) y falta de respeto (ser difamado o menospreciado de forma rutinaria en representaciones estereotipadas).

Ambas concepciones proponen distintas soluciones a las injusticias:

- La redistribución consiste en la **distribución de ingresos** o riqueza, la reorganización de la división del trabajo, el cambio de la estructura de la propiedad, la democratización de los procedimientos mediante los que se toman decisiones de inversión, etc.
- El reconocimiento propone como remedio **el cambio cultural**, mediante la **revaluación ascendente de las identidades** no respetadas, el reconocimiento positivo de la **diversidad cultural** o la transformación de los patrones de representación.

Ambos paradigmas tienen distintas aspiraciones en relación con la diferencia:

- La redistribución aspira a **eliminar todas las diferencias de grupo**, porque estas son producto de los resultados de una economía injusta. El objetivo de la clase trabajadora es que las diferencias entre clases sociales desaparezcan y, por tanto, que desaparezca la propia clase trabajadora.
- El reconocimiento defiende las diferencias identitarias, porque sostiene que la ideología las denigró. Lo que reivindica es que estas diferencias se valoren positivamente, como manifestaciones de **la diversidad cultural**.

Algunos autores y autoras contemporáneos sostienen que **la política de la identidad es una diversión contraproducente**, que distrae de las cuestiones económicas (las realmente importantes según este punto de vista), fragmenta la sociedad en infinitos grupos y rechaza unas normas morales universalistas. Por su parte, quienes defienden las políticas de reconocimiento replican que ignorar las diferencias da lugar a la falsa universalidad de las normas culturales del grupo dominante y a la imposición de una asimilación. Privar a un sujeto de ser reconocido supone aprisionarle en una forma de ser falsa y reducida.

Nancy Fraser (2000) señala que en realidad no hay grupos que tengan solo problemas de reconocimiento y otros que tengan solo problemas de redistribución. **Ambos tipos de injusticias se presentan entrelazados**,

pero hay algunos grupos cuyos problemas requieren en mayor medida soluciones de reconocimiento (como el colectivo LGBT) y otros grupos que requieren en mayor medida soluciones de redistribución (como la clase trabajadora). Entre ambos extremos hay grupos que sufren en la misma medida ambos tipos de injusticias. Son los **colectivos bidimensionales, como las mujeres**, que sufren una injusticia híbrida enraizada al mismo tiempo en la estructura económica (trabajo doméstico no pagado, brecha salarial, doble jornada) y en el orden de estatus de la sociedad (roles sexistas).

Por consiguiente, existe un debate social entre quienes defienden la urgencia de políticas económicas (políticas de clase) y quienes defienden las “políticas de la identidad”. Es un debate entre socialistas y “posmodernos”. Nancy Fraser aspira a una **integración de ambas teorías de la justicia**, pues considera que ambas dimensiones, redistribución y reconocimiento, son necesarias para una justicia social plena. Pero la propia teórica admite que al realizar esa integración hay que tener cuidado con los **problemas producidos por el paradigma de reconocimiento**. Así, existen identidades religiosas que pretenden mantener discriminaciones por razón de sexo en nombre de su especificidad cultural. Incluso el racismo ha aprovechado el paraguas de la identidad cultural para hacer pasar desapercibidos sus presupuestos presentándolos como defensa de la cultura nacional.

Consideramos que, en el paradigma del reconocimiento, una simple discrepancia teórica puede ser acusada de producir un daño en la identidad ajena, pues la idea de la injusticia cultural es difusa y da lugar a concepciones emotivistas y autorreferenciales del daño. A los ejemplos de Fraser, añadimos las alertas del movimiento feminista acerca del impacto que tiene el reconocimiento de “identidades de género” sobre derechos de las mujeres como la educación no sexista, las categorías deportivas femeninas y las medidas de paridad (Aránguez, 2022).



## 2. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO. EL DEBATE SOBRE EL DERECHO NAZI

El derecho no siempre es justo y la respuesta del iusnaturalismo es que el derecho injusto no es derecho. Agustín de Hipona, en su libro “La Ciudad de Dios” señaló la necesidad de que el derecho positivo se supedita al derecho natural, un orden de justicia dado por Dios. Por su parte, Tomás de Aquino, sostuvo que las leyes humanas solo son derecho si son justas, si responden al derecho natural derivado de la naturaleza humana creada por Dios.

A partir del surgimiento de la religión protestante, los preceptos de la naturaleza humana que el catolicismo consideraba derivados de Dios, pasarán a considerarse derivados de la razón. Durante el siglo XVIII los derechos naturales serán recogidos en diversas normas jurídicas, como las constituciones francesa y estadounidense, así como en distintas declaraciones de derechos humanos. Esto significa que el Derecho Natural deja de ser transcendente pues, al ser recogido en las leyes que crean los seres humanos, se vuelve también derecho positivo.

No obstante, las tensiones entre el derecho natural y el derecho positivo resurgen tras el **régimen nazi**. Recordemos que el Estado alemán, bajo el sistema político del III Reich se comportó como una banda criminal, asesinando a miles de personas. Sin embargo, Hitler había llegado al poder mediante un proceso electoral y estando en el poder aprobó leyes que se dirigieron a desposeer a sus derechos a miles de personas por su raza, ideología o discapacidad.

Tras el nazismo, el célebre juez Gustav Radbruch, que antes había sido positivista, se volvió iusnaturalista y formuló que “el derecho notoriamente injusto no es derecho”. Sus palabras, llamadas “**fórmula Radbruch**”, se emplearon en importantes sentencias judiciales tras la II Guerra Mundial para castigar a criminales nazis que habían cometido conductas atroces amparados por el derecho vigente durante el nazismo. Para Radbruch, un Derecho que permite tal cosa es un Derecho injusto y no puede ser Derecho.

**Hannah Arendt**, filósofa alemana y judía, en su obra “Eichmann en Jerusalén” (1999) analizó las motivaciones de un alto funcionario nazi encargado de ejecutar la Solución Final. La pensadora llegó a la conclusión de que la estricta fidelidad a las leyes, típica del carácter alemán, había contribuido de modo decisivo a los horrores del nazismo. **El positivismo jurídico reinante había desembocado en “el perfecto burócrata”**, es decir, en un perfecto y trabajoso cumplimiento de las leyes más terribles en el que los funcionarios actuaron como si cada uno de ellos fuera el autor de la ley obedecida. El énfasis kantiano en la idea de “actuar por deber” era una idea muy aceptada en Alemania, que llevaba consigo una reverencia a las leyes y una aplicación de esta sin excepciones. Esta perspectiva se plasmaba en el lema de “la ley es la ley”.

Arendt se preguntó si la apelación de Eichmann al deber era una mera excusa para librarse de una condena. Pero la filósofa observó que una vez Eichmann tuvo cargo de conciencia por haber prestado ayuda a un primo suyo medio judío y por eso había confesado su “falta” a sus superiores. Eichmann siempre había actuado contra sus sentimientos o intereses, poniendo por delante su deber. Arendt sostiene que fue la conciencia de Eichmann lo que le condujo a continuar asesinando hasta el final, incluso contra sus propios intereses económicos y contra los dictados de superiores suyos que querían hacerle partícipe de las transacciones de judíos a cambio de dinero.

La filósofa expone que Eichmann tampoco actuó por un odio sin límites a los judíos. En el nazismo, **toda orden que contradijera la palabra de Hitler era, por definición ilegal**, y la Solución Final era la voluntad del Führer, era la ley. Los reglamentos que seguían a las palabras del Führer daban apariencia externa de legalidad a tan anómalo sistema jurídico.

Hannah Arendt denominó a esto, la **banalidad del mal**, que se refiere a que Eichmann actuó como un burócrata. No actuó movido por el odio ni por sus propios intereses egoístas, no tenía conciencia diabólica. Sin embargo, la filósofa matiza que **tampoco podemos achacar la culpa a alemán medio**, diciendo que cualquier podría haber sido Eichmann y que todos los alemanes son culpables. Es cierto que Eichmann **actuó con ayuda de una organización burocrática y gubernamental**, pero

ello no le exime de responsabilidad individual. El acusado se ampara en el hecho de no actuó como hombre, sino como funcionario; pero ello equivale, según Arendt al delincuente que, amparándose en las estadísticas de criminalidad que señalan que en tal lugar se comenten tantos delitos al día, declarase que él hizo solo como estaba ya estadísticamente previsto y que tiene mero carácter accidental el que sea él quien lo ha cometido, y no cualquier otro. No debemos diluir la responsabilidad de los individuos en la colectividad, hasta llegar al punto de que todo el mundo es igualmente culpable y de que nadie lo es.

Eichmann eligió prescindir de la reflexión, que para él requería esfuerzos, y decidió acatar las leyes de su país, presumiendo que la ley podía sustituir a su conciencia. Eichmann acomodó su propia conciencia a la ley y actuó siguiendo fielmente la norma general, examinando las órdenes recibidas para comprobar su legalidad. Arendt reconoce que Eichmann actuó de aquel modo precisamente en cumplimiento de su deber jurídico, aunque también señala que eso no le exime de responsabilidad. La **tentación hacia el mal y la coacción para cometerlo no son lo mismo.**

En otra de sus obras, “Los orígenes del totalitarismo”, Hannah Arendt indaga en la cuestión de las características distintivas de las sociedades totalitarias. La filósofa sostiene que el totalitarismo es algo más que un régimen dictatorial. Si nos remitimos al su origen etimológico, la palabra “**dictador**” procede del nombre que se daba al magistrado supremo que en tiempos de crisis ejercía su autoridad durante unos seis meses en los que quedaban suspendidos todos los procedimientos ordinarios y nadie podía cuestionar las órdenes del dictador. En el mundo actual el término “dictadura” alude a la supresión de los derechos y libertades que se extiende fuera de los movimientos de crisis, concluyendo solo cuando el dictador es derrocado o muere. Pues bien, Arendt expone que una **sociedad totalitaria** va todavía más allá, porque la población está alienada, es cómplice del régimen y acepta la violencia como tónica general, de modo que se produce una **sociedad de masas**, un dominio total que desarticula el espacio público, de manera que las personas quedan aisladas e indiferentes entre sí hasta el punto de que grandes grupos pueden ser desprovistos de todos los derechos y quedar reducidos al estatus de completamente superfluos. En opinión de la filósofa, las sociedades

democráticas también se deslizan hacia el totalitarismo cuando hay grupos de personas refugiadas y apátridas a las que se desposee de comunidad política. Al quedar desprovistas de Estado, estas personas quedan desprovistas de derechos (pues el Estado es un auténtico prerrequisito de los derechos). El más importante de los derechos sería, por tanto, el derecho a tener derechos.

Aunque Arendt, al igual que Radbruch, consideró que la causa del horror nazi estuvo en los excesos del positivismo jurídico (en “Eichmann en Jerusalén” denunció la extrema fidelidad al derecho desvinculada de la reflexión ética), la filósofa no reivindicó como solución jurídica una concepción del derecho natural sino en **el reconocimiento internacional de los derechos humanos** y en la regulación jurídica de los “**crímenes contra la humanidad**”. La protección internacional de los derechos permitiría que nadie pudiera quedar desamparado al ser expulsado de una comunidad política. La pensadora sugirió que determinados crímenes, como los de Eichmann, deberían, excepcionalmente, **ser juzgados de forma retroactiva** (de acuerdo con un derecho posterior al vigente durante su comisión). La razón de esta excepción radica en que se trata de crímenes que amenazan la supervivencia de la humanidad y merecen un tratamiento singular.

Herbert **Hart** (1980) explica que el punto de vista del derecho natural pareció atractivo tras el nazismo porque la sociedad deseaba castigar grandes injusticias, con el inconveniente de que no podían aplicar el nuevo derecho de modo retroactivo. Entonces resultó tentador afirmar, con la teoría iusnaturalista, que las normas injustas no pueden ser derecho válido. El positivismo, que Hart suscribe, afirma que una norma inmoral puede ser jurídicamente obligatoria. Pero Hart enfatiza que eso no quiere decir en absoluto que los positivos deban acatar el derecho inmoral. Lo que tienen que hacer los positivistas, cuando se encuentran con normas jurídicas que violan los derechos humanos u otras nociones de moralidad, es afirmar “**esto es derecho, pero es demasiado injusto para obedecerlo**”. A Hart le parece más peligroso el iusnaturalismo que el positivismo, pues considera que es más probable que cuestionemos la autoridad de las normas jurídicas si pensamos que una norma jurídica

puede ser inmoral, mientras que si pensamos que el derecho es justo no se nos ocurrirá cuestionarlo.

El filósofo considera que los nazis hicieron algo inmoral bajo el amparo de leyes monstruosas, pero añade que **castigar a alguien por cumplir las leyes es inmoral** (como señala el principio “nulla poena sine lege”, nadie debe ser castigado por una conducta que no fuese delito en el momento de su comisión). Hart sostiene que es una opción legítima castigar a estas personas de forma retroactiva (porque el mal que cometieron supera al mal inherente en el castigo retroactivo), pero **es vital que no ocultemos el dilema moral que debemos resolver**. A su juicio, un caso de castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso de castigo por un acto que era ilegal en el momento de su realización.

**En nuestros días**, el iusnaturalismo y el positivismo jurídico continúan siendo perspectivas en liza sobre la relación entre la justicia y el derecho. Sin embargo, la tensión entre ambas corrientes se ha suavizado pues, desde la Segunda Guerra Mundial el constitucionalismo exige que un Estado de Derecho se funde sobre la democracia y **la garantía de los derechos fundamentales**. El reconocimiento internacional de los derechos humanos y el desarrollo de una justicia internacional también **ha contribuido a difuminar las fronteras entre el derecho y los valores éticos**.

### 3. EL DERECHO NATURAL MÍNIMO

La teoría del derecho natural mínimo sostiene que **todo sistema jurídico debe reunir unas bases mínimas de justicia para ser viable**. La formulación más conocida es la del positivista Herbert **Hart**, expuesta en su obra “El concepto del derecho” (1963).

En el pensamiento griego, cada tipo de ser vivo es concebido como algo que se dirige hacia un estado óptimo que le es apropiado. La concepción teleológica (telos significa fin) puede plantearse valoraciones (si un hecho natural es bueno o malo) porque juzga los hechos como pasos hacia el fin propio de la cosa en cuestión. La felicidad plena es el fin al que aspira el ser humano.

Hart expone que, aunque pensemos que la sociedad ha dejado el iusnaturalismo de lado, **la ciencia actual** emplea esta concepción cuando habla de los seres vivos. Podemos hablar de la función que las hojas tienen para la planta, como si tuviesen realmente un propósito. Lo mismo ocurre con el lenguaje común: afirmamos que comer y descansar son necesidades humanas, y no simples cosas que las personas hacen regularmente o que desean. El deseo de vivir se encuentra presupuesto cuando hablamos de peligro y seguridad, de daño y beneficio, de necesidad y función, de enfermedad y cura. En medicina decimos que la “función” del corazón es hacer circular la sangre, pero no decimos que la función del crecimiento canceroso es causar la muerte. Aquí se ve como **naturalizamos un fin que consideramos deseable**.

Según Herbert Hart (1963), lo que da sentido a este modo de expresarnos es **el presupuesto tácito de que el fin propio del ser humano es la supervivencia**, y ello reposa en el hecho de que la mayor parte de seres humanos desean seguir viviendo. **Las acciones que consideramos naturalmente buenas son las que sirven para seguir viviendo**, las nociones de necesidad humana, de daño y de función de los órganos corporales se basan en que toman la supervivencia como meta humana. Si nos detuviéramos en la supervivencia como finalidad, tendríamos **una versión muy atenuada del derecho natural**.

Los defensores clásicos del derecho natural defendieron un concepto mucho más discutible y complejo del fin de las personas. Aristóteles incluyó el cultivo del intelecto humano y Tomás de Aquino el conocimiento de Dios. Otros autores como Thomas Hobbes y David Hume pensaron que **la supervivencia era la meta más realista** de la naturaleza humana. La reflexión sobre los aspectos necesarios para la supervivencia humana condujo a Hume a afirmar que la naturaleza humana requiere **la asociación entre los individuos**, y que dicha asociación requiere que se respeten **principios de equidad y justicia**.

Hart considera que, cuando hablamos de la sociedad humana, la supervivencia es determinante para fijar sus reglas morales y jurídicas, porque queremos reglas para vivir y no para un club de suicidas. Hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para

ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades. Esas pautas de conducta universalmente reconocidas pueden ser consideradas el contenido mínimo del derecho natural.

Al asociarnos, como mínimo queremos garantizar nuestra supervivencia. Hart expone que son necesarias **normas que restrinjan el uso de la violencia** (matar o causar daños corporales). Estas normas son necesarias porque las personas somos vulnerables, incluso las más fuertes. Los seres humanos **también necesitamos alimentos, ropa y resguardo**, y estos bienes son escasos. De ello se deriva la necesidad de una **forma mínima de garantía de la propiedad** (que no tiene por qué ser la propiedad individual). Por ejemplo, en la restricción al acceso a la tierra de las personas que no la están cultivando, o la restricción al uso de materiales. También se ha de proteger el derecho de las personas de donar, cambiar o vender sus productos, porque los bienes básicos para la vida requieren esfuerzo humano y **el intercambio de estos bienes** permite tener todos los necesarios.

Dado que la cooperación y la división del trabajo son necesarias para la supervivencia, hemos de asegurar el reconocimiento de las promesas como fuentes de **obligación**. Esto exige que los individuos puedan sufrir **censura o castigo si no actúan de las maneras acordadas**, pues el altruismo humano no es ilimitado. Normalmente las ventajas de cumplir este contenido mínimo del derecho natural son valoradas por todas las personas, de modo que casi todo el mundo acata las abstenciones mencionadas voluntariamente. Sin embargo, siempre hay algunos que ocasionalmente tratan de obtener las ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. **Por eso hacen falta “sanciones”** y el derecho debe ser coercitivo.

Por lo aquí expuesto, **Hart** (1963) matiza la afirmación positivista de que el derecho puede tener cualquier contenido, pues reconoce que hay **algunas normas jurídicas que son imprescindibles para la supervivencia** del ser humano.

Sin embargo, Hart señala que las protecciones para la supervivencia no siempre se extienden a todas las personas de una sociedad. En las

sociedades en las que existe la esclavitud, el grupo dominante no considera que los esclavos sean personas, sino que se los ve como objetos para ser usados, aunque entre los integrantes de aquel grupo dominante sí se consideran personas y tienen un estándar de sensibilidad moral. Aun cuando en una sociedad no se permita oficialmente la esclavitud, las discriminaciones motivadas en la raza o procedencia pueden producir un sistema jurídico y una moral social que no garantice un mínimo de protección. Estos penosos hechos muestran que, si bien para que una sociedad sea viable tiene que ofrecer a algunos de sus miembros un sistema de abstenciones mutuas, no es menester, desgraciadamente, que se lo ofrezca a todos. Si el sistema es mezquino o sirve a los intereses de un grupo dominante, la amenaza del levantamiento puede hacerlo cada vez más represivo e inestable.

Además del derecho natural mínimo, Hart destaca que existen **otros vínculos entre el derecho y la moral**. En los sistemas constitucionales, las normas tienen que ser coherentes con determinados **valores constitucionales**. La decisión judicial en materia constitucional a menudo implica ponderación de valores morales. Además, los valores entran en el derecho por vía legislativa y a través de la jurisprudencia ordinaria, porque las normas jurídicas necesitan ser interpretadas para aplicarse a los casos concretos y con mucha frecuencia **la interpretación judicial** está orientada por el presupuesto de que las reglas que interpretan son razonables.

A lo señalado ha de añadirse que **la estabilidad de las leyes** depende en gran medida de que estas sean éticas, pues la ciudadanía analiza el derecho a la luz de los valores y especialmente, a la luz de los derechos humanos. Esto no obsta al reconocimiento obvio de que numerosos sistemas jurídicos han perdurado durante mucho tiempo sin cumplir los derechos humanos.

Herbert Hart añade que también existe cierta **moralidad intrínseca al derecho**, que en su forma más simple consiste simplemente en aplicar a todas las personas la misma regla general, sin prejuicios, intereses o caprichos. De ahí que, aunque las normas más abominables puedan ser “justamente” aplicadas, en la mera noción de aplicar una regla general tenemos por lo menos el germen de la justicia. Dentro de esta moralidad



intrínseca, para que el sistema jurídico sea viable es necesario que las normas jurídicas sean comprensibles y que no sean retroactivas, de modo que se respete el principio de legalidad.

Con todos los matices señalados, Hart continúa siendo **positivista jurídico**. Es decir, sostiene que una norma jurídica no tiene que ser justa para constituir derecho válido y que un sistema jurídico puede sobrevivir durante mucho tiempo con importantes niveles de injusticia.

#### 4. LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El artículo “Teoría de la desobediencia civil” de John **Rawls** (1980) permite diferenciar entre la desobediencia civil, la objeción de conciencia y la resistencia revolucionaria.

- **Desobediencia civil:** La desobediencia civil **es un acto ilegal** público, no violento, de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio legislativo y es ejercida por ciudadanos y ciudadanas que **aceptan la legitimidad de la Constitución** y del conjunto del sistema jurídico. Apela al sentido de justicia de la mayoría y manifiesta que no se están respetando los principios constitucionales. No es necesario que el acto de desobediencia contravenga la misma ley contra la que se protesta, pues es posible desobedecer las ordenanzas de tráfico o entrar ilegalmente en un lugar como medio de invocar una causa. El acto de desobediencia civil es ilegal, en el sentido de que las personas que lo realizan no están ejerciendo una causa ante los tribunales, ni acudiendo a manifestaciones autorizadas. Las personas disidentes **están dispuestas a asumir las sanciones** derivadas de sus actos ilegales, aunque su finalidad es persuadir tanto a la sociedad como al poder judicial de que su interpretación de los valores democráticos es la acertada. A veces los tribunales pueden terminar por dar la razón a los disidentes y declarar inconstitucional la ley o política impugnada. Con frecuencia se da la incertidumbre de si la actuación de los disidentes ha de tenerse por ilegal o no. **La**

**desobediencia civil es pacífica**, pero no necesariamente por aversión al uso de la fuerza sino porque expresa una desobediencia a una ley concreta dentro de la fidelidad general al sistema jurídico. Esta fidelidad a la ley ayuda a mostrar a la mayoría social que dicha actuación es consciente y que con ella se quiere apelar al sentido de la justicia del público. Usualmente la desobediencia civil es la última opción cuando previamente **se han intentado todas las vías legales** disponibles (manifestaciones, uso de la palabra) ante la indiferencia de los representantes políticos.

- **Objeción de conciencia:** Es el incumplimiento de un precepto legal o administrativo que va dirigido a un individuo o grupo específico y, dado el carácter de la situación, las autoridades saben si lo hemos realizado o no. Ejemplos son la resistencia de un pacifista a hacer el servicio militar, o la de un soldado a obedecer una orden que considera manifiestamente contraria a la moral, o la negativa a pagar un impuesto en razón de que con su satisfacción se ocasionaría una grave injusticia. La objeción no apela al sentido de justicia de la mayoría y estas personas no buscan deliberadamente ocasiones para desobedecer como medio de afirmar su causa. Más bien desearían no verse en esa tesitura. Pueden no tener la esperanza de modificar leyes, y puede que tampoco aspiren a que la mayoría acepte sus pretensiones. La objeción de conciencia **suele basarse en principios de moralidad personal o en doctrinas religiosas**. Es una cuestión ardua determinar qué medidas conviene adoptar cuando algunas personas invocan principios religiosos negándose a realizar actos que se exigen en virtud de principios de justicia política. ¿Tiene derecho la persona pacifista a la exención del servicio militar en una guerra, o está autorizado el Estado a imponer ciertas penas por incumplimiento? Podemos sentir la tentación de afirmar que el Derecho debe siempre respetar los dictados de la conciencia. Sin embargo, Rawls señala que si la religión vulnera la igualdad o las libertades fundamentales, dichas expresiones de la misma serán legítimamente

negadas. Si **se permite legalmente la objeción** de los pacifistas es porque los principios políticos reconocidos por la comunidad guardan cierta afinidad con la doctrina que profesan las personas pacifistas.

- **Resistencia revolucionaria:** Suele basarse en ideas políticas que **impugnan el sistema en su totalidad**. No considera que el sistema sea moderadamente justo. Aunque la actuación de la resistencia revolucionaria se basa en la conciencia, no apela al sentido de justicia de la mayoría, ni de quienes detentan el poder político. En cambio, procura mediante actos diversos, **a veces violentos**, cambiar el concepto dominante de justicia o provocar cambios en la dirección deseada. **Tratará de eludir las penas del derecho**, pues no confía en las fuerzas públicas y no se somete a ellas, ni reconoce la legitimidad de la Constitución. En este sentido, la acción militante no está dentro de los límites a la fidelidad a la ley, sino que representa una oposición más intensa al orden legal.

Rawls señala que **la desobediencia civil es un instrumento estabilizador de un sistema constitucional**. Mediante la resistencia dentro de los límites de la fidelidad a la ley pueden corregirse las injusticias cuando tienen lugar. La disposición colectiva a recurrir en tales casos a la desobediencia civil confiere estabilidad a una sociedad cercana al ideal de justicia. A las formas legales de protesta es necesario añadir ciertos modos de protesta ilegal que no violan los fines de una Constitución democrática. El filósofo señala que **los tribunales de justicia, al interpretar las leyes**, deberían tomar en consideración el carácter de desobediencia civil del acto contestatario y el hecho de que parezca justificable a tenor de los principios constitucionales, y por estas razones, **reducir y en algunos casos suspender la sanción**.

Josefa Ruiz Resa (2016) añade, clarificando la diferencia entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia, que en el caso de la objeción de conciencia es el propio derecho el que prevé para algunos supuestos que las personas se sustraigan a su cumplimiento por motivos morales. La objeción de conciencia se recoge, por ejemplo, en el **artículo 30 de la**

**Constitución**, que permitía no hacer el **servicio militar** obligatorio a los pacifistas, que a cambio tenían que realizar otras funciones para el estado. Para ser objetor u objetora de conciencia es necesario solicitarlo previamente según un **procedimiento legalmente establecido** para cada supuesto concreto previsto.

Hay juristas que consideran que la objeción de conciencia debería poder ejercerse libremente porque la Constitución reconoce en el artículo 16 la libertad ideológica, religiosa y de culto. Pero el Tribunal Constitucional ha señalado que es necesario que la objeción venga prevista en una norma para que pueda ejercerse (Ruiz Resa, 2016).

Otro ejemplo de objeción de conciencia fue el de los padres y madres que no querían que sus hijos cursasen la **asignatura de educación para la ciudadanía**, por considerar que sus contenidos eran contrarios a su ideología política o su religión. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que no cabía tal objeción porque los contenidos de la asignatura forman parte de valores democráticos y porque **la objeción no puede basarse directamente en el artículo 16 de la Constitución**, sino que es necesario que cada supuesto venga contemplado expresamente en la ley (Ruiz Resa, 2016).

## 5. LOS VALORES FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

“Valor” significa “**digno de ser estimado** o buscado”. El término griego es “axios” y por eso se habla de “**axiología**” como disciplina que estudia los valores morales. El término “axiología” se considera sinónimo del término “filosofía moral”.

En el siglo XIX comenzaron a diferenciarse los conceptos de “bien” y “valor”, pues el “valor”, a diferencia del “bien”, implica siempre la existencia de **una persona que “valora”**. Nietzsche señaló que los valores eran producto de meras **preferencias y convenciones** humanas. Por otra parte, en el siglo XX algunos filósofos de la fenomenología sostienen que el valor no es una mera preferencia sino **una “cualidad de la cosa”**. Ortega y Gasset (2015) recoge esta idea al definir el concepto de “valor”:

“El valor no es una cosa, sino que es “tenido” por ella”. Según explica Ortega, los valores no se ven con los ojos, como los colores, ni se entienden, como los números y conceptos. Los valores solo cabe “sentirlos” o más bien “estimarlos o desestimarlos”.

Según Max Scheler, el “valor” es una propiedad de las cosas o de las acciones que las hace ser estimadas por las personas. No todos los valores son morales (también son valores lo bello, lo placentero y lo útil). Todos los valores, incluidos “lo justo” y lo “bello” **se captan por intuición emocional**. Pero eso no significa que los valores sean meras preferencias, pues el “valor” se encuentra en la acción, de manera que una acción injusta lo seguiría siendo en cualquier otro lugar o siglo.

Hay valores morales que forman parte del sistema jurídico por estar reconocidos en la Constitución española. El artículo 1 de la misma señala algunos de ellos, declarándolos expresamente “**valores fundamentales del ordenamiento jurídico**”: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico **la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político**”. Estos valores que recoge la Constitución de 1978 aparecen como objetivos éticos recogidos por el propio derecho y son considerados expresión del máximo consenso social (Otero, 2020).

## LA LIBERTAD

**Isaiah Berlin**, en un influyente ensayo titulado “Dos conceptos de libertad” (1958) distinguió entre:

- **Libertad negativa**: consiste en la **ausencia de coacción externa**. La libertad negativa requiere tener un ámbito de vida privada en el que podemos actuar de acuerdo con nuestras decisiones, sin sufrir obstrucción por parte de otros individuos o de organismos públicos. La labor del Estado para proteger la libertad consiste en asegurar que los ciudadanos no ejerzan coerción entre sí sin una sólida justificación.
- **Libertad positiva**: radica en la **libre elección**. La libertad positiva requiere tener la capacidad de tomar decisiones de

acuerdo con la propia voluntad y determinar nuestras propias acciones y nuestro destino. La labor del Estado para satisfacerla consiste en crear las condiciones para el ejercicio de los derechos y equilibrar las asimetrías entre los grupos sociales.

Berlin defendió el **pluralismo valorativo**, porque **perseguir un solo objetivo** como sociedad elimina la libertad individual para elegir por sí mismo. El autor señaló que la concepción de la libertad positiva puede usarse para justificar todo tipo de coerción estatal injusta, de manera que el Estado nos obligaría a comportarnos de una determinada manera con la excusa de aumentar nuestra libertad. Por eso matizó que **no cabe confundir la libertad con pretender imponer un orden social** a los ciudadanos: “**la libertad es la libertad, no la igualdad, la justicia, la cultura, la felicidad humana** o una conciencia tranquila”.

Pero al mismo tiempo es necesario que el Estado limite la libertad porque “si mi libertad o la de mi clase o nación dependen de la miseria de otros seres humanos, el sistema que promueve esto es injusto e inmoral”, señala Berlin. En un Estado donde se reivindica el pluralismo en las cosmovisiones del mundo y las perspectivas razonables del buen vivir, **no podemos ser absolutamente libres** y tenemos que ceder algo de nuestra libertad para preservar el resto. En algunos casos es necesario restringir la libertad para amparar y promover la igualdad y la justicia de los grupos más vulnerables.

El ejercicio de la libertad requiere **responsabilidad**. Toda persona que exija ser libre, debe asumir las consecuencias de sus actos. En el ámbito jurídico, los derechos están unidos a los deberes, pues todo derecho engendra el deber de respetar a los demás, exactamente en la misma manera en que espero que me respeten.

Milagros Otero (2020) expone los tipos de libertad que recoge la **Constitución Española**. Por un lado, encontramos menciones a la libertad como valor, principio y derecho de amplio contenido:

- **Libertad como valor fundamental**: En el preámbulo se establece que España quiere dotarse de una serie de normas para asegurar la justicia, la libertad, la seguridad y el bien de todos

los ciudadanos. Y en art. 1.1 se reconoce la libertad junto con la justicia, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los valores superiores de la Constitución española.

- **La libertad real y efectiva:** El artículo 9 se refiere a la obligación de los poderes públicos de asegurar las condiciones precisas para que la libertad de los ciudadanos sea real y efectiva.

Además, encontramos otras menciones referidas a ámbitos más específicos de la libertad:

- **El libre desarrollo de la personalidad:** el artículo 10, relaciona la libertad con la dignidad, uniéndola al libre desarrollo de la personalidad como condición para dotar al ser humano de la dignidad que le corresponde por naturaleza.
- **Libertad ideológica y de culto** (art. 16) La libertad ideológica puede ser limitada en cuanto a su expresión, pero no en relación con la actividad de pensar en sí misma y permite a las personas formar opinión crítica sobre cada una de las cosas que suceden a su alrededor.
- Libertad personal (arts. 17 y 18), de residencia y circulación (art. 19), libertad de expresión (art. 20), libertad de reunión (art. 21), libertad de asociación (art. 22).

## LA IGUALDAD

Hermann **Heller** (1985) distingue dos formas de igualdad:

- **Igualdad formal** o ante la ley (también llamada igualdad de iure): mandato de aplicar la ley de idéntica manera a personas que estén en la misma situación. Se corresponde con la igualdad reconocida por el **Estado de Derecho liberal**.
- **Igualdad material** (también llamada igualdad de facto): es una reinterpretación de la igualdad en el contexto del **Estado social de Derecho**. Los poderes públicos pueden aprobar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal con el

objetivo de elevar la posición social de los grupos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.

En el **ámbito judicial** la igualdad ante la ley se traduce en deber de **imparcialidad y seguridad jurídica**. La seguridad jurídica implica que, a supuestos de hecho iguales se les aplican unas consecuencias jurídicas también iguales, por lo que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales. El órgano judicial tendría que ofrecer una fundamentación suficiente y razonable para apartarse de sus precedentes.

La igualdad material es igualdad real y efectiva. Un trato diferenciado (por ejemplo, una **medida de acción positiva**) no se considera discriminatorio cuando **persigue un fin** ligado a la igualdad material.

Hemos de señalar que, además del principio de igualdad, nuestro ordenamiento recoge el principio de **igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres**. Se trata de un principio transversal, que debe informar el ordenamiento jurídico. Se establece en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. **Este principio es una concreción de la igualdad material**.

La filósofa **Alicia Miyares**, en su obra “Democracia Feminista” (2003) señala que la noción jurídica de igualdad en el Estado de Derecho se ha ido profundizando en **tres momentos históricos**, de modo que cada uno de estos momentos ha incorporado y superado al anterior. El primer momento fue el concepto liberal de igualdad ante la ley. El segundo momento fue el concepto de igualdad asentado por el Estado social, que incluyó la redistribución frente a las desigualdades económicas. El tercer momento es **el feminismo**, que aporta a la democracia una profundización de la noción socialdemócrata de igualdad.

**Tanto la igualdad formal como la igualdad material están recogidas en la Constitución** española de 1978. El artículo 14 recoge la igualdad formal, mientras que el artículo 9 recoge la igualdad material:

El artículo 9.2 atribuye a los poderes públicos la tarea de “**promover las condiciones** para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; **remover los obstáculos**



que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

“Artículo 14. Los españoles **son iguales ante la ley**, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Observamos además que el artículo 14 tiene dos partes: la igualdad ante la ley y la **prohibición de toda discriminación**, como condición indispensable de la igualdad. La “**cláusula antidiscriminatoria**” tiene a su vez dos elementos: una enumeración de distintos grupos sociales históricamente discriminados y una “**cláusula de apertura**” que permite incluir cualquier otra circunstancia discriminatoria.

Como expone Milagros Otero (2020), la prohibición de discriminación también se encuentra implícita en el articulado de la Constitución que emplea fórmulas como “todos tienen derecho”, “todo individuo”, “toda persona”, “nadie”, etc.

En lo concerniente a la discriminación, el derecho establece una distinción entre dos formas de discriminación, la directa y la indirecta:

- **Discriminación directa:** Una persona es tratada de manera menos favorable que otra en una situación comparable a causa de una característica (por ejemplo, por razón de sexo).
- **Discriminación indirecta:** Se realiza a través de una práctica o medida, que aparentemente es neutra, pero en realidad tiene un impacto negativo sobre las personas de un grupo social determinado (por ejemplo, dar un complemento salarial por la realización de viajes laborales con pernocta en otra ciudad, puesto que las mujeres suelen asumir las cargas familiares y rechazan con mayor frecuencia estos viajes).

Alicia Miyares, en la obra “Distopías patriarcales” (2021), establece una distinción muy pertinente para desarrollar políticas públicas:

- **Discriminación:** Es resultado de un prejuicio. Una persona o un grupo de personas son tratadas de forma distinta y desfavorable por presentar características específicas (orientación

sexual, religión, nacionalidad de origen, edad, discapacidad, entre otras). Se suele presentar en contextos específicos.

- **Opresión:** El grupo oprimido se ve obligado a desarrollar de modo cotidiano unas pautas sociales que son necesarias para el mantenimiento de la estructura social en su conjunto. La imposición no se limita a una esfera social, sino que las abarca todas: política, religión, reparto de la tierra, capital, dinero, conocimiento, poder militar, prestigio, carácter, sexualidad, salud, etc. La opresión restringe la libertad de quienes la sufren, pero socialmente no se percibe como desigualdad sino como un estar natural en el mundo ocupando el lugar jerárquico que corresponde. Las tres fuentes de opresión son las derivadas del sexo, la raza y la clase social.

En el ámbito jurídico no se diferencia conceptualmente entre estos dos fenómenos expuestos por Alicia Miyares, pese a que el tipo de soluciones que requieren es muy distinto tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo (los problemas estructurales necesitan soluciones amplias y transversales, mientras que los prejuicios demandan soluciones jurídicas más específicas).

## EL PLURALISMO POLÍTICO

Milagros Otero (2020) expone aspectos interesantes sobre el pluralismo político. La democracia representativa es poder del pueblo y para el pueblo, que éste entrega voluntariamente mediante su voto a unas personas representantes que son elegidas mediante **elecciones democráticas, iguales y libres**. Pero el pueblo no regala el poder a sus representantes, solo lo cede condicionalmente. Si el pueblo estima que no se le representa bien, en las próximas elecciones **el poder cambiará de manos**.

Los distintos **partidos políticos** permiten que se agrupen las personas que defienden una forma de entender la sociedad. En opinión de Rawls, la participación política requiere una competencia leal por el poder y la autoridad política, presentando las concepciones del bien público y los programas políticos. Los grupos rivales buscan la aprobación de los

ciudadanos, de acuerdo un procedimiento electoral justo, en un contexto de libertad de pensamiento.

Si la opción votada resulta **mayoritaria**, las ideas elegidas por los individuos definirán el **ejercicio del poder**. Si las ideas de los individuos son **minoritarias**, el pluralismo político exige que se permita a todas las personas **expresar y manifestar sus opiniones**. Además, los partidos políticos deben tener un **funcionamiento interno democrático**, posibilitando el pluralismo político en su interior. Los partidos políticos permiten a la ciudadanía participar en la vida política, expresando el pluralismo social. Los partidos surgen como **manifestación del derecho de asociación**.

El artículo 1 de la Constitución española establece que el pluralismo político es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, junto con la libertad, la justicia y la igualdad. Con este reconocimiento exige que los poderes del Estado y los individuos respeten y fomenten dicho pluralismo democrático.

Como explica Otero (2020), el pluralismo político es el derecho a **construir la convivencia sobre los cimientos del respeto por las opiniones**, ideologías, creencias, culturas y formas de vida de toda la ciudadanía. La exigencia de **tolerancia** se produjo históricamente por cuestiones religiosas, pero en la actualidad se traduce en la necesidad de escuchar y respetar los puntos de vista ajenos, aunque no coincidan con los propios.

## LA DIGNIDAD

El artículo 1 de la Constitución Española describe como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Este artículo no menciona la dignidad, pero esta tiene una posición fundamental porque contiene todos los demás derechos en su interior. Así lo señala el **artículo 10 de la Constitución**, que recoge la dignidad: “La dignidad de la persona, **los derechos inviolables que le son inherentes**, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son **fundamento del orden político** y de la paz social”.

Milagros Otero (2020) expone que tradicionalmente se ha considerado que la dignidad es una condición del ser humano por el simple hecho

de serlo. **Toda persona posee esa característica de modo natural**, pues es constitutiva de su ser. También se ha considerado que la dignidad permite distinguir a los seres humanos del resto de los seres. La dignidad se vincula a los valores de **racionalidad** y autonomía decisoria. Asimismo es importante la conexión con la igualdad, puesto que todo el mundo tiene derecho a recibir un trato acorde a su dignidad, **sin sufrir tratos inhumanos o degradantes**. La dignidad es **un límite que los poderes del Estado** no pueden traspasar.

La dignidad **no se altera en función de los merecimientos de cada persona** y aunque alguien cometa actos mezquinos, su naturaleza humana permanece inalterada y no es posible perder el derecho recibir un trato digno. Sin embargo, Otero hace notar que existe una acepción de la palabra “dignidad” que es la que empleamos cuando decimos que una persona es “un ejemplo de dignidad” o bien cuando decimos **que alguien es “digno”** de reconocimientos u otras cosas buenas. En esos casos estamos vinculando la “dignidad” a la distinción. Consideramos que una persona tiene especial merecimiento por su esfuerzo, su valentía, su inteligencia, etc. La vinculación de la dignidad con la excelencia se remonta a la primera acepción que tuvo el término, que hacía referencia al prestigio de los senadores y otras importantes figuras romanas. Cicerón (1989) en la obra “Los oficios” extendió este término a la naturaleza de todas las personas por virtud de nuestra capacidad racional que, según el jurista romano, nos distingue de los animales.

PARTE 3

INTRODUCCIÓN  
A LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Cuando las personas que no son juristas reflexionan sobre el fenómeno jurídico suelen pensar en el derecho penal y en las penas de prisión, pero en realidad el derecho abarca muchas más situaciones. Quienes estudian derecho adquieren la capacidad de advertir la presencia del derecho en la vida cotidiana, en las noticias del telediario y en los acontecimientos políticos. El derecho es más que un sistema de sanciones impuestas mediante coacción, pues hay normas que establecen derechos subjetivos o que nos facultan para realizar determinadas funciones, así como normas que establecen procedimientos para que podamos hacer algo que queremos hacer (por ejemplo, los trámites necesarios para matricularnos en la universidad). Más allá de las normas, también son derecho las relaciones jurídicas que entablamos de modo habitual, así como el funcionamiento ordinario de las administraciones públicas.

Decía **Carlos Nino** (2014) que el Derecho, como el aire, **está en todas partes**. Nuestra rutina puede atestiguarlo: viajamos en autobús, tomamos un café, hacemos la compra y llenamos el depósito del coche de gasolina. En esos actos cotidianos está presente el derecho. Por ejemplo, en el caso del autobús el derecho está presente cuando compro el billete (contrato de compraventa), en las obligaciones que tengo como persona usuaria, en las obligaciones que tiene la empresa de transportes en la prestación del servicio y en las obligaciones que tiene la administración que controla la calidad de dicha prestación del servicio público de transporte. También encontramos derecho si pensamos en las relaciones laborales de quienes trabajan en supermercados, cafeterías o gasolineras. El derecho nos prohíbe fumar en ciertos espacios o nos obliga a matricularnos en la carrera dentro de un plazo y con un determinado impreso. El derecho exige a los padres y madres que cuiden de sus hijos (las relaciones familiares vienen reguladas en el Código Civil). La presencia del derecho es tan amplia que el filósofo Jürgen **Habermas** (1987) la ha descrito como una **marea legislativa** que ha colonizado el mundo de la vida. En este contexto no es difícil que en ocasiones no sepamos con precisión cuál es el derecho vigente. Por desgracia, “la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”. Como explica Josefa Ruiz Resa (2016), esto no es un refrán sino un mandato jurídico recogido en el artículo 6.1 del Código Civil.

## Ramas del derecho

Como expone Latorre (2008), las ramas del derecho pueden clasificarse en dos bloques: derecho público y derecho privado. El derecho público regula la organización y la actividad del Estado y los entes públicos, así como las relaciones entre dichos entes públicos y los particulares. Por su parte, el derecho privado regula las relaciones entre particulares, aquellas en las que ninguna de las partes está revestida de poder estatal.

- Derecho constitucional. Es una rama del derecho público donde se estudian las bases del sistema político, la Constitución, el funcionamiento de los órganos del Estado, los mecanismos de elaboración de las leyes y los derechos fundamentales.
- Derecho civil. Es una rama del derecho privado en la que se estudian los contratos entre particulares (compra de una casa, alquiler de un piso, firma de una hipoteca, etc.), así como el derecho de familia (divorcio, herencia, etc.).
- Derecho penal. Es una rama de derecho público en la que se estudian los delitos, aquellas conductas que la sociedad considera más graves y que pueden ser castigadas con pena de privación de libertad.
- Derecho laboral y de la seguridad social. El derecho laboral tiene una dimensión pública (la huelga, el sindicalismo, la negociación de los convenios colectivos) y una dimensión de derecho privado (contratos laborales, despidos). La seguridad social es derecho público relativo a las pensiones, la prestación por desempleo, la incapacidad laboral, etc.
- Derecho administrativo. Es una rama del derecho público en la que se estudia la estructura de la Administración (estatal, autonómica y local). Se estudian los mecanismos de contratación de funcionarios y empleados públicos, así como la transparencia en los contratos entre la Administración y las empresas privadas.
- Derecho mercantil. Es una rama de derecho privado en la que se estudia la forma jurídica de las empresas (sociedad anónima, sociedad limitada, etc.), las relaciones entre empresas, la propiedad intelectual y el mercado de valores (acciones, funcionamiento de la bolsa, etc.).
- Derecho europeo. Tiene elementos públicos (separación de poderes y protección de los derechos humanos en la Unión Europea y en el Consejo de Europa) y elementos privados (directivas y reglamentos europeos concernientes a las relaciones comerciales o privadas entre particulares).

- Derecho internacional privado. Se estudian los matrimonios y herencias que implican a personas de distintos Estados, así como las obligaciones comerciales en contratos transfronterizos.
- Derecho internacional público. Se estudia el funcionamiento de la ONU y otras organizaciones internacionales, así como el sistema internacional de protección de los derechos humanos.
- Derecho tributario. Es una rama de derecho público en la que se estudian los impuestos (IRPF, IVA, impuesto de sociedades, etc.) y los principios en los que se basa la hacienda pública.
- Derecho procesal. Es una rama de derecho público en la que se estudian los actores, los plazos, los tipos de escritos, las apelaciones, a qué órgano hay que dirigirse y otros aspectos relativos al desarrollo de los litigios en los juzgados y tribunales de justicia, así como la jerarquía entre dichos órganos jurisdiccionales.
- Derecho eclesiástico. Es una rama de derecho público relativa a la libertad religiosa, el reconocimiento civil del matrimonio religioso y los acuerdos entre las iglesias y el Estado.

En la carrera de derecho, además de las asignaturas en las que se estudian las normas de cada rama, también hay asignaturas transversales cuya finalidad es proporcionar una visión global del derecho y reflexionar sobre sus fines. Pertenecen a este grupo las materias como “derecho romano”, donde se estudia la influencia clásica sobre el derecho de hoy; “historia del derecho”, en la que se estudia el desarrollo del derecho durante las épocas clásica, medieval, moderna y contemporánea, así como las distintas influencias culturales que han contribuido a configurar el derecho actual; “argumentación jurídica”, en la que se aprende a motivar escritos mediante argumentos sólidos y a defender alegatos oralmente; y “filosofía del derecho”, donde se estudian los fundamentos teóricos de los conceptos jurídicos.

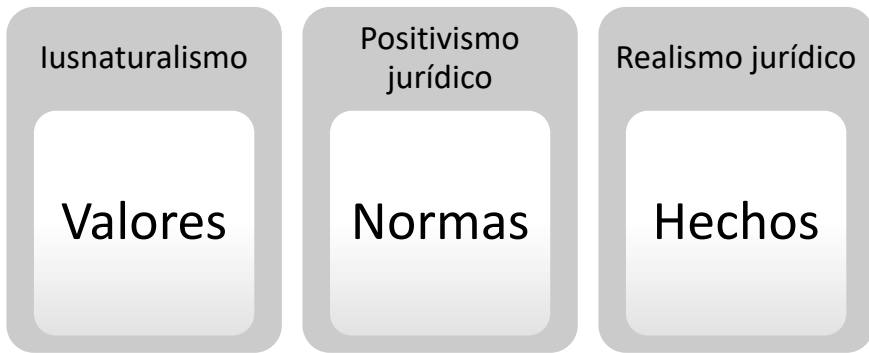


## CONCEPCIONES DEL DERECHO

---

El concepto “derecho” proviene del latín “**directum**” y significa “**lo que está en línea recta**”. La etimología nos remite de manera figurada a las ideas de lo correcto, lo justo o lo formal. Pero el carácter figurado de la etimología muestra que no se trata de un término unívoco, pues significa varias cosas distintas, aunque relacionadas entre sí. Ulpiano (siglo III) definía el derecho como el arte de **lo bueno** y de lo justo, Tomás de Aquino lo definía como una ordenación de las relaciones entre personas directamente orientada al **bien común** e indirectamente orientada al bien personal. Kant definía el derecho como la conciliación de **la libertad de uno con la de otro**, de acuerdo con una ley común de la libertad. Hegel señalaba que el derecho es “el reino de la libertad realizada”, de donde brota el mundo del espíritu. Para Marx, el derecho es la voluntad de la clase burguesa convertida en ley.

Las concepciones del derecho que han sido propuestas a lo largo de la historia pueden clasificarse en tres grandes bloques: iusnaturalistas, positivistas y realistas. El filósofo del derecho **Robert Alexy** (2004) explica que cada una de estas corrientes se centra en una dimensión del derecho: el iusnaturalismo en los valores (justicia), el positivismo jurídico en las normas (validez) y el realismo jurídico en los hechos (eficacia). En la historia de la filosofía jurídica estos tres puntos de vista se enfrentan entre sí, pero en realidad se trata de tres esferas complementarias del fenómeno jurídico. En su obra, “El concepto y validez del Derecho” Alexy explica que un concepto del derecho debe integrar las tres dimensiones y sus correspondientes metodologías: nomológica, ética y sociológica. Robert Alexy considera que el derecho es un sistema de normas, pero a tal sistema pertenecen también los principios del derecho, que tienen un contenido ético. Además, las normas deben ser relativamente aceptadas por la sociedad (eficaces) y, para que sean aceptadas, no deben ser extremadamente injustas.



La teoría integradora expuesta, denominada “**trialismo**” o “**teoría tri-dimensional**” no es creación exclusiva de Robert Alexy, sino que surge como desarrollo razonable de la tradición jurídica de distintos países y cuenta con formulaciones similares de Recaséns Siches, Reale, Dworkin, Atienza y Ruiz Manero, entre otros. Coincidimos con la pertinencia de integrar las tres principales perspectivas jurídicas, a fin de alcanzar una mejor comprensión del derecho.

El derecho no es solo un sistema ordenado de normas (perspectiva positivista), sino que también contiene unos valores éticos (perspectiva iusnaturalista) que figuran en la Constitución, en las leyes, en las cláusulas contractuales y en la argumentación jurídica cotidiana alegada por los distintos operadores jurídicos. La justicia es un presupuesto de todo el ordenamiento jurídico, pues se presume que la finalidad de las leyes y de los poderes públicos es realizar la justicia.

Por su parte, es necesario observar el derecho desde abajo, como lo hace la ciudadanía que se ve envuelta en un litigio o como lo hacen cada día los operadores jurídicos como la abogacía y la judicatura. En todos estos casos aludimos a la mirada de alguien que emplea el derecho de manera argumentativa, a fin de lograr un determinado objetivo. A nuestro juicio, el realismo jurídico contribuye al desarrollo de esta mirada práctica del derecho, complementaria a la mirada teórica del mismo. Sin embargo, junto a las metodologías de ciencias sociales reivindicadas por la tradición realista, defendemos la pertinencia de integrar también una mirada hermenéutica, retórica y humanista de la práctica del derecho. La construcción de argumentos y la elaboración de discursos persuasivos

es una de las características más marcadas del fenómeno jurídico desde sus orígenes. Le elocuencia del lenguaje es concomitante a los litigios, como atestigua el origen de la disciplina retórica, que según Cicerón tuvo lugar cuando Corax y Tisias (Siracusa, V a.C) recogieron argumentos y consejos útiles para que la ciudadanía pudiera reclamar la propiedad de los terrenos en los que residía.

## 1. EL IUSNATURALISMO

El iusnaturalismo considera que en el ser humano hay una naturaleza humana, única, inmutable y universal. Los representantes de esta teoría defienden que **el Derecho se basa en esta naturaleza humana, previa a todo derecho positivo**, anterior a la ley. Estiman que la ley no debe contravenir la “ley natural”. El iusnaturalismo sostiene que hay unos valores universales que toda ley positiva, en cualquier momento histórico y lugar, debe respetar, un núcleo inviolable. En la **vertiente teológica del iusnaturalismo**, el ser humano goza de dignidad natural, pues ha sido creado a su imagen y semejanza de Dios. En cambio, en la **vertiente racionalista del iusnaturalismo**, la dignidad del ser humano se fundamenta en su racionalidad y autonomía, prescindiendo de la referencia a Dios.

Las teorías iusnaturalistas de las épocas clásica y medieval aspiraban a comprender racionalmente el sistema de la naturaleza, el orden ideal de todo, el lugar del ser humano en la sociedad y entre los animales, así como la organización óptima de las instituciones y la perfecta jerarquía entre las clases sociales. El iusnaturalismo fue la teoría dominante durante **la Antigüedad y la Edad Media**, siendo muy destacables las figuras clásicas de **Platón** y **Aristóteles**, o el pensamiento escolástico medieval de **Tomás de Aquino**.

Como expone Alasdair MacIntyre (2013), en Grecia clásica es fundamental la idea del comportamiento honorable, es decir, el comportamiento que se considera correcto en atención al lugar que debe ocupar cada persona dentro de la comunidad y la familia. Por ejemplo, en la ideología de la sociedad tradicional el ciudadano debe contribuir activamente al buen funcionamiento de la comunidad, el padre protege y mantiene a su familia, la madre cuida a la familia y custodia las buenas costumbres, etc. Del

mismo modo que hay **conductas que objetivamente son malas** para la salud de las personas y nos conducen a la muerte o la infelicidad (vicios), se considera que hay conductas que son malas porque conducen al desorden social.

El iusnaturalismo sostiene que la vida de una persona es feliz si tiene armonía con un orden natural, de modo que **la naturaleza dicta qué lugar debe ocupar cada persona** y cómo debemos comportarnos para que el conjunto funcione correctamente. **Platón**, en su obra “La República” expone que el orden más armónico sería **una sociedad gobernada por las personas sabias** y dividida en clases sociales con distintas funciones (gobernantes, guardianes, productores) seleccionadas en función de las inclinaciones naturales de cada individuo. Platón justifica la existencia de una jerarquía entre clases sociales alegando que existen diferencias naturales entre los individuos. Según el filósofo, las personas sabias son las más felices de todas, pero cada individuo encontrará la felicidad haciendo aquello para lo que ha nacido: defender su comunidad, alimentar a su comunidad, etc.

**Aristóteles**, en su obra “Ética a Nicómaco” sostiene que para ser felices debemos comportarnos de acuerdo con nuestra auténtica naturaleza. Para tener una vida coherente con nuestros auténticos fines naturales, debemos **comportarnos de modo virtuoso**. Si nos entrenamos para comportarnos de modo virtuoso alcanzaremos la plenitud, porque estaremos viviendo según el ideal de vida que corresponde a la naturaleza humana y que consiste en ser personas inteligentes que participan en una comunidad política, **puesto que el hombre es un animal social** “zoon politikón”. Para el pensamiento griego, una comunidad ordenada y basada en virtudes cívicas es fundamental para que los ciudadanos alcancen el bien humano, a través de una educación en valores. El buen funcionamiento de la sociedad requiere amistad política, considerar a los demás ciudadanos como iguales, miembros de una misma comunidad de valores comunes.

En **Roma clásica** apareció la **noción de “dignidad”**, una idea que en sus inicios se atribuía a los senadores o ciudadanos poderosos y que estaba vinculada al correcto comportamiento cívico, la participación en la vida

de la república, el cumplimiento del deber, la integridad moral y el honor. **Cicerón** recogió esta idea en su obra “Los oficios” y añadió que **todos los seres humanos tienen dignidad** natural debido a su capacidad racional y al uso del lenguaje (elementos que, según el pensamiento grecorromano, nos diferencian de los animales y nos sitúan en una posición superior). Pese a que todos tenemos dignidad, Cicerón sostiene que debemos comportarnos de modo que haga honor a nuestra elevada naturaleza.

Durante la Edad Media, el pensamiento escolástico siguió teorizando sobre el derecho natural. Para **Tomás de Aquino** (siglo XIII), **las leyes (ley positiva) deben ser coherentes con la ley natural, que viene en la Biblia**. El derecho natural es un sistema de principios universales de carácter moral, que forma parte de la teología. Tomás de Aquino sostiene que el ser humano no puede procurarse por sí mismo lo necesario para vivir solo, de manera que la sociedad, al igual que la familia, permite la nutrición y supervivencia. Además, la comunidad política organizada proporciona formación para tener una profesión y defensa contra los enemigos. El teólogo considera que la política es un aspecto más del orden natural, que es un orden único y fijo, sometido a los eternos designios de Dios. Tomás de Aquino justifica la monarquía apelando a la naturaleza. Señala que, del mismo modo que un solo Dios en el cielo posibilita un orden natural, así también debe haber un solo gobernante en la tierra, el monarca, para posibilitar la armonía natural.

En los siglos XVI y XVII tuvo lugar en España un movimiento que se denomina “Segunda Escolástica”, integrado por un grupo de teólogos y juristas iusnaturalistas. Estos autores postularon las primeras leyes de Derecho Internacional, fueron precursores de los Derechos Humanos y de las teorías del contrato social. Sostenían que existen unas bases mínimas de justicia que son comunes a todas las sociedades y deben regir las relaciones internacionales. Estos derechos se basan en **la dignidad de todos los seres humanos, sea cual sea su origen**.

Con la llegada de **la Modernidad**, el iusnaturalismo religioso da paso a un **iusnaturalismo racionalista**. Como expone Amelia Valcárcel (2019), a la sociedad ya no le resultaban convincentes los argumentos basados en la Biblia como el que sostenía que el destino de las mujeres

es ser esposas y madres, y ser sumisas al marido porque la madre Eva nació de la costilla de Adán y fue la culpable de la expulsión del paraíso, condenando a todas las mujeres a parir con dolor y pagar por el pecado original. Para este propósito fue necesario retomar el pensamiento de clásicos griegos y emplear argumentos cuya intención era resultar “racionales”, como los que sostenían que las mujeres tienen una naturaleza distinta a los hombres, que son más inestables e irracionales, más sensibles y maternales, y eso les impide dedicarse a la vida política o realizar determinadas profesiones.

La sustitución del paradigma teocéntrico por un nuevo paradigma racionalista comienza en el siglo XVII, como puede observarse en filósofos como **Hugo Grocio y Samuel Pufendorf**, que **sin apelar a la religión sostuvieron que los seres humanos tenemos una dignidad natural y unos derechos inherentes**, anteriores a la formación del Estado. Sostuvieron que algunas personas no respetan los derechos naturales de los demás y que para garantizar su cumplimiento es necesario establecer un contrato social. Max Horkheimer (1973) explica que en el siglo XVII la aspiración principal de la filosofía consistió en formular una doctrina del ser humano y la naturaleza capaz de cumplir el papel que antes cumplía la religión, encontrando **verdades válidas para todas las personas**. Los filósofos pensaban que la luz de la razón bastaba para comprender la creación de un modo tan profundo que sirviera para armonizar la vida humana con la naturaleza. Los deberes de la vida individual y los fundamentos del orden social se justificaban apelando a la naturaleza. **La idea del derecho natural fue teorizada por los pensadores contractualistas modernos (Hobbes, Locke, Rousseau y Kant)**, que defendieron la dignidad natural del ser humano y la existencia de unos derechos naturales.

Estas ideas **inspiraron la redacción de los grandes textos de derechos humanos** en los tres siglos siguientes. De este modo, dichas ideas están presentes en la **“Declaración de Independencia” de los Estados Unidos** en 1776, las declaraciones de derechos de las constituciones de los nuevos estados americanos y las diez primeras Enmiendas incorporadas a la Constitución estadounidense de 1787, conocidas como **“Declaración de derechos”**. Los derechos se recogieron también durante la **revolución francesa en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del**

**Ciudadano**” de 1789, que fue incluida más tarde como preámbulo de la Constitución francesa de 1791.

Como expone Jesús Rodríguez (1989), el iusnaturalismo consideraba que **los derechos son naturales y preceden al ordenamiento positivo del Estado**. Por tanto, no serían creados sino reconocidos por el poder constituyente. Los principios liberales eran la soberanía popular, la separación de poderes, las elecciones libres, así como los derechos a la vida, la libertad, la seguridad, la propiedad, la prohibición de los castigos vejatorios o corporales, el juicio justo, la libertad de prensa, de expresión, religiosa y de conciencia.

La “Declaración de Independencia” de los Estados Unidos (1779) señala que “todos los hombres nacen iguales y que a todos les confiere su creador ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”. Dicha declaración expone que, para garantizar estos derechos, los hombres instituyen gobiernos que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados. La Declaración también reconoce que el pueblo tiene derecho a rebelarse contra el Gobierno si este no garantiza sus derechos naturales como la seguridad y la felicidad. Las ideas iusnaturalistas fueron útiles para **legitimar la independencia estadounidense, pues el incumplimiento de los derechos naturales fue la justificación que se esgrimió** para que las antiguas colonias rompieran sus nexos con Inglaterra.

La “Declaración de derechos del hombre y del ciudadano”, emanada de la revolución **francesa, tuvo enorme influencia sobre otros muchos países del mundo**, cuyas constituciones se inspiraron en sus principios (como ejemplificó la Constitución de Cádiz de 1812). Pese a la vocación universal de las ideas que los inspiraban, los textos mencionados tenían alcance nacional.

Tras la Primera Guerra Mundial, los Estados organizados en la Sociedad de Naciones (precedente de la ONU) intentaron promover una declaración de derechos con eficacia internacional, pero esto solo fue posible cuando las organizaciones internacionales se volvieron más fuertes y estables, capaces de ofrecer mecanismos de protección supranacional frente a los incumplimientos de los Estados. Este cambio se produjo con

el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, que aprobó la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” en 1948. Este texto fue una respuesta frente a las vulneraciones de los derechos humanos que se habían cometido en el régimen nazi tras la Segunda Guerra Mundial.

Las ideas iusnaturalistas se plasman en el reconocimiento que hace la declaración de la existencia de la dignidad intrínseca de la persona humana, el valor de la misma y la igualdad de hombres y mujeres. El texto afirma los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. La herencia de las ideas del iusnaturalismo racionalista resulta palpable en la declaración universal, si bien dicha declaración también recoge el legado de las ideas socialdemócratas desarrolladas durante el siglo XX, pues junto a los clásicos derechos liberales recoge una detallada lista de derechos económicos, sociales y culturales. Concluimos que las ideas iusnaturalistas fueron fundamentales para la redacción de la **Declaración Universal de 1948** y para la elaboración de los dos Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos de 1966 que complementan la declaración en el derecho de las Naciones Unidas (el pacto sobre derechos civiles y políticos y el pacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales).

Por consiguiente, podemos destacar la sólida herencia jurídica que ha dejado en nuestro mundo el iusnaturalismo racionalista. Pese a ello Horkheimer (1973) expone que el iusnaturalismo comenzó a resquebrajarse en el momento en el que la búsqueda del derecho natural dejó de basarse en la religión y pasó a basarse en la razón. En los siglos anteriores a la ilustración, XVI y XVII, hubo **guerras religiosas** basadas en la cuestión **¿cuál es la religión verdadera?**, ¿cuáles son las normas morales y políticas que realmente quiere Dios? En el siglo XVIII, **Voltaire** en su “Tratado sobre la tolerancia” (2013) defendió las ideas ilustradas del fin de los fanatismos religiosos, la convivencia entre las religiones, la libertad de expresión y la independencia de la razón. Los autores ilustrados sostenían que existe un orden objetivo del mundo susceptible de ser descubierto mediante la razón. La religión dejó de considerarse la depositaria de la verdad y la ciencia tomó el relevo de aquella en la aspiración de descubrirla. Pero la ciencia no pudo ocupar el viejo lugar de la religión



en materia de valores y comenzó a considerarse que la moral es territorio de la opinión subjetiva.

Por tanto, el debilitamiento de las religiones fue dando fuerza a **la idea de que la verdad no es objetiva, sino una perspectiva subjetiva de cada persona**. Este cambio fue importante para lograr una sociedad más tolerante, pues ya no se tomaban en serio las divergencias de opinión en materia religiosa, sino que comenzó a pensarse que ninguna fe, ninguna ideología, merecía ser defendida hasta la muerte. Como expone Horkheimer, este concepto de razón era más humano, pero al mismo tiempo más débil que el concepto religioso de la verdad, pues se trata de un concepto de “verdad” adaptable a los intereses dominantes. Las personas se reconciliaron poco a poco con la idea de que cada fe y cada sistema de pensamiento lleva su vida propia entre las paredes de su celda cultural y que todos **deben tolerarse mutuamente**.

**En el liberalismo moderno de la edad industrial la idea del interés egoísta** fue ganando paulatinamente supremacía absoluta en las explicaciones sobre el comportamiento humano y la organización social. La teoría de que las personas están naturalmente motivadas por la búsqueda de su supervivencia y su beneficio propio fue el núcleo central del contractualismo liberal frente a otros valores humanos que también se encontraban en las teorías ilustradas: la búsqueda de la justicia, la igualdad, la felicidad, la democracia, etc. La política se consideró fundamentalmente motivada por el interés individual, la búsqueda natural del beneficio propio, y por ello, se enfatizó **la necesidad de la violencia del Estado** para protegerlos de los demás individuos egoístas. Como dejó de creerse que existe un orden correcto, el nuevo pensamiento era que cada uno busca lo que le interesa. La racionalidad comenzó a identificarse con la cualidad humana de encontrar **el medio más eficaz** para lograr los fines propios. Se trataba de una perspectiva formalista, desprovista de valores morales, que se acrecentó con el **positivismo jurídico**. Las teorías individualistas se volvieron incapaces de inspirar la cohesión social. En este contexto, en el siglo XIX fue ganando peso el **nacionalismo** dentro las teorías liberales, la idea de una patria en la que el pueblo comparte unos valores. El nacionalismo refleja un viraje desde las ideas racionalistas ilustradas hacia nuevas ideas románticas basadas en sentimientos.

## 2. EL POSITIVISMO JURÍDICO

La palabra “positivismo” en filosofía se refiere a la utilización de metodologías científicas en todas las áreas de conocimiento, incluidas las ciencias sociales (como la realización de trabajos de campo y las encuestas). Pero no debemos confundir el uso filosófico general de la palabra con su uso en la filosofía del derecho. El “positivismo jurídico” no aplica un enfoque de estadísticas y sociología al derecho, sino que por el contrario, es una filosofía racionalista afín al “positivismo lógico”, que aspira a no dispersarse con el estudio de la sociedad o las ideologías. **Para el positivismo jurídico el objeto de estudio principal es la estructura de las normas jurídicas y el derecho positivo válido:** el que ha sido aprobado por la autoridad competente siguiendo los procedimientos legales.

Esta corriente, por tanto, no se centra en reflexionar sobre lo que sería bueno para la sociedad ni en buscar la armonía del derecho con un orden natural. Por eso, a diferencia del iusnaturalismo, **no llamaré a su disciplina “Derecho Natural” sino “Teoría del Derecho”**. Observen que en la mayoría de facultades de derecho usamos esta última denominación para la asignatura que antiguamente solía llamarse “Derecho Natural”, porque actualmente el positivismo es la visión del derecho dominante en España, al igual que en Francia, Alemania y en otros países continentales.

Herbert Hart (1963) enumera **cuatro tesis centrales del positivismo jurídico**, aunque no todos los positivistas defienden las cuatro:

1. **El derecho y la moral son ámbitos independientes.** Una norma no tiene por qué reunir un mínimo ético para ser considerada derecho.
2. Es necesario realizar **un estudio puramente analítico de los conceptos jurídicos** (teoría del derecho), sin perjuicio de que existan además estudios históricos o sociológicos del derecho, igualmente necesarios.
3. **El derecho es, en esencia, un mandato.**
4. Un ordenamiento jurídico es un sistema lógico cerrado en el que pueden deducirse por medios lógicos las decisiones jurídicas correctas a partir de las normas legales, sin referencia a

finés sociales o pautas morales (Hart señala que esta tesis es más propia del formalismo decimonónico que de la escuela analítica posterior, iniciada por Jeremy Bentham y John Austin).

**Los principales representantes del positivismo jurídico son los autores del siglo XX Hans Kelsen y Herbert Hart.** Kelsen (1979) considera que la teoría del derecho es una ciencia normativa que se limita a describir las normas jurídicas, sin analizar las relaciones de dichas normas con la sociedad, la moral o la política. Al margen de la teoría del derecho, hay otras cuestiones interesantes como las decisiones judiciales o la política, pero estas serán objeto de la filosofía del derecho, la filosofía política o la sociología. **Lo que propone Kelsen es una teoría pura del derecho**, inspirada en la crítica de la razón pura, de Immanuel Kant. En el interés de Kelsen por la validez entendida como lógica interna al sistema jurídico se percibe la influencia del positivismo lógico del Círculo de Viena. Como explica Josefa Ruiz Resa (2016), junto a las ciencias naturales y las ciencias sociales, se encontraría la ciencia jurídica, cuyo objeto son las normas.

En sus famosas obras, entre las que destacan “Teoría pura del derecho” y “Teoría General del Derecho y del Estado”, Hans Kelsen teorizó acerca de las estructuras de las normas jurídicas, la **jerarquía** existente entre ellas y las características del **sistema** que estas componen. El autor reflexionó sobre muchos **conceptos** relevantes para racionalizar el derecho como sanción, obligación jurídica, derecho subjetivo, relación jurídica o sujeto de derecho. La cuestión que suscita mayor interés para el positivismo jurídico es **la validez**, es decir, la pregunta ¿qué hace que una norma se convierta en derecho? Por ello estudia con especial atención las normas sobre producción jurídica (aquellas normas que dicen cómo se elaboran el resto de normas). Herbert **Hart** (1963) es otro de los más célebres positivistas. Pese a ser positivista, su teoría **tiende puentes con el iusnaturalismo y con el realismo** jurídico, aproximándose a una concepción tridimensional del derecho.

Las corrientes precursoras del positivismo jurídico aparecieron en el **siglo XIX** e inspiraron el **movimiento de codificación europea**. Este

movimiento llevó a cabo una sistematización y organización lógica de las normas jurídicas que hasta el momento se encontraban dispersas, creando los primeros códigos civiles, penales y mercantiles, que pretendían recoger la totalidad del derecho vigente.

Hemos de diferenciar tres tradiciones positivistas: la francesa, la alemana y la británica.

En la Francia de Napoleón se creó el **primer Código Civil (1804)** que seguía las exigencias de **sistematización y racionalidad** requeridas por el racionalismo y la ilustración. Charles **Montesquieu** había desarrollado en “El espíritu de las leyes” (1784) la doctrina de la separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), de modo que el filósofo francés consideró que el derecho debe ser creado exclusivamente por el legislativo (representante de la nación) y que **los jueces son la boca de la ley**. Por tanto, el trabajo del juez será una tarea deductiva de subsunción del caso concreto a partir del supuesto de hecho abstracto de la norma jurídica. El teórico defendió el principio de legalidad, que exige la sujeción del resto de poderes a las leyes, pues la abstracción de las mismas es la garantía de la igualdad (todos somos iguales ante la ley). La Escuela francesa de la **Exégesis** estuvo conformada por los comentaristas del Código de Napoleón, que interpretaban el texto con literalidad. Se entendía que el juez al interpretar el derecho debía circunscribirse a la literalidad de la ley, puesto que esta expresa la voluntad del legislador y el juez no debía asumir una función creadora del derecho, dado que dicha labor corresponde en exclusiva al poder legislativo (Timm Hidalgo, 2014).

En **Alemania** las corrientes positivistas dieron como resultado la codificación (elaboración del Código Civil). La **Escuela Histórica** de Friedrich **Savigny** quería que Alemania reforzase su tradición jurídica propia, distanciándose de la escuela que reivindicaba el derecho romano (Pandectística), pero como este último era un sistema muy desarrollado, lo que se hizo fue adaptar el derecho romano a las costumbres alemanas, sistematizando ambas tradiciones. Esa labor de sistematización dio lugar al surgimiento de **la Jurisprudencia de Conceptos**, una escuela que buscaba la conexión lógica conceptual entre las normas e indagaba en las relaciones entre estas, conformando una pirámide de conceptos que articulaban un

sistema, de manera que el concepto superior condicionaba el contenido de los conceptos inferiores. Según esta corriente, los sujetos que deben intervenir en la creación de las leyes son los estudiosos del derecho, que elaboran conceptos jurídicos mediante un método que intenta parecerse a la lógica formal y las matemáticas, conectando los conceptos mediante silogismos y sin recurrir a elementos extrajurídicos como la realidad social o las concepciones éticas dominantes. Por su parte, esta escuela veía al juez como un simple mecánico del derecho. Los teóricos debían proporcionar al juez una matriz de conceptos que no dieran margen a grandes dudas interpretativas, pues se consideraba que el valor jurídico máspreciado era la seguridad jurídica (Flores Ávalos, 2006).

En Reino Unido destacan en el siglo XIX las figuras de Jeremy Bentham y su discípulo John Austin. **Bentham** diferenció entre la “jurisprudencia expositiva” (cómo es el derecho) y la “jurisprudencia censoria” (cómo debería ser), introduciendo la **distinción entre lo que el derecho es y lo que debe ser**, pues desde su perspectiva se trata de dos dimensiones que no tienen por qué coincidir. Por su parte, **Austin** fusionó la **sistematicidad** del formalismo alemán con el empirismo del utilitarismo inglés, confirmando así a la escuela jurídica inglesa su característico positivismo analítico. Su filosofía intenta diferenciar el derecho de la moral y postula la necesidad de **analizar el derecho de modo autónomo**. Para Austin, el derecho se compone de **mandatos emitidos por el soberano** a fin de ordenar racionalmente la sociedad. Dentro del estudio del derecho, se ha de diferenciar entre el estudio de los conceptos fundamentales de cada ordenamiento jurídico y el estudio de los conceptos fundamentales presentes en cualquier ordenamiento jurídico (teoría del derecho). En la tradición de **Reino Unido**, a diferencia de Francia y Alemania, lo prestigioso era ser juez, por lo que uno de los retos del positivismo anglosajón fue **proporcionar al conjunto de decisiones judiciales una sistematicidad científica**. Hoy en día en los campus anglosajones la **escuela analítica** prosigue la herencia del positivismo jurídico, analizando los conceptos jurídicos mediante disección lingüística.

### 3. EL REALISMO JURÍDICO

Esta corriente considera que el derecho no son solo las normas o leyes, sino que **el derecho está constituido por los comportamientos sociales efectivos y las decisiones judiciales**. El realismo jurídico es la corriente predominante en el ámbito anglosajón (Reino Unido, Estados Unidos, Australia, etc.). Este enfoque se centra en estudiar aspectos sobre la realidad práctica del derecho como qué porcentaje de población acepta o rechaza una norma, qué influencias o lobbies condicionan la toma de decisiones del poder judicial, de los políticos y del poder legislativo, etc. Esta visión estudia el derecho mediante análisis de casos judiciales y **aplica metodologías de las ciencias sociales** para aproximarse al fenómeno jurídico vivo. Históricamente, el realismo ha tenido importantes escuelas en Alemania, Escandinavia y en el ámbito anglosajón.

Anna Karina Timm Hidalgo (2014) expone que en **Alemania** destaca la figura de Rudolf **Ihering**, un antiguo miembro de la jurisprudencia de conceptos que más tarde se apartó de dicho movimiento porque concluyó que los filósofos del derecho debían abandonar “el cielo de los conceptos jurídicos” puesto que, a su juicio, el análisis lógico no es suficiente para encontrar buenas soluciones jurídicas. Esta reflexión lo llevó a **acercarse al método empírico utilizando el concepto de interés**, más tarde englobado en el de “fin”. Con este concepto inició una **concepción finalista del derecho, en el que este aparece como el medio para conseguir un determinado fin, el “interés social”**. Ihering llamó a esta metodología “realismo” o “teleológica” (del griego “telos”, que significa “fin”).

Timm Hidalgo destaca que dentro de las corrientes realistas alemanas tuvo importancia el **Movimiento del Derecho Libre**, protagonizado por autores como Hermann **Kantorowicz**, que **criticó la concepción estrictamente normativa del fenómeno jurídico** (es decir, la idea de que solo son derecho las normas jurídicas). El movimiento sostuvo que la judicatura intenta simular que está resolviendo el litigio conforme a derecho, pero que lo que realmente hace el juez es decidir de acuerdo a su voluntad y su sentimiento de justicia. Según esta teoría, el razonamiento judicial solo sirve para argumentar la decisión que ellos quieren. El movimiento considera que la judicatura no debe recurrir falsamente a la lógica, sino

que puede emplear multitud de fuentes inspiradas por la sociedad. Para ellos **la confianza en el juez es la única garantía jurídica** y los jueces deben desarrollar la capacidad de percibir la compleja realidad social para tomar buenas decisiones. Se ha criticado que el movimiento del derecho libre prescinde de la sujeción judicial a las leyes y que este principio de sujeción es una necesidad democrática. Las leyes son el cuerpo jurídico representativo y es necesario que la actividad judicial se rija por la racionalidad y el control de sus decisiones. Para el movimiento, **el estudio del derecho en las Universidades no deberá limitarse a las leyes, sino que también debe abarcar el funcionamiento social y la jurisprudencia de los tribunales de justicia**. La sociología será un método necesario para poder estudiar el fenómeno jurídico de modo empírico atendiendo a las dimensiones fácticas del derecho. De hecho, en este mismo contexto, Eugen Ehrlich fundó la sociología jurídica, con la pretensión de iniciar la auténtica ciencia del derecho.

Otra corriente realista fue la **escandinava**, con representantes como **Hagerstrom** (siglo XIX), **Olivecrona** y **Ross** (siglo XX). Los realistas escandinavos se interesaron por **la dimensión psicológica del derecho** y por **sus efectos casi mágicos** sobre las personas. Karl Olivecrona (1968) explica que en el día a día realizamos contratos de compraventa, transferencias, creaciones de asociaciones y empresas, promulgación de leyes, etc. Esas “ceremonias”, como si fueran rituales mágicos, deben responder a unos requisitos formales precisos para que produzcan sus efectos legales. Por ejemplo, cuando dos personas contraen matrimonio adquieren un nuevo estatus jurídico, el de casados. O, cuando se firma un contrato de compraventa de un piso, este cambia de propietarios incluso aunque los nuevos propietarios no vayan a habitarlo. Históricamente en “ius civile” romano las ideas de derechos y obligaciones procedían de ceremonias mágicas que supuestamente daban lugar a vínculos sobrenaturales. Ningún jurista reconocerá que su idea de un derecho subjetivo es la de un poder misterioso, ni que en el mercado de valores se intercambian poderes misteriosos o que hacemos magia al comprar un billete de autobús. Sin embargo, según Olivecrona psicológicamente el derecho sí funciona como un vínculo sobrenatural. Quien promete se siente obligado y sabe que si no cumple provocará efectos hostiles, y aquella

persona a quien se le promete se siente autorizada a esperar que se cumpla lo prometido.

En **Estados Unidos el realismo jurídico fue iniciado por jueces como Oliver Holmes** (finales del siglo XIX) y **Benjamin Cardozo**, que teorizaron sobre el derecho. Estos autores, al igual que los positivistas, negaron que la ciencia del derecho persiguiese fines sociales y valores morales, pero **eran antiformalistas porque además negaban la reducción de la tarea judicial a una labor mecánica y rechazaron el enfoque nomológico** (consideraban que estudiar derecho implicaba algo más que estudiar normas). **El juez Holmes, considera que el derecho consiste en lo que hacen los tribunales al resolver los casos planteados.** Holmes señaló que el derecho son las predicciones sobre las decisiones que van a tomar los jueces. Esta extraña afirmación se entiende cuando nos ponemos en el lugar de un abogado, pues, según Holmes, desde dicha perspectiva un abogado sabe derecho cuando puede ser capaz de vaticinar lo que los tribunales van a hacer en su caso concreto, de lo contrario no podría asesorar a sus clientes adecuadamente. Holmes, que llegó a ser uno de los más importantes Jueces del Tribunal Supremo de la historia estadounidense, formaba parte del llamado “Club de la Metafísica”, integrado por filósofos centrales del **pragmatismo americano** (corriente de pensamiento de raíces utilitaristas): William James, Charles Peirce y John Dewey. Estos autores consideran que la pregunta “¿qué solución jurídica es la mejor?” debe responderse analizando sus consecuencias prácticas, de modo que lo mejor se corresponde con lo práctico, lo útil y provechoso.

El **realismo jurídico estadounidense**, alcanza su punto cumbre con autores como Karl **Jewellyn** y Jerome **Frank**, que anclan el estudio del fenómeno jurídico en **hechos sociales**, que son analizados con **métodos empíricos**, de manera que **no se centran solo en el estudio de las leyes y normas jurídicas**. Analizan las situaciones jurídicas desde las distintas perspectivas correspondientes a los intereses y técnicas empleadas por los **distintos operadores jurídicos**. Estos autores intentan comprender qué factores inciden en las decisiones judiciales (por ejemplo, las opiniones políticas del juez). El realismo jurídico suele tener un interés reformista de tipo técnico, es decir, desean identificar las insuficiencias de las leyes



e instituciones para mejorarlas. Pero hay que destacar que la motivación reformista es más técnica que ideológica. Hoy en día, sigue habiendo una serie de movimientos de la órbita anglosajona que se ubican en el realismo jurídico (Policy Analysis, Law and Society, Law and Economics y Law and Literature).

Muchos de los presupuestos del realismo jurídico americano fueron asumidos en el siglo XX por el movimiento **Critical Legal Studies**, cuyo representante más conocido es Duncan Kennedy. Esta corriente considera que **el derecho tiene una dimensión política o ideológica, legitimadora del statu quo, que debe ponerse al descubierto** mediante el estudio de la práctica de los jueces y la formación de los juristas. El movimiento Critical Legal Studies surge en los años setenta, conformado por disidentes políticos e intelectuales de la nueva izquierda que se oponían a la guerra de Vietnam. Ubicándose dentro de la herencia del realismo jurídico, critica el carácter apolítico de este y el aire tecnocrático e instrumental del mismo. El movimiento defiende el ejercicio comprometido de las profesiones jurídicas. Nótese que en las últimas décadas la crítica al derecho que se realiza desde el movimiento Critical Legal Studies está muy unida a las teorías postmodernas desarrolladas en los campus estadounidenses. Estos enfoques que combinan las filosofías post-estructuralistas con la teoría del arte no son el único abordaje crítico posible del derecho. Aunque la influencia estadounidense ha penetrado en los campus universitarios de todo el mundo, caben aproximaciones críticas (marxistas, feministas, etc.) alejadas de las aproximaciones postmodernas.

## TEORÍA DE LA NORMA Y DEL SISTEMA JURÍDICO

---

El positivismo jurídico define el derecho como un sistema de normas y considera que la “**teoría del derecho**” es la ciencia que se ocupa de estudiar la estructura de la norma y las relaciones entre normas jurídicas. El estudio de la norma jurídica y sus relaciones también puede ser llamado “**nomología**”.

Muchos manuales de teoría del derecho se ocupan casi en exclusiva de la nomología, dedicando poco espacio a aquellas cuestiones que Hans Kelsen consideraba “**extrasistémicas**” (externas al sistema jurídico), como la ética o la teoría política. Kelsen consideraba que tales materias no forman parte del fenómeno jurídico. No coincidimos con dicho punto de vista puesto que, en la práctica, las profesiones jurídicas requieren elaborar argumentaciones que no solo deben resultar consistentes con el ordenamiento jurídico (validez), sino también verosímiles, socialmente aceptables y justas, pues se espera que el poder judicial y la administración pública sean razonables. Consideramos que es misión de la teoría del derecho dar cuenta de cómo funciona realmente el fenómeno jurídico y, por ello, debe mantener apertura a otras reflexiones sobre el derecho, como las que realizan la **filosofía del derecho** y la sociología jurídica. La **pertinencia de los conocimientos éticos, políticos y humanísticos** se acrecienta todavía más en las complejas labores de redacción y modificación de leyes.

Pese a lo señalado, es crucial en el estudio del derecho conocer el esfuerzo analítico realizado por Hans Kelsen y otros positivistas en pro de delimitar con nitidez el campo jurídico y sistematizar sus categorías y elementos. La “teoría del derecho”, entendida en su sentido más estricto como “nomología” (extensible al estudio de la jurisprudencia consolidada), resulta fundamental para el hallazgo de buenas soluciones jurídicas y para la elaboración de buenas leyes. **La nomología proporciona una cartografía del derecho vigente** y, a través de sus jerarquías, ofrece las **carreteras por las que circula de modo ordenado la lógica argumentativa**.

El positivismo jurídico contiene unos valores inherentes que son centrales en el Estado de Derecho, tales como la seguridad jurídica, el principio de legalidad y el principio de igualdad ante la ley. La filosofía subyacente a la perspectiva positivista es el **formalismo trascendental** de inspiración kantiana, que reivindica aspectos muy importantes para el derecho como el juicio imparcial, el uso autónomo de la razón y la universalización de las buenas decisiones.

El positivismo es la concepción del derecho más frecuente y ofrece un importante instrumento conceptual, si bien a mi juicio la filosofía del derecho debe ayudarnos a comprender que existen otras perspectivas filosóficas, igualmente válidas, que enfatizan aspectos distintos del derecho. Personalmente me inclino por una perspectiva hermenéutica que concibe el derecho como un discurso específico, ubicado en la sociedad y la cultura.

## 1. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO, LA MORAL Y LOS USOS SOCIALES

Adela Cortina (1994) señala que vivir en una sociedad exige el cumplimiento de unas “**reglas del juego**”. La filósofa señala que existen tres tipos:

1. **Morales.** Contienen una exigencia de carácter universal y actúan sobre la **conciencia**, de modo que siguen obligándonos incluso si no llevan aparejado ningún castigo. El incumplimiento de estas reglas se califica de “inmoral”.
2. **Jurídicas.** No tienen por qué ser aceptadas en conciencia. Son establecidas por los poderes públicos en cada comunidad política y existen medios para **obligar** a su cumplimiento (poder judicial, policía, prisiones). Muchas de estas reglas son coincidentes en su contenido con las normas morales, como la prohibición de omisión del deber de socorro de quien sufre un accidente. El incumplimiento de estas reglas se califica de “ilegal”.
3. **Usos sociales.** Son normas que por lo general no están escritas. Ejercen coacción basándose en la “**imagen social**” de

la persona, pues la sociedad rechaza ciertos comportamientos, sin que necesariamente se consideren inmorales o ilegales. También puede darse el caso inverso, en el que una práctica rechazada por la ley o la moral estaba bien vista socialmente, como la costumbre de retarse en duelo para resolver algunos conflictos.

Adela Cortina explica que las reglas morales se refieren al problema de la justicia (**legitimidad**), las reglas legales se refieren a la validez jurídica (**legalidad**) y las reglas sociales se refieren a la aceptación social de un comportamiento (**aceptación**). A su vez, cada tipo de reglas es estudiado por una disciplina distinta: **ética, derecho y sociología**, aunque los tres ámbitos están conectados. A esta tesis de Cortina podríamos objetar que se basa en una perspectiva positivista del derecho, pero que existen otras perspectivas (iusnaturalistas y realistas) que incluyen la justicia y la aceptación en el núcleo del fenómeno jurídico.

El positivista Hans Kelsen (1979) señaló que el derecho se diferencia de otros órdenes que tienen fines coincidentes (como la moral o las religiones) porque el derecho es coactivo. Según la tesis kelseniana, el derecho es un orden normativo que se impone mediante la coacción, mientras que la moral no la necesitaría. El derecho, a diferencia de la moral y la religión, no necesita la adhesión interna del individuo. Las sanciones son tan definatorias del derecho que podemos preguntarnos si una sociedad sin sanciones tendría “derecho” propiamente dicho. Muchas conductas prohibidas en la moral lo son también en el derecho. Por ejemplo, casi todas las religiones o nociones éticas que se puedan tener estarán de acuerdo en que no se debe matar. Al mismo tiempo, el artículo 138 del Código Penal defiende que matar es delito.

**Immanuel Kant** (2015) señaló más diferencias entre el derecho y la moral:

- **Exterioridad de las conductas e interioridad de los pensamientos:** mientras que el derecho se ocupa de la exterioridad de los actos, la moral se ocupa de su aspecto interno. Una actuación conforme con el derecho solo requiere adecuarse al contenido de la norma, mientras que quien actúa moralmente lo hace por el deber en sí mismo, sin obtener ninguna utilidad

por ello. Sin embargo, como señala Josefa Ruiz Resa (2016) podríamos objetar que las **intenciones y móviles** también interesan al derecho, por ejemplo, en la eximente de la legítima defensa.

- **Autonomía y heteronomía de la norma:** Kant sostenía que la moral se origina en la conciencia del individuo, mientras que el derecho viene impuesto desde fuera. Sin embargo, como destaca Ruiz Resa (2016) hay morales que no se originan en el propio individuo, sino en una **autoridad externa (como la religión)**. Del mismo modo, el derecho puede originarse en la voluntad de los individuos, como ocurre en **la democracia**.
- Fines históricos o fines universales: El derecho persigue la justicia social en una **sociedad concreta**, mientras que la moral persigue fines intemporales, válidos para toda sociedad y todo ser humano. Se puede objetar que **la moral también puede referirse a una sociedad concreta**, a finalidades de democracia, paz y cooperación.

Es posible realizar objeciones a todos los argumentos que separan herméticamente el derecho de la moral o de los usos sociales, pero hemos de admitir que la perspectiva positivista se ha esforzado por definir con nitidez el derecho, como un fenómeno susceptible de ser estudiado, evitando que el derecho resulte indistinguible de la sociedad o la moral.

## 2. EL DERECHO COMO ORDEN COACTIVO

Hans Kelsen (1979) expone que la función del orden social es que las personas hagan aquello que se considera útil para la sociedad, y que se abstengan de hacer aquello que resulta perjudicial para la misma. Para ello el orden social puede emplear normas que llevan aparejadas **recompensas o castigos**. Por ejemplo, te sancionan si te saltas un semáforo o si no viajas en autobús sin billete. Otros ejemplos de sanciones son las que se te aplican si maltratas a un animal, hieres a otra persona, no pagas a hacienda, favoreces a terceros en el ejercicio de una función pública. Son incumplimientos de normas que llevan aparejadas sanciones. Sin

embargo, no todas las normas jurídicas imponen sanciones o deberes de hacer o no hacer algo (prohibiciones). Ejemplos de incentivos serían proporcionar subvenciones para la contratación de jóvenes u otorgar premios literarios para animar a las personas a que escriban. Pero el derecho también puede emplear guías que recomiendan el buen comportamiento. Una sociedad moralmente avanzada permite que el derecho contenga más **recomendaciones** que mandatos.

Los castigos que una sociedad puede aplicar a quien se desvíe del comportamiento exigido consisten en la privación de la vida, la salud, la libertad y la propiedad (el derecho penal más desarrollado emplea solo los dos últimos tipos de castigo). El uso de la fuerza solo entra en juego cuando el sujeto se resista, permitiendo aplicar el castigo. **Un orden social que establece medidas sancionadoras y los medios para aplicarlas es lo que denominamos “orden coactivo”**. Puede resultar paradójico que lo mismo que se impide quitar a otro (la vida, la salud, la libertad o la propiedad), es precisamente aquello de lo que te priva el derecho si transgredes la norma. La fuerza es empleada para prevenir el empleo de la fuerza.

Cabe imaginar un sistema jurídico que no contuviera ningún tipo de sanción y que se basase en el cumplimiento voluntario de las directrices sociales. La ideología que propugna la creación de un orden sin coacción es el anarquismo, que prohíbe el uso de la fuerza estatal. **El anarquismo** quiere establecer un orden social que se base únicamente en la voluntad y repudia al derecho como forma de organización. Kelsen considera que quizá no es posible para la humanidad emanciparse por completo de la coacción como técnica jurídica y probablemente una sociedad sin sanciones, de existir, se basaría en el adoctrinamiento psicológico.

#### DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO Y UNA BANDA DE LADRONES

Hans Kelsen (1979) se pregunta qué **diferencia la coacción ejercida por el derecho del uso de la fuerza empleada por una banda de ladrones** y concluye que la diferencia es que en el derecho la fuerza se emplea:

- Solo por parte de **ciertos individuos** (un agente del orden, un **órgano autorizado** por el orden jurídico para aplicar la sanción).
- Solo en ciertas circunstancias.

Una de las tesis fundamentales del positivismo jurídico clásico es la de que **el derecho se basa en el mandato**. El mandato, para John **Austin (2012)**, es la quintaesencia del derecho. Un mandato es la manifestación por una persona del **deseo de que otra realice un acto o se abstenga de él, junto con la amenaza de un castigo** que sería la consecuencia probable de la desobediencia. Para el positivismo clásico de Austin los tres elementos centrales del derecho son **mandato, sanción y soberano** (este último es el único cuyos mandatos, emanados de su voluntad, constituyen derecho). El soberano es una persona o un conjunto de ellas.

Hart (1963) no coincide con que el derecho pueda reducirse de manera tan simple con un acto de coacción. Ningún acto del legislativo es derecho si no cumple con las **normas constitucionales que especifican cómo se crean leyes válidas**. Las normas jurídicas no son simples mandatos habitualmente obedecidos, ni hábitos de obediencia a un soberano. Lo importante de las normas jurídicas no es que sean mandatos sino que son producidas de acuerdo con las normas constitucionales. **Los Parlamentos democráticos no son soberanos al margen de la ley** que exigen obediencia, sino que la Constitución establece un mecanismo para que el pueblo obedezca al pueblo. Sería falso señalar que el derecho es la obediencia habitual del pueblo a determinadas personas. La imagen del derecho que traza la teoría del mandato es una relación de sumisión entre los detentadores de la ley (extraños al imperio de la misma) y los súbditos sometidos.

¿REALMENTE LA CIUDADANÍA CUMPLE SUS OBLIGACIONES POR MIEDO A LAS SANCIONES?

Eugen **Ehrlich**, en su libro “Fundamental Principles of the Sociology of Law” (2001) afirma que cuando las personas cumplen sus obligaciones normalmente ni se les pasa por la cabeza que puede imponérseles una

sanción si no cumplen. Lo habitual es que actúen de modo legal por **motivos como evitar discusiones con sus parientes, perder su posición o su clientela, o adquirir reputación de malas personas o irresponsables**. Si el cumplimiento del derecho dependiera solo de las sanciones, **la policía no podría lograr hacer cumplir la ley**. Kelsen (1979) admite esta objeción de Ehrlich, y coincide en que las motivaciones de los individuos son ricas y variadas. Pero considera que tal afirmación no es incompatible con la tesis de que la coacción es un elemento esencial al derecho.

Ehrlich considera que el derecho es un orden coactivo únicamente si lo identificamos con el derecho que sirve para resolver controversias jurídicas en los tribunales. Pero el derecho no es solo eso, también son derecho las normas que regulan las costumbres matrimoniales, las de la vida familiar, la forma de celebración de los contratos... Para Ehrlich lo que distingue al derecho de otras regulaciones de la conducta no es ni que sea creado por el Estado, ni que sea la base para las decisiones de los tribunales, ni que tenga coacción jurídica. Para su enfoque sociológico, **el derecho es una ordenación que asigna a todos y cada uno de los miembros de la comunidad su posición y sus deberes dentro de la misma**. Según el realismo jurídico es imposible afirmar actualmente que la principal función del derecho sea resolver controversias.

Contra esta tesis, Hans Kelsen objeta que la definición de Ehrlich (el derecho es una ordenación de la conducta humana) es tan amplia que se corresponde con la definición de “sociedad”. Hay muchos órdenes que “asignan a todos y cada uno de los miembros su posición dentro de la comunidad y sus deberes” y no por ello tienen carácter jurídico. La doctrina de que la coacción es un elemento esencial al derecho no se refiere a los motivos por los que las personas cumplen las normas, sino al hecho de que **el derecho establece sanciones para promover cierto comportamiento. Eso es lo que permite distinguir al derecho de otros órdenes sociales**. Si el orden jurídico establece un castigo para el caso de que una persona cometa homicidio es porque **el legislativo supone (correcta o incorrectamente) que la coherencia ética o la creencia en los mandamientos divinos no bastan** para inducir al individuo a abstenerse de cometer tales delitos. Según Kelsen, lo que distingue al

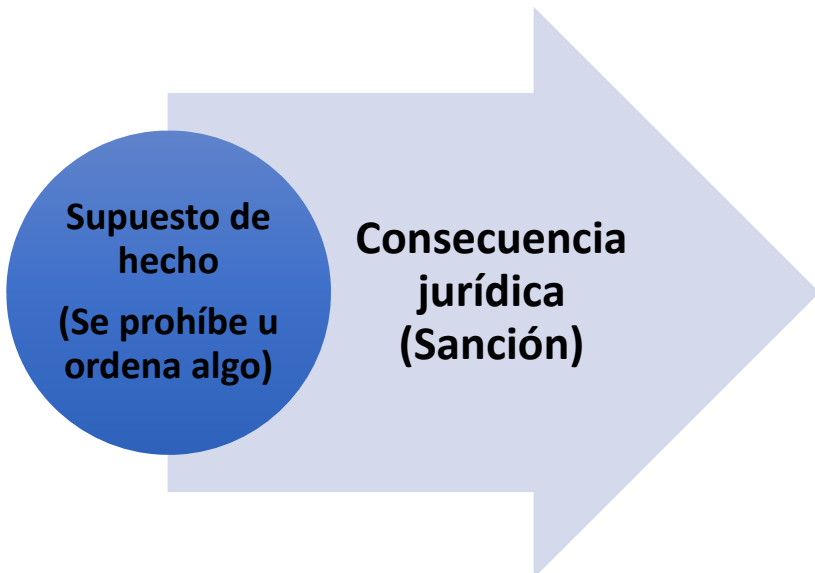


derecho de todos los otros órdenes sociales es el hecho de que regula la conducta humana por medio de sanciones. Si ignorásemos este elemento específico del derecho y lo definiésemos como “orden social”, y no como “orden social coercitivo” perderíamos la posibilidad de diferenciarlo de otros fenómenos sociales, e identificaríamos el derecho con la sociedad, y la sociología jurídica con la sociología general.

### 3. LA NORMA JURÍDICA

En la teoría de Hans Kelsen (1979), la **norma jurídica es el elemento más importante del derecho**, pues el positivismo jurídico concibe el derecho como un conjunto de normas. La fuerza obligatoria de las normas jurídicas no radica en la fuerza que tiene la persona que nos da un orden, sino que una norma jurídica **es un “mandato” emanado por las autoridades competentes**.

Según el formalismo y el positivismo jurídico clásico, las **normas jurídicas se estructuran en dos partes**:



Ejemplo: Artículo 138 Código Penal.

El que matare a otro → Será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

La norma es la expresión de la idea de que algo debe ocurrir, especialmente la de que un individuo debe conducirse de cierto modo. **La afirmación de que algo “debe ocurrir” se refiere a la existencia de una norma** y no a la existencia de un deber moral (justicia) ni tampoco se refiere a lo que en efecto va a ocurrir en el mundo real.

#### TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS

Herbert Hart (1964) expone que habitualmente se representa el derecho como un conjunto de **mandatos que ordenan** a las personas actuar de cierta manera. El derecho penal tiene muchas normas de este tipo, ante las que solo caben las opciones de “obedecer” o “desobedecer”. En numerosos artículos del derecho penal se tipifican distintas conductas y el incumplimiento da lugar a una consecuencia jurídica (la sanción). La infracción en derecho penal se denomina “delito”. El derecho penal no es el único que contiene normas que castigan conductas, puesto que el derecho administrativo puede imponer multas.

Sin embargo, no todas las normas dan órdenes; también hay normas que ofrecen a las personas medios para crear derechos y deberes. Por ejemplo, nos referimos a las relativas a los contratos, los testamentos y los matrimonios. A diferencia de las normas penales, estas normas no están dirigidas a impedir comportamientos perjudiciales para la sociedad. Por el contrario, estas normas proveen de medios para la realización de las decisiones personales. No expresan “tienes obligación de hacer esto”, sino “si quieres hacer esto, puedes hacerlo de tal modo”. Por medio de estas normas ejercitamos **poderes y derechos subjetivos**, de origen legal o contractual.

Hans Kelsen (1979) hizo esfuerzos para intentar demostrar que todas las normas remiten “en realidad” a sanciones y deberes. Por ejemplo, podríamos decir que **las normas que confieren un poder** para hacer algo son mandatos en última instancia, pues llevan **siempre como correlato**

**un deber para otro sujeto:** el acreedor tiene el poder de exigir el pago de una suma en la medida en que el deudor tiene el deber de devolver dicha suma. Esta relación es bidireccional: si el poder implica deber, el deber implica poder. Por consiguiente, según la teoría de Kelsen, la norma que atribuye un poder es una norma imperativa en la que el legislativo se expresa en términos de poder y no en términos de deber, es decir, que en lugar de dirigirse al destinatario del deber, se dirige al destinatario del poder. Pero Herbert Hart (1963) señala que si el derecho estuviera formado solo de mandatos, no existirían los derechos subjetivos. Los mandatos podemos obedecerlos o desobedecerlos, pero no nos confieren derechos.

Recapitulando, además de existir normas que ordenan, también hay normas que nos permiten hacer las cosas que queremos, como los derechos, los poderes y las potestades. Josefa Ruiz Resa (2016) expone varios ejemplos: la patria potestad de los padres sobre los hijos, el derecho a votar (21 de la Constitución) o el derecho a contraer matrimonio (32 de la Constitución). Estos derechos significan que podemos votar o casarnos, pero no tenemos la obligación de hacerlo.

Por tanto, el deber jurídico y la sanción no son condiciones imprescindibles de una norma. **La sanción** puede ser añadida a una norma o no, y en todo caso, según Hart, esta es más **una característica esencial del sistema jurídico en su conjunto** que de cada norma jurídica en particular.

Hart (1964) denomina a las normas que imponen obligaciones “**reglas primarias**” y a las normas que confieren potestades “**reglas secundarias**”. A su vez, hay dos tipos de reglas secundarias que son cruciales para el mantenimiento del sistema jurídico:

- **Reglas secundarias de adjudicación:** establecen cuáles son los órganos encargados de detectar las infracciones o quiénes tendrán que resolver los conflictos. Son las normas que definen y organizan los tribunales y los procedimientos que pueden seguirse en ellos.
- **Reglas secundarias de cambio:** son las que determinan cuáles son los sujetos competentes para crear nuevas normas jurídicas

o derogar (eliminar, suprimir) las existentes, así como los procedimientos para realizar estas actividades.

Junto con las normas expuestas, hay otras que ofrecen **recomendaciones** (guías que orientan la acción). Además, el jurista Norberto **Bobbio** (1990), señaló que el derecho no solo tiene una función represora, sino también una **función promocional**, mediante normas que establecen premios, subvenciones o bonificaciones. Esta función es típica del derecho de un Estado social. No solo están las normas que castigan, sino también las que recompensan y alientan conductas.

La estructura de “Supuesto de hecho” + “consecuencia jurídica”, además de aplicarse a las normas sancionadoras, puede aplicarse también a normas que reconocen derechos o que promocionan determinados comportamientos, de manera que, por ejemplo, el ejercicio de nuestro derecho al voto (supuesto de hecho) conlleva que los miembros de la mesa electoral tienen la obligación de contabilizarlo (consecuencia jurídica); o en el caso de los premios, si el tribunal considera que nuestro ensayo es el mejor (supuesto de hecho) recibiremos el premio prometido en las bases (consecuencia jurídica).

## REGLAS Y PRINCIPIOS

Todos los tipos de normas que hemos visto podrían agruparse en una misma categoría, las “reglas”. Ronald **Dworkin** (1980) defiende que hay dos tipos de normas jurídicas: **reglas y principios**. El filósofo considera que, junto a las reglas (lo que usualmente entendemos por norma jurídica) se encuentran los principios del derecho.

Un ejemplo de principio sería el derecho a la vivienda:

Artículo 47 de la Constitución Española. “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho (...)”.

Las reglas establecen una **consecuencia jurídica** determinada, pero los principios no suelen hacerlo:

- **En las reglas**, si se da el supuesto de hecho de la regla, **debe aplicarse obligatoriamente** la consecuencia jurídica.
- En cambio, no es así como actúan **los principios**. No establecen consecuencias jurídicas que se produzcan indefectiblemente al cumplirse las condiciones previstas, sino que los jueces deben tenerlos en cuenta **como argumentos** que pueden influir en un sentido o en otro.

Según Dworkin, dentro de los principios cabe distinguir a los **principios en sentido estricto** y a las **directrices**:

- Una directriz fija un objetivo concreto, por ejemplo “debe disminuirse el número de accidentes de automóvil”.
- Los principios establecen una pauta moral: “nadie puede aprovecharse de los efectos de sus propios delitos”.

El filósofo del derecho Robert Alexy (1989) apunta que los principios son **mandatos de optimización** que exigen al poder judicial y a los poderes públicos que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Un principio es un mandato dirigido a los poderes públicos, pero estos deben cumplirlo como estimen oportuno y en el grado que sea posible. Es decir, si una persona carece de una vivienda digna no puede ir a un tribunal a reclamar una vivienda y el Estado no tiene obligación de proporcionarle una indemnización por no proveérsela. Sin embargo, si hay un pleito, los tribunales tienen la obligación de interpretar las normas jurídicas de modo tal que se procure garantizar el derecho a la vivienda. La entrada de principios en el ordenamiento jurídico condiciona, por tanto, la interpretación de las normas y la creación de reglas nuevas.

Según **Dworkin**, los principios y las reglas también actúan de distinto modo en los **casos de colisión**:

- Si invocamos un principio en nuestra argumentación, **puede haber otros principios o directrices a favor de la argumentación opuesta**. Cuando varios principios conducen a soluciones distintas, el juez/a debe tener en cuenta, mediante una **ponderación**, la importancia relativa de cada uno de ellos. La

valoración no es una tarea de precisión exacta, y la estimación de que un principio en concreto es más importante que otro será casi siempre algo discutible. Cabe la posibilidad de que en un caso concreto nuestro principio no prospere. Pero eso no quiere decir que este no sea un principio de nuestro sistema jurídico.

- Cuando hay un **conflicto entre reglas**, una de ellas no es aplicable. La decisión de cuál debe desecharse ha de tomarse en atención a consideraciones ajenas a dichas reglas. Un ordenamiento puede regular esos conflictos mediante otras reglas que den preferencia a la de mayor jerarquía, posterior antigüedad, a la más especializada, a la procedente del organismo competente, etc. El ordenamiento jurídico también puede dar primacía a una norma apoyándose en determinados principios importantes.

**No siempre está claro si estamos ante una regla o ante un principio.**

Por ejemplo, la primera enmienda de la Constitución de EEUU dispone que el Congreso no debe restringir la libertad de expresión: ¿Se trata de una regla, y en consecuencia, cualquier regla que limitara dicha libertad sería inconstitucional?, ¿o expresa un principio, de modo que cuando se descubra una ley restrictiva del libre uso de la palabra se considerará anticonstitucional solo en caso de que el contexto no presente algún principio lo bastante importante, dadas las circunstancias, como para justificar tal restricción?

En otros casos, explica Dworkin (1980), **una misma norma puede funcionar a veces como regla y otras como principio**. El Tribunal Supremo de EEUU tuvo que pronunciarse sobre una disposición que decía que es nulo cualquier acto que limite la libertad empresarial. El Tribunal Supremo estableció que, cuando las restricciones al comercio fuesen “desproporcionadas”, la disposición funcionaría como regla, de modo que serían nulos los actos contra la libertad de comercio. Pero normalmente la disposición funcionaría como principio, debiendo ser tenido en cuenta por los tribunales, junto con el resto de principios, para establecer mediante ponderación si una restricción determinada es desproporcionada.

Por su parte, algunas reglas se parecen a los principios, como las **reglas con textura abierta, que contienen palabras imprecisas** como “razonable”, “injusto” o “importante”. La aplicación estas reglas debe tener en cuenta principios que permiten interpretarlas. Estas palabras implican que debemos realizar un juicio de ponderación sobre el asunto y eso asemeja el funcionamiento de dichas reglas al de los principios, pero no hasta el punto de que dejen de ser reglas.

Pese a que los principios no tengan consecuencias tan ineludibles como las reglas, estos forman parte del derecho, **tienen fuerza de ley** y por tanto, deben ser respetados por los jueces y abogados en sus pleitos. En un alegato ante los tribunales, los principios pueden tener una gran influencia. **Los principios pueden dar lugar a la creación judicial de nuevas reglas.** Cuando se dicta un fallo judicial se establece una regla, como la que declaró indigno para la sucesión al asesino del testador. Esta regla nació en Reino Unido por medio de una sentencia judicial, a partir del principio “nadie debe obtener provecho de su delito”.

Los principios también **establecen límites interpretativos**, de modo que cualquier juez/a que se proponga modificar la doctrina existente debe tener en cuenta principios que desaconsejan las desviaciones de la doctrina legislativa, como los que sostienen la separación de poderes, la vinculación a la Constitución y a las leyes, así como la importancia de los precedentes judiciales (jurisprudencia). Todos estos principios inclinan a respetar el statu quo, pero no lo imponen.

La existencia de los principios es un desafío para varios postulados positivistas:

- En primer lugar, el positivismo tiende a **asociar el derecho con las reglas**. La razón principal es que la formación jurídica ha consistido durante mucho tiempo en enseñar y examinar las reglas recogidas en las leyes vigentes.
- En segundo lugar, el funcionamiento de los principios también desafía la visión positivista del derecho como un **sistema jerárquico** de reglas, pues los principios se relacionan entre sí más bien mediante cohesión (equilibrio), que mediante el encadenamiento vertical propio de las reglas.

- En tercer lugar, los principios **desafían la tradicional separación entre validez, justicia y eficacia**. Parte de la autoridad de los principios, cuando son empleados en las argumentaciones judiciales, procede de que se trata de valores aceptados por la sociedad y de que su contenido resulta razonable.

Recapitulando, hay cinco tipos de normas

1. Mandatos
2. Recompensas
3. Poderes y derechos subjetivos
4. Recomendaciones
5. Principios

#### 4. LAS FUENTES DEL DERECHO

##### CONCEPTO Y CLASES DE FUENTES

El concepto “fuentes del derecho” se remonta a **Savigny** (1981), que se refiere con este término a **las fuerzas creadoras del derecho** que, a su juicio, radican en el espíritu del pueblo.

La expresión “**fuentes del derecho**” tiene **dos significados**:

- Poder o facultad de crear normas jurídicas (**quiénes pueden crear derecho**). Por ejemplo, la sociedad, **el poder legislativo, ejecutivo, judicial**, los particulares, las instituciones internacionales, etc.
- El tipo de norma al que nos referimos: la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los Estatutos de Autonomía, los reglamentos comunitarios, las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las leyes orgánicas, las directivas europeas, las leyes ordinarias, los tratados internacionales, las leyes autonómicas, los reales decretos y decretos legislativos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los convenios colectivos, las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos



Humanos, los reglamentos de la administración, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, los contratos y la costumbre.

El artículo 1 del Código Civil español, aprobado en 1889, recoge las fuentes del derecho español, señalando lo siguiente:

1. “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.
3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada.  
Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.
4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
5. Las normas jurídicas contenidas en los **tratados internacionales** no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».
6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca **el Tribunal Supremo** al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.”

Como observamos, el Código Civil **no menciona** las dos fuentes del derecho que ocupan el lugar más alto en la jerarquía de las fuentes (**la Constitución** y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). El motivo es obvio: el Código Civil es de 1889 y la Constitución es de 1978, de modo que el Código Civil la antecede en casi un siglo de antigüedad.

El sistema de fuentes se ha transformado profundamente, pues todas las normas están sujetas a **los principios constitucionales**. Otro aspecto que ha cambiado es la mayor importancia de **la jurisprudencia de los tribunales ordinarios**, y no solo la del Tribunal Supremo. En los pleitos cotidianos se alude constantemente a la jurisprudencia de las audiencias provinciales y de los Tribunales Superiores de Justicia (en la práctica, la jurisprudencia funciona como fuente inspiradora del derecho). Con respecto a la **costumbre**, tiene hoy menos relevancia que antaño debido a que el derecho tiene una tendencia a regular cada vez más ámbitos de la vida, pero sigue siendo importante. Pensemos por ejemplo que el hecho de respetar la cola en los comercios es una costumbre, o el hecho de negociar el precio en un mercadillo. La obligación no escrita de respetar dichas costumbres puede tener repercusiones en un litigio.

Al abordar la cuestión de las fuentes del derecho podemos diferenciar entre:

- **Fuentes del derecho primarias:** Contienen normas jurídicas (leyes, reglamentos, etc.).
- **Fuentes auxiliares.** Ayudan a comprender las anteriores (la jurisprudencia, la doctrina, etc.).

La palabra “**doctrina**” se refiere a las opiniones expertas sobre el derecho que no tienen carácter vinculante, como las de los organismos consultivos, los votos particulares de las sentencias judiciales, los trabajos publicados en revistas científicas, o las opiniones expresadas en los medios de comunicación por el profesado de universidad u otros juristas. No cabe duda de la influencia que tiene la doctrina en la elaboración de leyes y en la interpretación de las sentencias.

Hay dos principios que tienen gran importancia en la estructura del sistema de fuentes:

- **Principio de jerarquía.** El principio de jerarquía consiste en que unas fuentes tienen un rango superior a otras. Esto implica que una fuente de rango inferior podría ser derogada por considerarse contraria a la de rango superior y, por tanto, inválida. Significa también que los poderes facultados para crear normas

están ordenados de modo vertical, de modo que el poder subordinado no puede contradecir el derecho creado por el poder superior.

- **Principio de competencia.** El principio de competencia consiste en que el sistema jurídico está estructurado por materias, de modo que la Unión Europea regula unas materias, el Estado regula otras, las Comunidades Autónomas regulan otras distintas y los municipios también tienen sus competencias. Por ejemplo, una norma autonómica puede aplicarse de modo preferente frente a una ley estatal, debido a que la materia (salud, educación, etc.) es de competencia autonómica.

Francisco Balaguer (1991) expone que existe una **tensión ideológica entre los principios de jerarquía y de competencia** en los sistemas políticos. El principio de competencia es más destacable en los sistemas políticos federales (o en el modelo autonómico español), mientras que en los Estados centralizados es más relevante el principio de jerarquía. En esta sugerente dualidad que plantea, Balaguer se decanta por el principio de competencia, pues los Estados que descentralizan el poder legislativo implican un mayor reparto del poder y una mayor confianza en la democracia participativa, acercando la administración a la ciudadanía. Sin embargo, la descentralización también conlleva dificultades para la fiscalización de los recursos económicos, menor transparencia, atomización legislativa y duplicidad de instituciones públicas.

La Unión Europea se caracteriza por tener un sistema de fuentes “**multi-nivel**” en el que la competencia en distintas materias corresponde respectivamente al ámbito europeo, estatal o autonómico. En la sociedad globalizada el Estado ya no tiene el monopolio legislativo, pero es necesario matizar que la Constitución estatal sigue ocupando la cúspide del sistema de fuentes, incluso por encima de la normativa de la Unión Europea. Además, el Estado sigue siendo el principal depositario de la soberanía y el principal foro del debate público y la democracia (Balaguer, 2008).

## LA PIRÁMIDE DE KELSEN

Uno de los aspectos más conocidos de la filosofía de Hans **Kelsen** (1933) es la **pirámide** con varios escalones que componen el sistema jurídico. Lloredo (2011) sostiene que realmente fue Puchta el primero que presentó la imagen de una pirámide de conceptos y que dicha imagen fue más tarde popularizada por Hans Kelsen. En la famosa pirámide de Kelsen, cada escalón está ocupado por una clase de normas. En la **cúspide de la pirámide se encuentra Constitución** (como veremos más adelante, Kelsen considera que por encima de la Constitución hay otro escalón, al que denomina “norma fundamental”). En el **segundo escalón se encuentran las leyes**. En **tercer escalón** estaría compuesto por **reglamentos** y en los siguientes escalones se encontrarían las sentencias, los testamentos y los contratos. En la pirámide de Kelsen, cada escalón superior otorga validez a las normas que se encuentran en el escalón inferior.



En el derecho español no hay ninguna norma que contenga de modo actualizado y completo la jerarquía entre las fuentes. Aunque no es una

cuestión pacífica, consideramos que **el orden de prelación de fuentes es el siguiente:**

1. **Constitución**, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Estatutos de Autonomía.
2. Reglamentos europeos, resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Convenciones y **Tratados internacionales**.
3. **Leyes** orgánicas, las Leyes ordinarias, Directivas europeas, Leyes autonómicas, Reales decretos ley y Reales decretos legislativos.
4. Jurisprudencia del **Tribunal Supremo**.
5. **Reglamentos** aprobados por las Administraciones Públicas (con su propia jerarquía según el órgano que los aprueba).
6. Sentencias, **Contratos**, testamentos, Jurisprudencia de los tribunales ordinarios, Costumbre, resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resoluciones de los comités encargados de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales, Soft Law internacional.

Una duda que puede asaltarnos es si el derecho europeo tiene primacía sobre el derecho nacional, incluyendo la Constitución estatal. La respuesta a esta pregunta es negativa. El principio de primacía del derecho europeo fue creado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y se incorporó a nuestro derecho mediante ley orgánica cuando nos adherimos a esta. Este principio implica la **primacía del derecho europeo solo en las materias que son competencia de la Unión Europea**. En cualquier caso, la validez última del derecho europeo en nuestro derecho procede de la adhesión a la Unión Europea que consta en la **Constitución** española. Por ello, **si se produjese algún conflicto entre la Constitución y el derecho europeo**, estaríamos ante una controversia política que podría resolverse en favor de **la primacía de la Constitución**.

Debido a la complejidad del derecho “multinivel” actual, Pérez Luño (2006) propone dejar de pensar desde la pirámide kelseniana y sustituir

esa imagen jerarquizada del orden normativo por una **pluralidad de estructuras normativas** con muchos centros.

## 5. EL SISTEMA JURÍDICO

Según el positivismo jurídico, las normas forman un **conjunto ordenado**, y no están aisladas, sino que **constituyen un sistema**. Esto implica que las normas deben ser interpretadas en conexión con la totalidad del sistema jurídico. Para el positivismo jurídico las normas serían como los átomos, los elementos esenciales de la realidad jurídica, los ladrillos de la casa (mientras que la casa sería el sistema jurídico). La teoría positivista del derecho es “nomológica”, centrada en las normas y aspira a convertir el derecho en un sistema, estableciendo **conexiones lógico-deductivas entre las normas**. Esta concepción del derecho defiende el monopolio estatal de la creación del derecho, pues eso permitirá una mayor calidad técnica y una mayor sistematización. En otras versiones del positivismo, es la ciencia jurídica la que proporciona al derecho racionalidad y buena técnica.

Alchourrón y Bulygin (1971) explican que la **noción de “sistema”** puede remontarse a la filosofía de la ciencia de **Aristóteles**. Según el filósofo griego, la ciencia consiste en una descripción fidedigna de la realidad, de modo que sus enunciados son verdaderos y se deducen en última instancia de unos axiomas básicos que son empíricamente evidentes. En el siglo XVII, durante **la revolución científica**, la ciencia se divide en dos categorías distintas: las ciencias empíricas y las ciencias racionales.

El positivismo jurídico del siglo XIX, durante el movimiento de la codificación, suscribió la idea de sistema procedente de las matemáticas, pues aspiró a que los enunciados jurídicos pudieran deducirse unos de otros y a que el sistema fuese pleno, posibilitando al juez solucionar todos los casos posibles sin tener que innovar. Desde esa perspectiva de la ciencia jurídica, importa más la racionalidad interna del sistema jurídico que la relación de este con la realidad social. En cambio, durante el siglo XX, el realismo jurídico aspiró a fundar la ciencia jurídica sobre una base empírica (observación de hechos sociales), siguiendo un ideal más próximo al de las ciencias naturales.

Desde la visión racionalista del positivismo jurídico, el sistema jurídico se presenta como un conjunto de normas coherente, unitario y jerarquizado, que pretende evitar las contradicciones (antinomias) y las lagunas (situaciones sin regulación). Según el jurista italiano **Norberto Bobbio** (1997), la noción de sistema jurídico se sustenta sobre tres características: **unidad, plenitud y coherencia**.

La **UNIDAD** significa que **todas las normas** jurídicas de una determinada comunidad política **le deben sujeción a la Constitución**, de modo que el derecho en cada país es uno solo y fuera de él no hay normas jurídicas. La jerarquía entre las normas, que se remonta a la norma originaria, permite hablar de esta unidad. La idea de unidad se remonta a la tradición romanista de la época medieval, que consideraba que el derecho romano era el único que existía, y que todo el derecho estaba recogido en el “*corpus iuris*”.

La **PLENITUD** significa que **los jueces no pueden dejar un caso sin resolver, aunque no esté contemplado en ninguna ley** (así lo señala expresamente el artículo 1 del Código Civil español). Bobbio parte de la premisa de que no puede haber lagunas (materias sin regular) en el ordenamiento, y cuando las haya, el juez o jueza tendrá que recurrir a los principios generales del Derecho, a la jurisprudencia, la doctrina o a la analogía (en España, esta viene contemplada en el artículo 4 del Código Civil). La analogía permite resolver un caso no contemplado directamente por una norma jurídica a través de la aplicación de otra norma cuyo supuesto de hecho sea semejante al del caso en cuestión. La plenitud se convirtió en una categoría esencial del sistema jurídico en el siglo XIX, cuando se crearon los códigos que aspiraban a recoger todo el derecho vigente (por ejemplo, el Código Civil de Napoleón).

La **COHERENCIA** significa que el ordenamiento jurídico no tiene contradicciones (antinomias). No puede haber dos normas que digan lo contrario y, cuando eso ocurra, existen métodos de solución de antinomias que nos permiten saber cuál es la norma que se debe aplicar. Estos métodos o **criterios** son cuatro:

1. **Jerarquía:** La norma de mayor rango se aplica sobre la de menor rango (*lex superior derogat inferior*). Por ejemplo, si

hay un conflicto entre la Constitución y una ley, primará la Constitución.

2. **Cronológico:** En normas del mismo rango, la ley posterior deroga la ley anterior (lex posterior derogat anterior). La nueva norma dejará sin efecto a la anterior.
3. **Especialidad:** La ley especial se aplica sobre la general (lex specialis derogat generalis). A veces la norma superior es muy general y no entra en el nivel de detalle en el que sí entra la norma inferior, que es la aplicable.
4. **Competencia:** Si una de las normas en conflicto ha sido creada por el órgano competente y la otra no, se debe aplicar la norma creada por el órgano competente.

A las tres características que hacen del Derecho un sistema jurídico (unidad, coherencia y plenitud) debe añadirse una cuarta característica: el sistema jurídico **no contiene repeticiones de normas** ni normas superfluas. Esto se garantiza recurriendo a técnicas interpretativas como el argumento de no redundancia. También el criterio de especialidad responde a este rasgo, ya que si el caso se pudiera resolver aplicando la ley general, la ley especial resultaría superflua (Resa, 2016).

Alchourrón y Bulygin (1971) matizan que las características de unidad, plenitud y coherencia son ideales y no descripciones sobre cómo es el realmente el derecho. Los defensores del positivismo jurídico contemporáneo como **Bobbio** (1997) rechazan la concepción de que el sistema jurídico es perfecto y completo, decantándose por la idea de que **el sistema jurídico es susceptible de ser completado**.

Josefa Ruiz Resa (2016) destaca que la tendencia hacia la sistematicidad del derecho proporciona ventajas como facilitar su estudio, la evitación de las contradicciones normativas al crear derecho y la evitación de la dispersión normativa (se intenta que unas pocas normas recojan todo el derecho vigente), un mayor cuidado para lograr la armonía entre las normas, así como el respeto a principios como la jerarquía normativa.

En todo caso, la visión del sistema jurídico como conjunto unitario, coherente y perfecto, ligada al movimiento codificador, ha sido superada



por los hechos, pues es evidente que **la mayor parte del sistema jurídico no se encuentra ya en los Códigos.**

La complejidad del sistema jurídico **en el mundo globalizado** ha conducido a Gomes Canotilho a afirmar que la forma del sistema jurídico **ya no es la pirámide de Kelsen**, pues el derecho ya no se rige por criterios de jerarquía sino de interconexión entre normas estatales, europeas e internacionales, donde no hay un único tribunal superior ni una sola norma suprema. La forma del sistema jurídico en este contexto global ha sido descrita por Pernice y Mayer como un **“constitucionalismo multinivel”**, pero Bustos Gisbert (2005) se inclina más por la **visión del sistema jurídico como una red** compuesta por distintos nodos normativos (derechos estatales, europeo, organizaciones públicas y privadas, etc.).

## 6. LA NORMA FUNDAMENTAL Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

### LA NORMA FUNDAMENTAL DE KELSEN

Hans Kelsen (1979) expone la noción de norma fundamental con el siguiente ejemplo: ¿Por qué es legal que este hombre vaya a prisión? Porque una sentencia judicial así lo dispuso ¿Por qué esa sentencia es derecho válido? Porque ha sido creada de conformidad con las leyes penales y procesales. ¿Por qué esas leyes son derecho válido? Porque se han aprobado siguiendo el procedimiento dispuesto en la Constitución.

La Constitución, por tanto, es la norma de la que depende la validez de todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Pero entonces nos preguntaremos **“¿Por qué la Constitución es derecho válido?”** Aquí podemos responder que la Constitución deriva su legitimidad de la legitimidad de las Cortes constituyentes. Pero esta respuesta se apartaría de lo que se nos pregunta (**no estamos hablando sobre legitimidad, sino que hablamos sobre validez**). Hablar de legitimidad apunta hacia fuera del derecho. Lo cierto es que la última respuesta que se puede dar desde dentro del derecho es: **“solo podemos hablar de validez si damos por hecho que la Constitución es una norma válida”**. Es decir, si

consideramos que las leyes de un sistema son auténtico derecho es precisamente porque suponemos que la Constitución es una norma válida.

Por tanto, siempre que existe un sistema jurídico **existe una norma fundamental presupuesta: la norma que dice que hay que hacer lo que dice la Constitución** y respetar a los poderes instituidos por la misma. A diferencia de las demás normas del sistema jurídico, la Constitución no es válida porque se haya aprobado siguiendo un determinado procedimiento, sino que es válida porque se presupone que lo es. Con esta idea de la **validez presupuesta de la norma fundamental**, Hans Kelsen **evitaba que la cadena normativa continuase hasta el infinito**. Se trata de una norma hipotética que crea la ilusión de que el sistema jurídico es como una pirámide, una figura geométrica perfecta y cerrada.

#### LA REGLA DE RECONOCIMIENTO DE HART

Herbert Hart (1963) explica que una norma es válida cuando ha sido aprobada según el procedimiento establecido por una norma superior. A su vez, esa norma superior es válida si ha sido aprobada según el procedimiento establecido por una norma superior. Y así llegaremos finalmente a una norma que, a semejanza de las normas intermedias, proporciona criterios para la determinación de la validez de las demás normas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las demás, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras normas. **La regla de reconocimiento es la norma última de un sistema jurídico.**

Cuando llegamos a esa norma (por ejemplo, la Constitución española) no tiene sentido que nos preguntemos cuál es la norma que dice que la Constitución debe aprobarse de una determinada manera. **La elaboración de una Constitución es una decisión política ajena al derecho** y lo único que podemos plantearnos es si existe una obligación moral de que obedezcamos a ese sistema político. Pero esa pregunta no es una reflexión sobre la mera validez de una norma, sino una pregunta sobre legitimidad política. Las reflexiones acerca de **si un sistema es digno de apoyo no son reflexiones jurídicas, sino éticas**. Por su parte, **las indagaciones**

**acerca del grado de adhesión** de un pueblo y de sus funcionarios a su Constitución **no son meras reflexiones jurídicas, sino sociológicas.**

Kelsen (1979) señaló que la Constitución es una norma jurídica cuya validez no puede ser demostrada por referencia a otra norma, sino que está contenida en una norma fundamental que se “da por admitida” o es una “hipótesis”. Herbert Hart (1963), sin embargo, sostiene que la Constitución no puede ser válida o inválida, sino que simplemente la ciudadanía la acepta. Expresar esta **obviedad de modo misterioso, como hace Kelsen** al decir que la validez de la Constitución descansa en una norma hipotética que “se da por admitida pero no puede ser demostrada”, **es como decir que el metro de París (que es el criterio último de corrección de todas las medidas en el sistema métrico) es algo que damos por admitido, pero no podemos demostrar.**

Hart realmente no usa la palabra “Constitución” sino la palabra “Regla de Reconocimiento”. Debemos tener en cuenta que no todos los sistemas jurídicos tienen una Constitución (pensamos en el derecho de Reino Unido). La regla de reconocimiento es la norma última, que puede ser la Constitución u otra cosa (por ejemplo, sentencias de un alto tribunal). La regla de reconocimiento es aquella norma que **determina la validez de las demás normas, pero cuya existencia en tanto que derecho vigente solo puede ser comprobada sociológicamente.** Una regla subordinada puede ser válida y, en este sentido, “existir” aun cuando sea generalmente desobedecida, pero la regla de reconocimiento solo es derecho si los tribunales, funcionarios y particulares, en su día a día identifican el derecho por referencia a los criterios que ella establece. Por tanto, en la base del sistema jurídico hay algo que es simultáneamente derecho y un hecho político.

La regla de reconocimiento permite identificar las normas que componen el sistema jurídico. Para Herbert Hart, esta es la última regla del ordenamiento jurídico, la que determina la validez o no de una norma jurídica, y con ello, su pertenencia o no al ordenamiento jurídico. Esta regla de reconocimiento **es el conjunto de criterios que permite que los operadores jurídicos y particulares identifiquen el derecho vigente.**

## DIFERENCIAS ENTRE LA NORMA FUNDAMENTAL DE KELSEN Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO DE HART

La regla de reconocimiento de Herbert Hart (1963) consiste en los criterios que jueces y funcionarios emplean para identificar el derecho vigente. Esos criterios pueden venir determinados en una Constitución o **en textos revestidos de autoridad**, leyes, práctica consuetudinaria, precedentes judiciales, declaraciones generales de personas legitimadas, etc.

Para Hart, la regla de reconocimiento es la última regla de un sistema jurídico, y por lo tanto, no sometida ella misma a los criterios de validez que establezcan otras normas. **Pero esto no significa que, como en la teoría de Kelsen (1979), se presuponga su validez ni que tenga una existencia hipotética, sino que, simplemente no es susceptible de ser calificada como válida o inválida.** La regla de reconocimiento se acepta para ser utilizada como criterio de validez de las demás normas del ordenamiento jurídico. Su existencia es un hecho real, es decir, se constata por un observador externo al sistema, y **su existencia equivale a la práctica concordante de los tribunales, funcionarios y particulares**, al identificar el derecho por referencia a ella.

## 7. CONCEPTOS ESENCIALES DE LA TEORÍA DEL DERECHO

### LOS CONCEPTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA

Los defensores del positivismo usan la expresión “validez” para referirse a la existencia y obligatoriedad de las normas jurídicas. Niegan que para ello el derecho positivo tenga que adecuarse a un “derecho natural”. La condición para que una norma jurídica sea válida consiste en que haya sido creada conforme al procedimiento indicado por otra norma de rango superior y por el órgano indicado por esta. Esto es lo que se llama “criterios formales de validez”.

La posición de Herbert Hart (1963) abre una brecha en la concepción de la validez que caracterizaba al positivismo jurídico, ya que este autor considera que para que el derecho sea válido no solo es importante que esté aprobado siguiendo el procedimiento oportuno, sino que además

debe ser aceptado hasta cierto punto por la ciudadanía (eficacia) y debe contener ciertos contenidos mínimos de derecho natural (es decir, no puede ser absolutamente injusto). Más adelante volveremos con más detenimiento a esta tesis de Hart, baste aquí con saber que Kelsen solo contempla la “validez formal” de las normas, mientras que Hart contempla también la “validez material”.

- **Validez jurídica formal:** hace referencia a la existencia de las normas jurídicas como normas que obligan si han sido **creadas por el órgano y siguiendo el procedimiento** de creación que establece una norma de rango superior.
- **Validez jurídica material** significa que la norma jurídica obliga **si adapta sus contenidos** a lo que establece una norma que se considera también superior. Cuando las corrientes ius-naturalistas defienden que el derecho positivo, para ser derecho que obligue, debe adecuarse al derecho natural, está adoptando una visión material de la validez.

Actualmente todos los Estados de Derecho adoptan conjuntamente ambos criterios de validez jurídica puesto que la Constitución, obligatoria en sus contenidos, se erige en la norma de rango superior de la que depende la validez del resto de las normas del sistema jurídico. Las **Constituciones**, desde el fin de la II Guerra Mundial, **recogen una serie de valores morales** que se consideran las bases del Estado. Estos valores son los **principios y derechos fundamentales**. El pensamiento constitucionalista permite adoptar conjuntamente ambos criterios de validez jurídica (Ruiz Resa, 2016).

Por lo tanto, estos valores y principios forman parte del sistema jurídico, no como parte de un derecho natural externo al sistema, sino **por estar incluidos en el propio ordenamiento**. Luigi Ferrajoli (1992), proponente del garantismo jurídico, sostiene que los valores recogidos en las Constituciones, consideradas leyes principales de los Estados, **son parte del propio Derecho y por lo tanto, deben respetarse por el resto de normas jurídicas**. Por tanto, los derechos, principios y valores constitucionales **son criterios materiales de validez, que deben respetarse junto a los criterios formales de validez** (procedimiento y órgano de

creación de la norma jurídica). Así, **una ley puede declararse inconstitucional** porque no cumple los requisitos formales para su creación o **porque contradice algunos contenidos constitucionales**.

Para el positivismo jurídico, del mismo modo que la validez no se identifica con la justicia, tampoco se identifica con la eficacia. **La eficacia significa que el derecho es cumplido por las personas a las que está destinado**. La eficacia del derecho es un hecho que puede ser observado empíricamente pero que **no afecta a la validez del derecho**. Una norma jurídica válida (aprobada siguiendo los cauces pertinentes) lo seguirá siendo aunque no se cumpla. Hart (1963) explica que la “**eficacia**” solo es relevante para la validez si las leyes del sistema jurídico establecen que una norma puede perder validez por desuso.

Ahora bien, Hans Kelsen (1979) señala que existe otra excepción en la que la pérdida de la eficacia conduce a la pérdida de la validez. Se trata del caso de una revolución armada, donde todo el sistema jurídico es sustituido por un nuevo orden. En la revolución la ciudadanía deja de cumplir el derecho del régimen anterior y pasa a respetar el derecho del nuevo régimen. Cuando todo el ordenamiento jurídico deja de ser eficaz, porque la gente deja de reconocerlo, entonces el derecho pierde también la validez. Si la revolución tuviese éxito y el nuevo régimen político comenzase a ser eficaz (los individuos se comportan de acuerdo con el nuevo orden), dicho nuevo orden sería considerado válido. Es decir, se respetarían sus nuevos criterios de validez normativa y se consideraría que son válidas aquellas normas aprobadas de acuerdo con la nueva Constitución. La validez de las normas no depende de cumplimiento, sino de cómo han sido creadas, pero **las normas de un sistema jurídico solo son válidas a condición de que el orden jurídico total sea eficaz**.

Según Kelsen, esta conexión entre la eficacia del sistema jurídico y la validez del mismo podría llevarnos a pensar erróneamente que en la teoría del derecho lo importante es si la ciudadanía cumple de verdad las normas jurídicas. Kelsen señala que solo si admitimos que el derecho es algo distinto al comportamiento efectivo de las personas **podremos determinar si un comportamiento humano es legal o ilegal**.

Herbert Hart (1963) señala, en el mismo sentido de Kelsen, que hemos de distinguir entre la ineficacia de una norma particular, que puede o no afectar a su validez, y **una inobservancia general de las normas del sistema**. Esta puede ser tan completa que todas las normas del sistema jurídico pierdan su validez. En este caso, los derechos y deberes de los particulares ya no estarían determinados por el sistema jurídico extinto. No obstante, incluso cuando un sistema jurídico desapareció hace miles de años sigue siendo posible hablar de sus normas en términos de validez siempre que lo hagamos desde el **punto de vista externo**, como el de alguien que estudia el derecho romano y la relación jerárquica entre sus normas. Sin embargo, Hart señala que habitualmente la diferencia entre validez y eficacia está más clara cuando se asume un punto de vista interno del derecho. El realismo jurídico confunde validez y eficacia cuando afirma que la validez de una norma consiste en que la misma sea utilizada realmente por los tribunales y, por tanto, que podamos predecir que esa norma va a determinar la resolución. Sin embargo, esa teoría supone mirar el derecho desde fuera, como alguien que intenta estudiar empíricamente, como si se tratase de un experimento científico, qué van a hacer los tribunales. Para la jueza que resuelve el caso, las normas no son una profecía o una probabilidad sobre cuál será su decisión, sino una parte importante de las razones por las que adopta una solución jurídica. Este es el **punto de vista interno** del derecho.

## LOS DERECHOS SUBJETIVOS

El concepto de “derecho subjetivo” se remonta a la antigua Roma y hace referencia a la facultad de **exigir que otros individuos hagan algo**, poniendo en marcha los mecanismos coactivos del derecho como **la que-rella, la denuncia o la demanda, agrupadas bajo la categoría “acción jurídica”**. Estas acciones se ejercen ante los tribunales o los órganos administrativos. El derecho subjetivo permite la utilización del sistema jurídico por parte del titular de dicho derecho subjetivo para obtener un determinado resultado. Son derechos subjetivos los derechos reales (sobre las cosas), así como los derechos personales y los permisos administrativos. Podemos iniciar un proceso para que sancionen a alguien que nos ha robado. Con nuestra demanda iniciamos el citado proceso, que

culmina con la creación de una norma individual por parte del tribunal (sentencia judicial). El actor desempeña un papel necesario para la creación de la norma individualizada por parte del tribunal. La naturaleza de un derecho subjetivo **consiste en la capacidad de intervenir en la creación del derecho.**

Hans Kelsen (1979) diferencia entre derechos subjetivos absolutos y relativos. Los absolutos son aquellos que afectan a la generalidad de la población (por ejemplo, nadie debe impedir que el propietario disponga de su propiedad). En los relativos, el deber afecta a un individuo o un grupo de individuos concretos, por ejemplo, a quienes son deudores de un contrato, respecto al acreedor o acreedores. Por tanto, un derecho puede tener origen en un contrato, una ley, una sentencia judicial, etc.

El concepto de derecho subjetivo que aplicamos a las relaciones civiles y particulares **no debe confundirse con el concepto de derechos humanos** (las libertades y derechos de los ciudadanos que vienen en las “declaraciones de derechos” de los tratados internacionales). Los derechos subjetivos pueden ser creados por leyes o contratos y no son necesariamente justos (pensemos en el derecho subjetivo de un fondo buitre a desahuciar a una familia que es propiedad de dicho fondo). Sin embargo, los derechos humanos tienen importantes connotaciones éticas, proceden de una larga tradición filosófica y los tratados internacionales que los recogen han sido ratificados por cientos de Estados.

Hans Kelsen señala que **existen similitudes** entre los derechos subjetivos y los derechos humanos. Por ejemplo, el derecho de sufragio **produce el deber** de la mesa electoral de recibir y contar los votos. Muchos derechos humanos implican prohibiciones y mandatos dirigidos a los órganos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Pero Kelsen considera que los derechos humanos solo deberían llamarse “derechos” cuando concedan al individuo la posibilidad de reclamar su cumplimiento ante los tribunales.

Sin embargo, los **pensadores iusnaturalistas** que crearon las primeras “declaraciones de derechos” consideraban que los derechos existen con independencia de si el Estado los reconoce y con independencia de que pudieran dar lugar a acciones jurídicas, dado que **tales derechos serían**



**atributos inherentes a todas las personas, por naturaleza, por el solo hecho de ser seres humanos.**

Por tanto, para Kelsen el concepto de “derecho subjetivo” remite de modo indisoluble al concepto de “deber”. Antonio Peña (2009) expone que uno de los defensores más conocidos de esta **vinculación entre el derecho y el deber** fue **Hohfeld** (1919), que sostuvo que una persona tiene un derecho cuando otra tiene un deber correlativo de hacer o no hacer algo. Otras posiciones de la teoría del derecho han sugerido otros elementos esenciales al concepto de “derecho subjetivo”. Por ejemplo, Hart (1982) señala que un derecho subjetivo es una **voluntad** protegida (una persona es libre para hacer algo y las demás personas tienen el deber de no impedir que lo haga). Savigny, principal representante de la escuela histórica del derecho del siglo XIX ya había destacado anteriormente esta **vinculación entre el derecho subjetivo y la voluntad de la persona** (Savigny, 1981). Por su parte, Bentham (1782), desde el utilitarismo consideraba que lo determinante para tener un derecho no es la voluntad personal sino **el beneficio que yo puedo obtener** del cumplimiento ajeno de una obligación. Por tanto, lo relevante sería que existe un aspecto de mi bienestar (**interés**) que la sociedad considera lo suficientemente importante como para imponer a los demás el deber de respetarlo.

Como vemos, todos estos pensadores vinculan el concepto de “derecho subjetivo” al de “deber”. Como destaca Antonio Peña (2009) es importante mantener esta vinculación entre el derecho y el deber, también en el caso de los **“derechos humanos”** pues de lo contrario los derechos **podrían ser confundidos con retórica vacía**, meros ideales, virtudes o heroísmo moral. Los derechos se diferencian de los ideales éticos en que los primeros constituyen un límite infranqueable que requiere protección jurídica. Desde este punto de vista, las declaraciones de derechos demasiado filosóficas pueden convertirse en papel mojado, porque apuntan hacia ideales morales muy elevados pero no logran plasmarse en deberes concretos ni en ninguna otra **función para su titular**. En la sociedad actual se da el nombre de “derechos” a principios que inspiran a los poderes públicos pero que no pueden ser exigidos ante los tribunales, como es el caso del derecho a la vivienda.

Frente a este punto de vista, en lo concerniente a los “derechos humanos”, la filósofa Martha **Nussbaum** (2012) defiende una visión más cercana al “iusnaturalismo”. Nussbaum defiende la primacía del concepto de “derecho” frente al concepto de “deber”, pues sostiene que el deber carece de contenido si no existe antes un “derecho”. Los derechos serían un contenido moral mínimo, la base que consideramos imprescindible que la sociedad garantice para el desarrollo esencial de las capacidades humanas. La **existencia de un derecho no dependería**, por tanto, **de que el Estado logre garantizar el cumplimiento de unos deberes** correlativos. Para la filósofa norteamericana, los derechos humanos serían **pre-políticos** y deducibles a partir de una reflexión sobre las necesidades humanas y la vida digna.

## EL SUJETO DE DERECHO

La palabra “**sujeto**” deriva de la palabra latina “subiectum”, que significa “sometido” o “puesto debajo de”. Podríamos pensar que el concepto “sujeto del derecho” se remonta históricamente a la sujeción de los súbditos con respecto al Estado. Pero en realidad, como explica Alejandro Guzmán (2002), el uso de este término en el derecho se remonta a otra de las definiciones de “subiectum”: la traducción del término griego “ousía” (sustancia), que designa a la parte de una oración que nombra a la cosa, **en oposición al “praedicatum” (predicado u objeto)**.

Alejandro Guzmán (2002) explica que la palabra “sujeto” no se utilizaba en el derecho romano ni en el medieval. **El término que se empleaba en el derecho romano era “persona”**, que es la traducción latina del término griego “prosopon” (**máscara** que se ponían los actores). Por extensión, la palabra “persona” comenzó a extenderse a los **“actores” de la vida política y jurídica**. Más adelante se consideró que solo eran personas los ciudadanos romanos, por contraposición a los esclavos y los extranjeros, que no podían ser personas en sentido jurídico. El cristianismo reivindicó para todos los seres humanos la categoría de persona (Chávez Ascencio, 1993).

Retornando al concepto “sujeto de derecho”, este no existía en el mundo romano. La palabra “subiectum” (sustancia) fue un término de la metafísica y la lógica que no comenzó a usarse en el derecho hasta el siglo

XVII, con Hugo **Grocio y Pufendorf**. Estos filósofos utilizaron el término **“sujeto de derecho”** refiriéndose a la **persona como única sustancia-“subiectum” que tiene facultad moral y derechos “ius”**, a diferencia de las otras sustancias (los animales y las cosas).

Fue Leibniz quien inició el uso técnico del concepto “subiectum iuris” identificando al “sujeto del derecho” con la persona humana, en el contexto de las proposiciones lingüísticas concernientes a los derechos y las obligaciones. Dicho término fue recogido por Kant, con el mismo uso, extendiéndose en el lenguaje de los juristas alemanes formalistas del siglo XIX.

Por tanto, el **“sujeto de derecho” alude a la persona como actor del derecho y como sujeto de los enunciados jurídicos**. Como explica Alejandro Guzmán (2002), el hecho de que el término “sujeto de derecho” reemplazase al de “persona” abrió la posibilidad, desde el comienzo de su uso, de que el “sujeto de derecho” (por ejemplo, el propietario) pudiera referirse en algunos casos a una cosa, una entidad asociativa o un animal, si bien los autores racionalistas como Leibniz defendieron que los derechos solo deberían predicarse de las personas humanas.

María Luisa Balaguer (2021) señala que no puede haber derecho sin la existencia de un sujeto. El derecho puede tratar sobre objetos o incluso sobre bienes intangibles como el honor, pero **solo podemos hablar de derechos si hablamos de un sujeto que los exija o disfrute**. El liberalismo clásico estableció que **solo las personas pueden ser sujeto de derecho** (aunque es necesario reseñar que no todas las personas podían serlo, pues en el liberalismo ilustrado las mujeres fueron excluidas de la ciudadanía y sus derechos).

Carlos de Cabo (2006) expone que **el análisis marxista** del materialismo histórico transformó la concepción liberal del sujeto jurídico al exponer que los individuos ocupan posiciones más fuertes o más débiles en función de su clase social. Las clases determinan las oportunidades reales de cada persona y esto implica que la sociedad política no puede entenderse como un mero contrato social entre individuos. Como consecuencia, los contratos laborales y otras relaciones jurídicas no pueden comprenderse bien sin aludir a **la jerarquía entre las clases**. La influencia socialista determinará **la aparición de grupos sociales con relevancia jurídica**.

Junto al socialismo, para la evolución de la noción de sujeto jurídico ha sido clave la influencia del **movimiento feminista**. El feminismo ilustrado y sufragista señaló que las necesidades de los varones habían sido declaradas “derechos humanos” pretendidamente universales. La universalidad de los derechos solo podría realmente ser tal mediante el reconocimiento de los derechos de las mujeres y la remoción de la jerarquía entre los sexos. Estas reflexiones condujeron al progresivo **reconocimiento jurídico de las mujeres como sujeto colectivo**.

La conciencia de que **el sujeto del derecho está encarnado y tiene un contexto social** incidió sobre el desarrollo de derechos para otros grupos poblacionales, pues las personas tienen unas concretas características de sexo, edad o capacidad física que demandan derechos específicos (pensemos en el derecho de la infancia a ser cuidada y a recibir una educación). La “Declaración Universal de Derechos Humanos” se complementó con importantes Convenciones internacionales dedicadas a grupos poblacionales: la infancia, las víctimas de discriminación racial, las personas migrantes o las personas con discapacidad, entre otros. Estas convenciones enriquecieron el contenido de los derechos humanos, pues permiten **combatir las desigualdades sociales identificando las necesidades de cada grupo**. Con la paulatina relevancia jurídica de los grupos, fue abandonada la perspectiva que **entendía los derechos como predicados de un ser humano indiferenciado** y carente de contexto social.

Actualmente nuestra Constitución reconoce la posición colectiva de los individuos en el artículo 9.2, donde obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos para que el derecho de igualdad de los individuos “y los grupos en que se integran” sea real y efectivo. Existen en nuestro ordenamiento jurídico derechos colectivos que corresponden a los sindicatos, o bien a asociaciones de consumidores y usuarios, etc., pero **lo habitual es que el titular del derecho sea un individuo** cuya posición colectiva se considera jurídicamente relevante.

En el pensamiento liberal se percibe nostalgia por el **ideal de un sujeto abstracto** y preocupación por la atomización del ordenamiento jurídico en grupos y por una posible quiebra del principio de igualdad. La pretensión liberal encuentra límites en la propia naturaleza del derecho,

pues es inevitable que las disposiciones normativas se sustenten sobre categorías de individuos. Por ejemplo, **sujetos activos que cometen delitos y sujetos pasivos, que los sufren**. Así, en el caso de la prevaricación, el sujeto activo es un funcionario público. La mayoría de conductas solo pueden realizarse o sufrirse desde determinadas posiciones sociales que pueden ser categorizadas en grupos (personas con discapacidad, niños y niñas, tutores, personas que trabajan por cuenta ajena, personas que realizan determinadas profesiones, personas propietarias, etc.). Sin embargo, es cierto que la universalidad de los derechos ha llegado a quedar opacada, como si el paradigma fundado sobre las necesidades humanas hubiera sido desplazado por un nuevo paradigma que fundamenta los derechos en las identidades grupales.

Este debate conecta con el surgimiento de sujetos impersonales como **los pueblos o el planeta tierra**. En este contexto, Martha Nussbaum (2012) recuerda que son los seres humanos (y no los pueblos o los grupos en sí mismos) los que **sufren y los que gozan**. En su opinión, el sufrimiento y el placer deberían ser los elementos determinantes para ser sujeto de derecho. Por otro lado, Martha Nussbaum defiende, remitiéndose a filósofos de la tradición liberal como Bentham, que **los animales** experimentan placer y sufrimiento. Los animales pueden tener intereses y, por tanto, desde el punto de vista de esta filósofa, estos podrían ser sujeto de derecho.

## EL BIEN JURÍDICO

Un “bien jurídico” es un bien, material o inmaterial, **protegido por el derecho** (por ejemplo, la “**salud**”, la “**vida**” o la “**libertad sexual**”). Es un “bien” porque se considera necesario o útil para la vida de las personas y para el conjunto de la sociedad. Pero dicho bien solo se convierte en “jurídico” cuando se crea una norma jurídica para protegerlo, normalmente mediante una sanción que castiga las conductas que lo vulneren. Si no existe una norma que lo protege, no nos encontramos ante un “bien jurídico”.

El concepto “bien jurídico” es especialmente importante en el derecho penal, pues los **delitos del Código Penal están agrupados** en función

de **los bienes jurídicos lesionados** (por ejemplo, el “robo” y el “hurto” son delitos contra la propiedad, mientras que el “asesinato” y el “homicidio” son delitos contra la vida”). El sujeto pasivo dañado puede ser una persona, pero también puede ser el Estado, la sociedad o la comunidad internacional.

Cristina García Arroyo (2022) indaga el debate doctrinal sobre el concepto de “bien jurídico”. El autor Karl Binding definió el “bien jurídico” como **aquellos que los legisladores consideren valioso** para la comunidad jurídica. Así, el bien jurídico sería una creación del derecho. Sin embargo, Franz Von Liszt señaló que el bien jurídico **no es creado por el ordenamiento jurídico**, sino que se trata de un interés vital para el individuo o la sociedad: “la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de la correspondencia eran intereses vitales, como los derechos de autor e inventor, mucho antes de llegar a estar garantizados por la Constitución o por las leyes penales”. Lo que sí hace el Estado es proteger dicho bien preexistente, convirtiéndolo en jurídico. Ha de matizarse que, aunque esta reflexión de Von Liszt pueda parecer iusnaturalista, el autor defiende un punto de vista denominado “positivismo sociológico”, pues considera que los **intereses sociales** van cambiando conforme cambia la sociedad, de manera que también han de hacerlo los bienes jurídicos.

Von Liszt considera que el “bien jurídico” funciona como **límite al poder del Estado**, pues este debe **restringir la intervención punitiva** a aquellas situaciones contempladas por el derecho que sean realmente dañosas para la sociedad. El “bien jurídico” es un concepto clave para el desarrollo del Estado social, pues el nuevo papel del Derecho penal **no es el castigo**, sino garantizar la **satisfacción de intereses** importantes para el conjunto de la sociedad.

## TEORÍA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

“**Hermenéutica**” en su etimología procede del griego “hermeneutiké” y **significa “interpretación”** o “expresión de un pensamiento”. En Platón, el término designa a los poetas como intérpretes de la voluntad de los dioses, así como a la técnica de interpretación de los oráculos y signos divinos. Sin embargo, Aristóteles confiere a la hermenéutica una vinculación con la teoría del conocimiento, al referirse a la traducción de las cosas al pensamiento y del pensamiento a las palabras por medio de los juicios y proposiciones.

Actualmente el término “hermenéutica” se refiere a **una teoría del conocimiento propuesta por Hans Gadamer**, en su obra “Verdad y método” (1997) y denominada así en referencia al dios “Hermes”, mensajero de los dioses. Esta epistemología contemporánea tiene precursores como **Scheiermacher**. Dicho filósofo se preguntaba cómo es posible comprender un texto o una afirmación oral. Según su teoría, el intérprete tiene que **buscar la identificación con el autor del texto**, recreando la mente de aquel, de modo que la comprensión es una fusión entre la mente del intérprete y la del autor. Otro de los precursores de la hermenéutica fue **Dilthey**, que sostuvo que la comprensión se produce cuando el intérprete logra **situarse en el contexto vital originario del texto**. Esto es posible porque tanto el autor como el intérprete están situados dentro de la “vida humana universal”. La comprensión es posible porque las vivencias del intérprete y su propio contexto histórico le proporcionan los conocimientos necesarios para entender. **Heidegger** es el tercer antecesor de la hermenéutica, que consideró que esta va más allá de ser un método para interpretar textos o expresiones, puesto que puede aplicarse a la comprensión de la totalidad de la realidad. Heidegger formula la hermenéutica como un método para superar el subjetivismo moderno y posibilitar la comprensión del ser mediante el famoso **círculo hermenéutico** que pone en conexión la precomprensión del autor (biografía e historia) y **la verdad interna del texto** u objeto estudiado.

Consideramos que la hermenéutica es una aproximación adecuada para la comprensión del derecho, mientras que las metodologías de las ciencias empíricas no se adaptan adecuadamente a la mayoría de las labores cotidianas de las profesiones jurídicas o de la investigación en materia de derecho. El derecho es una disciplina en la que los hechos, las normas y el discurso se ponen en relación. En el derecho, traducimos el lenguaje abstracto de la norma a la práctica y tratamos de convencer, por medio del discurso, acerca de la veracidad de unos hechos y acerca de la razonabilidad de una argumentación.

La perspectiva hermenéutica compatibiliza la búsqueda de la verdad con la existencia de varias respuestas posibles, pero no cae en el relativismo de dar por válida cualquier solución jurídica. Se trata de un acercamiento al derecho que nos permite elaborar o juzgar varias argumentaciones y decantarnos por las opciones interpretativas más justas y más consistentes con el ordenamiento jurídico.

## 1. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

La hermenéutica es una disciplina que se ocupaba de la interpretación de textos literarios y religiosos. Pero desde el siglo XIX experimentó un desarrollo expansivo que la convirtió en un método adecuado para la comprensión de los contenidos de cualquier disciplina de humanidades, ciencias sociales o jurídicas. **La hermenéutica es el método para la interpretación de cualquier enunciado.** Como señala Hans Gadamer (1997), el nombre alude a “Hermes”, el mensajero de los dioses, capaz de trasladar mensajes entre distintos mundos. En este sentido, la hermenéutica permite conducir una norma jurídica (surgida en un determinado contexto) a su lugar en el caso (correspondiente a otro contexto). El método hermenéutico de interpretación de textos se desarrolla **en la Edad Media y se dividía en tres partes:**

1. Comprensión
2. Interpretación
3. Aplicación



Sin embargo, como expone **el citado Gadamer** (filósofo del siglo XX y **principal teórico de la hermenéutica**), estos tres elementos no están realmente separados. No podemos entender nada si no lo interpretamos. **Las cuestiones del lenguaje** son necesarias para la comprensión. También es artificial separar la comprensión (teoría) y la aplicación (práctica). En el derecho vemos claramente que **las normas solo pueden comprenderse a la luz del caso que queremos resolver**. No hay un sentido puro del texto, ajeno a todo contexto. El momento aplicativo, aunque sea imaginario, está presente en el fenómeno de la comprensión.

La hermenéutica reivindica la importancia del “caso concreto” en el conocimiento. Pierre Pescatore (1996) denomina a esto “**punto de vista problemático**”, que sería opuesto al “normativista”. La clásica perspectiva normativista supone deducir la solución a partir de la regla, siendo la regla el inicio de un razonamiento unilineal. El modelo problemático supone **partir de una pregunta**, del problema que el caso nos plantea. El Derecho despliega entonces posibles alternativas interpretativas más que descubrir una solución única. La perspectiva problemática implica también que interpretar y aplicar son dos conceptos entrelazados. La necesidad aplicativa orienta la interpretación de las normas determinando el sentido de las mismas.

#### LA PRECOMPRESIÓN Y EL JUEZ HÉRCULES

La concepción hermenéutica del conocimiento **rechaza la idealización de la neutralidad o la imparcialidad**, dado que estos conceptos suelen suponer un esfuerzo de cancelación de las propias emociones o del propio conocimiento anterior. Pero no hay que aspirar a librarse de todas las ideas previas sino **tomar conciencia de nuestros propios sesgos** para controlarlos y lograr una correcta comprensión.

**Gadamer** (1997) propone **un nuevo significado de la palabra “prejuicio”**, que define como “juicio previo”. Es decir, se refiere a una base de conocimientos previa, sin la que sería imposible comprender nada (también podemos hablar de “precomprensión”). Si entendemos los prejuicios de esta manera, no todos los prejuicios son falsos o ilegítimos. **Un juicio previo puede ser confirmado o refutado por los hechos**. Lo

esencial es que tengamos **apertura**, que no intentemos forzar las normas o los hechos para que digan lo que nos interesa.

La **precomprensión** no ha de entenderse como algo puramente subjetivo pues además de la ideología y la biografía del intérprete, **también está integrada por conceptos adquiridos durante su formación y por las prácticas profesionales** (Requena, 2001). Así, encontramos elementos subjetivos que inciden sobre la interpretación jurídica: ideología política, religión, valores éticos, estado de ánimo, personalidad, experiencias biográficas, afinidades personales, deseos, intereses, etc. Pero también hay elementos externos como los precedentes y prácticas profesionales (por ejemplo, el empleo de plantillas), la formación académica, las concepciones del derecho aprendidas durante los estudios, el lenguaje jurídico, la lengua materna, las concepciones generales de la sociedad sobre el constitucionalismo, la democracia, los derechos humanos, los principios y valores fundamentales, etc. **Dworkin** (1995) destaca que **la carrera de derecho y el proceso de estudiar unas oposiciones** para llegar a ser juez o jueza también conllevan un sesgo conservador. En efecto, la carrera de derecho genera en los y las estudiantes una preferencia por ideales como la disciplina, el esfuerzo, la formalidad, el pragmatismo, la moderación, la importancia de la memoria y el conocimiento acumulado, el respeto al principio de legalidad y una orientación hacia el mantenimiento del statu quo y la búsqueda del acuerdo. Con respecto al estudio de unas oposiciones, y particularmente las de judicatura, produce un sesgo de clase social, puesto que solo aquellos opositores que cuentan con familias que pueden encargarse de su sustento pueden dedicar cinco años a un estudio intensivo a jornada completa. Es más, aquellos que cuenten con alternativas laborales aseguradas tienen más probabilidades de embarcarse en una apuesta incierta. Todos estos elementos que integran la precomprensión no solo condiciona la comprensión de las normas, sino que también afectan a la percepción de los textos, a nuestro modo de entender la controversia jurídica que se nos presenta, etc.

Gadamer (1997) considera que la ciencia se ha convertido en el paradigma de la verdad. Incluso las llamadas “**ciencias sociales y jurídicas**” aspiran a menudo a obtener verdades matemáticas o empíricas. Sin

embargo, la interpretación del derecho no puede resolverse mediante la aplicación de esquemas matemáticos porque el objeto del derecho (la sociedad) cambia continuamente y además la persona juzgadora tiene principios éticos, de modo que analiza el mundo social desde ese compromiso, desde esa precomprensión. La interpretación del derecho requiere **ir más allá del método científico**.

La legitimidad de la influencia de la precomprensión sobre la labor judicial cambia en función de la filosofía jurídica que se adopte. En la **cultura jurídica continental** se ha considerado tradicionalmente que el trabajo de la judicatura se limita a aplicar el derecho mediante una sencilla operación de subsunción. Esta concepción está asociada, como sabemos, con el desarrollo del Estado de Derecho. Así, en la Francia napoleónica la creación del derecho quedó reservada al legislativo con la doctrina de la separación de poderes. Sin embargo, **en el mundo anglosajón**, la interpretación judicial se considera una tarea creativa.

**Dworkin** (1995), importante teórico del derecho que se adscribe a la **filosofía hermenéutica**, sostiene que más allá de la aparente multiplicidad de soluciones que el derecho ofrece a cada problema, **existe en cada caso una respuesta correcta** y el papel del juez/a es encontrarla. **El juez Hércules** es el modelo ideal de alguien capaz de llevar a cabo esta tarea de ir más allá de lo meramente normativo. Consciente de su falta de legitimidad para crear normas, emprende la tarea de encontrar la solución jurídica y moral que realmente ya se encuentra en el interior de la Constitución. Sostiene que en la Constitución hay un orden objetivo de valores que puede descubrirse buceando en el ordenamiento jurídico y en las convicciones sociales. La decisión deberá justificarse con la guía del **principio de integridad**. Deberá **elaborar una teoría coherente** que permita justificar toda la red de estructuras y decisiones políticas de su comunidad. En esta labor, el juez/a actúa desde una moral política que descansa en la defensa de los derechos de los individuos. Dicha moral política no equivale exactamente a la moral mayoritaria ni tampoco a la moralidad individual del juez. La decisión debe ser coherente con las que anteriormente tomaron otros jueces y funcionarios. El nombre de este juez imaginario no es casual, pues el trabajo que Dworkin le encomienda es verdaderamente “hercúleo”: se trata de conocer por completo

el derecho y profundizar en el caso, en todas sus dimensiones, y resolverlo, encontrando la respuesta que logre armonizar todos los elementos.

Dworkin utiliza otra interesante metáfora, **la novela encadenada**, para clarificar mejor la diferencia entre crear derecho nuevo e interpretar de modo creativo el derecho previo. Supongamos que un grupo de novelistas forman parte de un proyecto de novela encadenada, en el que un pequeño número de los mismos redacta un capítulo de apertura y luego se lo envía a otros para que añadan un capítulo, con instrucciones para continuar la novela. A su vez, estos enviarán la novela a un tercer grupo, y así sucesivamente. Cada novelista excepto el primer grupo, tiene la doble responsabilidad de interpretar todo lo anterior y crear algo nuevo. En este ejercicio imaginario se espera que los novelistas tomen su responsabilidad seriamente y creen una sola y unificada novela, en lugar de una serie de historias cortas independientes con personajes que lleven los mismos nombres. El derecho es parecido a la novela encadenada, especialmente en el common law. Cada juez/a debe leer lo que los jueces del pasado han escrito, no solo para descubrir lo que han dicho, sino para encontrar el sentido de esa solución en el conjunto del sistema jurídico, del mismo modo que cada escritor ha de leer toda la novela para formarse una opinión. Cada juez buscará argumentos aplicables a casos similares, correspondientes a filosofías políticas distintas, en coyunturas sociales distintas. El juez puede tener que elegir entre dos teorías sobre el sentido de esa cadena de decisiones, pero la tarea de buscar la mejor interpretación posible no implica la licencia para el juez de inventar una historia mejor. Cuando una ley o Constitución, u otro documento legal forma parte de la historia doctrinal, estos materiales juegan un papel importante. La judicatura debe encontrar la respuesta correcta entre sentidos muy diferentes entre sí, y entre las distintas posibles intenciones del legislativo.

Dworkin señala que **la política tiene un papel fundamental en las decisiones judiciales**, y no solo en los casos más obvios, como los litigios de derecho constitucional. Encontramos opiniones de orientación más liberal, más socialista o más conservador. Los abogados conservadores suelen acusar a los demás, que usan criterios con más atención a los resultados igualitarios, de inventar más que interpretar el derecho. Pero

según Dworkin, estos reclamos lo que hacen es esconder el rol que sus propias opiniones políticas desempeñan en su elección de estilo interpretativo. El debate sobre las normas se vería más iluminado si se reconociese la relevancia de la teoría política, no como corrupción de la interpretación, sino como parte de lo que interpretar significa.

**Prieto Sanchís** (1991) discrepa de la tesis dworkiniana de que existe una “respuesta correcta” que el juez/a busca exclusivamente en materiales exteriores. Señala que, a partir de cierto punto, un juez y en especial el juez constitucional, puede verse obligado a dar “un salto sin red”, es decir, sin la seguridad que proporciona el complejo entramado jurídico y moral y es entonces cuando el intérprete reúne todas las condiciones para ser calificado como sujeto plenamente responsable de la decisión que adopta. Es en esos casos en los que **la motivación racional de las decisiones** adquiere una relevancia crucial, pues es lo que permite que ese salto sin red no sea arbitrario. Por tanto en la hermenéutica existen elementos ideológicos, cuya legitimidad no procede de la aceptación de la filosofía política incorporada a la Constitución, sino de la razonabilidad de su argumentación. El intérprete debe mostrar que su decisión es la máxima expresión de la razón práctica.

**Häberle** quizá es uno de los teóricos contemporáneos más dispuestos a integrar en la interpretación jurídica todos esos aspectos éticos, sociales y políticos que el positivismo jurídico considera “extrasistemáticos”. Su tesis de **la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales** implica que la ciudadanía y la opinión pública producen interpretaciones del derecho (Cervati, 2006). Se produce un concierto entre los intérpretes en sentido amplio (ciudadanía y opinión pública) y los intérpretes en sentido estricto (Tribunal Constitucional, jurisprudencia, legislativo y ejecutivo). La ciudadanía participa en la acción de las instituciones como demandantes y demandados, personas expertas que elaboran dictámenes, asociaciones y partidos políticos que intervienen ante los tribunales, grupos de presión, participantes de las audiencias de los procesos administrativos, etc. Al margen de dicha institucionalización, la interpretación realizada por la ciudadanía adquiere relevancia a través de las columnas y noticias en medios de comunicación, las tertulias televisivas y radiofónicas, las iniciativas ciudadanas, las asociaciones, los partidos

políticos, las obras audiovisuales, las editoriales, etc. La doctrina académica del profesorado universitario también tiene un papel importante reflexionando sobre las leyes y las sentencias judiciales. Pese a lo señalado, hay que destacar la especial relevancia jurídica que tiene la interpretación “oficial” realizada por los Tribunales Constitucionales, pues su interpretación prevalece sobre las demás.

## SUBSUNCIÓN Y PONDERACIÓN

Según parte de la tradición jurídica, la judicatura y los operadores jurídicos siempre deberían resolver los casos **mediante la subsunción**, es decir, a través de un silogismo, que es un proceso lógico deductivo formado por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. La premisa mayor es una norma, “el que matare a otro será castigado con pena de prisión”. La premisa menor es el caso, “p ha matado a q”. La conclusión se deduce de aplicar la premisa mayor al caso concreto: “por tanto, p será castigado con pena de prisión”.

Frente a este punto de vista, **las teorías del derecho realistas y hermenéuticas**, consideran que en la mayoría de los casos el papel de la judicatura es más creativo que la mera subsunción del caso en la norma, pues deben valorar otros elementos como los intereses sociales en juego y los derechos fundamentales, de modo que podría surgir un conflicto entre normas jurídicas vigentes y principios del derecho.

Una de las principales propuestas hermenéuticas es la de Ronald **Dworkin** (1980), que sostuvo que en el derecho hay dos tipos de normas: reglas y principios. **Las reglas se aplican mediante un silogismo**, es de decir, de modo “todo o nada” (**o se aplica o no se aplica**). Por ejemplo, no se aplica una regla si hay otra de rango superior o si la competencia la tiene otra ley. Sin embargo, en caso de colisión entre **principios, los casos se resuelven mediante ponderación**. En la ponderación, cada principio es como uno de los platillos de una balanza, no siempre pesa lo mismo, sino que su peso dependerá de lo que en cada caso concreto le pongas encima a cada platillo. Si un principio tiene más peso en una colisión entre principios, eso no significa que el otro sea menos importante o que siempre vaya a “perder”. Un ejemplo de colisión en

principios sería cuando un reportero acosa a una persona famosa para indagar sobre su vida, ¿deben primar el derecho a la información o el derecho a la intimidad de esta persona? O pensemos en otro caso: un humorista hace chistes racistas y sexistas, ¿primaría su libertad de expresión o la dignidad de los grupos implicados?, ¿qué debería hacer un juez o una jueza en estos casos?

**Robert Alexy** (1989) explica que todos los derechos entran en la balanza de la ponderación cuando colisionan con otros, sin importar que a priori nos parezcan más importantes o menos importantes. Por ejemplo, puede que jurídicamente parezca más importante la experimentación médica que los derechos de los animales con los que se experimenta; pero puede haber conductas de crueldad con los animales que no estarán justificadas en un caso específico. Pueden aportarse reglas para resolver las colisiones de derechos de forma proporcional, pero siempre será necesaria una valoración caso por caso.

Alexy recoge **tres pasos para resolver colisiones de derechos de acuerdo con el principio de proporcionalidad**, desarrollados por la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, pero que se aplican por todos los tribunales constitucionales. Para entender los tres pasos vamos a poner el ejemplo de una jueza que se está planteando autorizar que se “pinche” el teléfono de un sospechoso para descubrir si ha cometido el delito:

1. **Idoneidad:** implica que un derecho solo puede ser limitado si hay un fin constitucionalmente legítimo que lo justifique. En el ejemplo propuesto, la jueza no vulneraría la intimidad del sospechoso por capricho, sino para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva y el cumplimiento de las leyes. Se trata de fines constitucionalmente legítimos.
2. **Medio más benigno:** entre todas las limitaciones al derecho fundamental, se debe adoptar la más benigna con el mismo. En el ejemplo propuesto, la jueza se pregunta, ¿hay algún modo de esclarecer el caso sin tomar esta medida tan lesiva contra su intimidad?, ¿puedo obtener esta información de alguna otra manera?

3. **Proporcionalidad en sentido estricto:** Cuanto mayor sea el grado de afectación de un principio, mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. En el ejemplo propuesto, no es lo mismo si el delito investigado es un asesinato que si es un mero hurto. Si el caso es muy grave e importante, puede estar justificado tomar una medida muy invasiva contra la intimidad, mientras que si el caso es menos grave la medida será desproporcionada.

Cuando se ponderen los derechos también es necesario tener en cuenta que, si vamos a restringir mucho un derecho fundamental, es necesario que haya una **prueba empírica suficiente de que los hechos son como pensamos y debe haber normas que respalden de forma sólida la restricción que vamos a realizar**. En el ejemplo propuesto, ¿qué motivo lleva a la jueza a considerar que esta persona es sospechosa?, ¿existen indicios incriminatorios, o la sospecha se funda en que una adivina llegó a la comisaría afirmando que ese hombre había cometido el delito? Como vemos, la prueba es un elemento fundamental para tomar una decisión proporcionada. Con respecto a la norma que respalde la decisión, nos preguntaremos ¿esa jueza es la autoridad legalmente competente para autorizar esas escuchas?

Es necesario señalar que en la ponderación existe un **problema de inconmensurabilidad**: ¿cómo podemos medir dos derechos en conflicto que tutelan objetos distintos y que por ello son aparentemente inconmensurables? Según Alexy (1980), los jueces no pueden suprimir sus valoraciones emotivas, intuiciones y concepciones morales sobre los fines del derecho. No es posible crear un método de reglas procedimentales para obtener una respuesta siempre correcta para todos los conflictos. Estos principios de la jurisprudencia alemana solo pretenden orientar a los jueces y juezas para que tomen decisiones difíciles de un modo racional. La resolución final implica, en efecto, una decisión ética y responsable. La finalidad de estos tres pasos es que las decisiones estén bien argumentadas y tengan en cuenta todos los aspectos importantes.

Juan Antonio García Amado (2009) critica que la ponderación sirve para justificar el **decisionismo judicial**, es decir, que el poder judicial



decida según sus propias opiniones y no según las leyes, resolviendo cada caso de modo particularista y poniendo en peligro la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley (universalismo). Sin embargo Manuel **Atienza** (2010) considera que la ponderación sí cumple el criterio de universalidad pues la argumentación que escribe el juez sigue unas reflexiones lógicas que pretenden poder aplicarse a cualquier caso similar (por ejemplo, en casos de homicidio con circunstancias similares a este, deben autorizarse las escuchas). Las decisiones mantienen entre sí un importante grado de coherencia y **pretenden universalizar sus criterios mediante el precedente. Las tres reglas que hemos expuesto permiten establecer criterios racionales de prioridad entre principios en circunstancias determinadas.** Por supuesto las decisiones judiciales son susceptibles de ser criticadas y modificadas dado su carácter fundamentado.

Para concluir es necesario indicar que no solo el poder judicial realiza juicios de ponderación. Las reglas mencionadas más arriba pueden ser empleadas por **cualquier persona** que tenga que tomar una decisión basada en el principio proporcionalidad. Por ejemplo, ¿puede un policía utilizar unas esposas para detener a un sospechoso?, ¿puede utilizar una maniobra de artes marciales?, ¿puede amenazar al detenido empuñando el arma? La respuesta es que, si la persona no se resiste, no debe emplear ninguno de estos mecanismos, pues solo deben emplearse cuando su uso sea proporcionado.

#### LOS TRES PASOS DE LA INTERPRETACIÓN. EL CÍRCULO HERMENÉUTICO

Un debate relevante en la hermenéutica jurídica es el concerniente a la pregunta: ¿existe una interpretación objetiva de las normas?, ¿hay un determinado marco de sentidos impuesto por la norma?, ¿hay un núcleo de certeza?, ¿existe un conjunto de respuestas correctas en cada caso? La tesis de **Gadamer** (1997) es que sí hay un **horizonte de sentido** que hemos de encontrar en el texto. El texto contiene **interpretaciones contradictorias**, pero eso no significa que cualquier interpretación sea igual de válida. **La literalidad del texto implica también unos límites.** Solo podemos entender la norma si nos imaginamos un problema parecido

al que esta trataba de resolver cuando se redactó. Esto es, hemos de situarnos en el horizonte de sentido del texto (donde se encuentran todos sus sentidos posibles). El texto muestra la respuesta a una problemática que había en el momento en que surgió y, **si la norma pervive es precisamente porque pervive en parte la problemática**. La comprensión consiste en **la fusión de los horizontes**. En la comprensión del texto se produce la fusión entre dos mundos: el del problema ante el que surgió la norma y el del caso concreto actual que queremos resolver. La persona intérprete tal vez tenga que plantearse algunas cuestiones que el poder legislativo no pudo imaginar. Pero esto no implica que la norma permita cualquier interpretación posible.

Konrad Hesse (1992) considera que **el límite a la interpretación radica en el propio texto**. Si una interpretación está en clara contradicción con el texto, está transgrediendo los límites. No cabe desviar el texto y eludir los procedimientos democráticos de la reforma constitucional por medio de la interpretación. Tampoco se pueden introducir temas completamente distintos a los que están en la norma.

Por tanto, no debemos forzar los textos para que digan aquello que pretendemos. La solución debe quedar provisionalmente en suspenso mientras procuramos entender la norma y los hechos. Asimismo, el intérprete **no debe buscar los puntos débiles a una de las argumentaciones de las partes**, sino buscar el sentido último de cada posición. Encontrar la solución no consiste en hacer fuerte mediante motivación una causa débil, sino en sostener la posición que durante el proceso de reflexión ha salido más fortalecida. La solución no puede tomarse de antemano, porque **entonces no se produce aplicación del derecho sino simple justificación de la voluntad del juez**. En la práctica, lamentablemente, eso es lo que sucede en muchos casos. Debemos permitir que sea la realidad (la norma y las circunstancias del caso concreto) la que afirme o descarte los argumentos. La solución será adecuada al caso, a las normas, y producto de la controversia entre todas las posiciones.

El **método de la interpretación jurídica es el “círculo hermenéutico”**. Según este método descrito por Gadamer (1997), la comprensión de un texto tiene una estructura circular en la que **el objetivo es acceder al**

**sentido real del texto**, sin dejarse llevar por ocurrencias propias o por sesgos ideológicos. **El método hermenéutico tiene tres fases**, que se repiten una y otra vez de modo circular:

1. **Precomprensión:** El intérprete del derecho tiene unas determinadas expectativas sobre la posible solución del caso. Esas expectativas nacen de elementos como sus conocimientos jurídicos, los sentimientos que le suscita el caso, sus valores propios y sus objetivos vitales.
2. **Interpretación:** Las expectativas previas sobre la solución del caso serán confirmadas o refutadas por la norma y las pruebas, de modo que mientras dure el proceso se estará reflexionando sobre su posible solución. Todo el tiempo se produce un diálogo interno entre los datos externos (análisis de la prueba y lectura de las normas) y los datos internos (conocimientos jurídicos, ideas del intérprete, sentimientos, etc.).
3. **Fusión de horizontes:** Las ideas previas sobre la solución serán sustituidas por otras más adecuadas hasta alcanzarse la solución. Lo más importante es que se armoniza todo, pero permitiendo que el caso hable por sí mismo para que podamos encontrar la solución más coherente con el sistema jurídico y con los hechos concretos.

El proceder del método hermenéutico **es circular**, porque consiste en **formular hipótesis de soluciones y contrastarlas con el caso**, para elaborar luego **una decisión** que unifique nuestro conocimiento previo con el nuevo conocimiento adquirido. El conocimiento es, en este sentido, una fusión de horizontes. Sin embargo, las soluciones jurídicas no son verdades absolutas y definitivas, sino perspectivas del derecho que podrían cambiar en el futuro ante nuevos casos. El método hermenéutico implica que los textos pueden ser objeto de nuevas interpretaciones futuras.

## LA EQUIDAD

En la obra “Ética a Nicómaco” (2019), Aristóteles se opone a la teoría de la justicia de Platón pues, a diferencia de su maestro, Aristóteles considera que una decisión con implicaciones morales como la de un juez

no puede tomarse con exactitud matemática. Pero, por otro lado, **Aristóteles defiende la importancia del conocimiento y la experiencia para la calidad de las decisiones.** Mediante la práctica, el juez va desarrollando pautas de actuación que le permiten actuar siempre de un mismo modo ante un mismo problema, facilitando la adopción rápida de la mejor solución. La práctica profesional también puede proporcionar una mayor capacidad de distinguir dónde está la decisión justa. Según Aristóteles, una de las virtudes positivas que puede desarrollar el intérprete con su experiencia es la sensibilidad, ponerse en el lugar del otro y tener disposición a la compasión. Pese a las citadas ventajas de la experiencia, **la realidad usualmente desborda al conocimiento previo** y el juez se verá obligado a **matizar el sentido estricto de la norma** o apartarse de las interpretaciones anteriores para adaptar la solución al caso concreto.

La equidad (“epikeia”) es una cualidad que forma parte de todas las decisiones jurídicas justas y significa que la solución es equilibrada. Pero además, la equidad es una técnica que permite corregir una interpretación rutinaria o una interpretación demasiado literal para adaptar la norma al caso concreto, por exigencias de sentido común. La equidad es la salida frente a la tensión que siempre media entre la generalidad de la norma y la particularidad del caso. No significa decidir arbitrariamente, sino decidir de modo justo.

El **artículo 3.2 del código civil** español señala: “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita”. De modo que, según este artículo, la equidad debe estar presente en todas las interpretaciones.

Hay tres tipos de equidad:

1. Equidad **secundum legem**: Es la equidad que **secunda la ley**. Consiste en interpretar la ley de un modo que no se limita a la mera aplicación de su sentido literal, sino que el juez **interpreta la norma a la luz de los principios de justicia** que vienen en la Constitución o en la propia ley. En algunos casos, como hemos visto en el artículo 3.2 del

código civil, la propia norma deja espacio a la equidad, es decir, al buen juicio del intérprete. Es lo que ocurre cuando **las normas emplean conceptos indeterminados** como “el debido cuidado o diligencia” o “el interés superior del menor”.

2. Equidad **extra legem**: Es la equidad **supletoria en ausencia de ley**. Cuando no existe ninguna norma que regule la materia y no hay ninguna norma que pueda aplicarse por analogía ni ningún principio del derecho que permita resolver, puede resolverse mediante la equidad judicial (se trata de una circunstancia muy extraña en el derecho actual, dada la proliferación de normas sobre todas las materias).
3. **Equidad contra legem**: Equidad como **corrección de la ley**. Podríamos pensar que el juez/a no tiene ninguna potestad para corregir la ley, porque está sometido al principio de legalidad y tiene un deber cualificado de obediencia al ordenamiento jurídico por ser aplicador del mismo. Sin embargo, en la práctica las normas tienen imperfecciones y **pueden presentar contradicciones** que conducirán al juez a aplicar cierto criterio correctivo al interpretar la norma.

## CLASES DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA

- **Interpretación estricta/extensiva**: la interpretación extensiva es la que se amplía a más situaciones que aquellas a las que se refiere en su literalidad. La interpretación estricta o restrictiva es la que se ciñe solo a lo que se menciona expresamente.
- **Interpretación judicial/doctrinal**: La interpretación judicial es la llevada a cabo por los jueces y tribunales. La interpretación doctrinal es llevada a cabo por el profesorado de las universidades de derecho o por otros juristas.
- **Interpretación auténtica**: Es la realizada por el propio órgano del que emanó la norma (usualmente, el poder legislativo).
- **Interpretación constitucional**: Es la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional. Es muy importante

porque puede determinar la invalidez de determinadas normas y, por tanto, expulsarlas del ordenamiento jurídico.

- **Interpretación reglada:** Es aquella en la que los criterios interpretativos se encuentran delimitados o tasados por la ley, sin dejar margen al legislativo. Por ejemplo, en el derecho español el reconocimiento administrativo del grado de discapacidad se valora de acuerdo con unos minuciosos baremos que figuran en el Real Decreto 1971/1999, estableciendo porcentajes tasados para cada limitación específica. Por su parte, la existencia de dichas limitaciones debe aparecer con literalidad en los informes médicos para ser evaluada.

#### LA INTERPRETACIÓN POR ANALOGÍA

La analogía es la relación de semejanza entre cosas diferentes. En el derecho, la analogía consiste en **aplicar una norma a un caso similar no regulado**.

Para aplicar una norma análoga tiene que existir una **importante similitud (“identidad de razón”)** entre el caso que se tiene que resolver y la norma que se pretende aplicar analógicamente. Ejemplo: En el tren hay un cartel que dice “no se permite viajar con perros”, ¿se puede viajar con un hurón? La revisora del tren puede decirnos que la norma prohíbe también a los hurones y otras mascotas. La norma se puede aplicar porque los perros y los hurones se parecen en el sentido de que ambos son mascotas.

El artículo **4.1 del código civil** señala: “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón”.

Hay **dos tipos de analogía:**

1. **Analogía legis:** aplicar una norma a un caso similar (ejemplo del tren).
2. **Analogía iuris:** deducir un **principio general del derecho** a partir de un conjunto de normas y aplicar ese principio al caso concreto. Manuel Salguero (2002) pone un ejemplo de esto. El código civil prohíbe en numerosos artículos conductas que tienen un elemento común: “no está permitido que

alguien se enriquezca injustamente a costa de otra persona”.

Este podría ser un principio general aplicable a un caso concreto.

Una dificultad que presenta la interpretación por analogía es que siempre es posible sostener, mediante un **argumento a contrario**, que si la norma no ha mencionado los hurones es porque no pretendía excluirlos del tren. Se puede interpretar, por tanto, que la norma no dijo “mascotas” porque no pretendía prohibir otras mascotas, sino únicamente los perros. Por eso, al argumentar por analogía es importante identificar la “**ratio legis**” de la norma, es decir, **cuál es el fundamento último de la norma** ¿su fundamento era excluir a las mascotas?, ¿por qué?, ¿qué pretendía con ello? Esta reflexión nos permitirá concluir si procede aplicar la analogía.

El artículo 4.1 del Código Civil contiene **tres requisitos para aplicar la analogía**:

1. Que no haya ninguna norma que regule el caso concreto que tenemos que resolver.
2. Que exista una norma que regula una situación semejante.
3. Que exista entre ambos supuestos “identidad de razón”, es decir, semejanza.

La analogía no puede emplearse en el ámbito penal ni para imponer sanciones, porque eso violaría el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (artículo 9.3 de la Constitución española). Este principio significa que no pueden castigarte por una conducta que no sea delito en el momento de su comisión.

#### CRITERIOS TRADICIONALES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El **artículo 3.1 del Código Civil** español señala: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

Partiendo de dicho artículo se puede elaborar el listado tradicional de 5 criterios de interpretación:

1. **Interpretación gramatical o literal** es aquella que señala que el sentido de la norma es el plasmado en la literalidad de la misma.
2. **Interpretación sistemática** conecta la norma con la totalidad del ordenamiento jurídico del que forma parte, incluidos los principios generales del derecho.
3. **Interpretación histórica** alude al contexto en el que nace el texto legal que se trata de interpretar.
4. **Interpretación sociológica** es la que apela a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. No basta con saber por qué se dictó la norma, sino también si en las nuevas circunstancias es apropiado interpretar la norma por su significado original.
5. **Interpretación teleológica**, es aquella que permite establecer el sentido de una norma atendiendo al fin de la misma. Los fines y objetivos suelen venir en el preámbulo, la exposición de motivos o los primeros artículos de las leyes.

Peter Häberle (2010) señala que los criterios tradicionales de la interpretación jurídica son principios y no reglas, de modo que **el juez/a en el caso concreto determinará qué criterio y por qué debe imponerse o si es necesario usar varios**. Por tanto dichos criterios se adaptan a las circunstancias.

Estos criterios de interpretación jurídica se convirtieron en una noción fundamental del derecho tras ser **formulados por el jurista del siglo XIX Savigny** (1981), que se había inspirado en los jurisconsultos romanos. Según explica Hans Gadamer (1997), los criterios fueron asentándose en occidente desde el renacimiento en el campo de la hermenéutica bíblica y trasladándose a las demás ramas: la interpretación filológica y la jurídica. Durante **la reforma protestante**, se reivindicó la comprensión de la Biblia basada en el sentido literal de las palabras, pues según Lutero, no hace falta traducción para interpretar. Junto con **el criterio literal**, se defiende **el criterio sistemático**. La noción de “sistema”



perseguía eludir una construcción dogmática de la Biblia como la realizada por la Iglesia católica, sustituyéndola por un método inductivo en el que los pasajes hablasen por sí mismos. Se trataba de la noción de “sistema” propia de la ciencia.

El **criterio histórico** adquirió relevancia en el siglo XVIII cuando numerosos autores señalaron que para comprender adecuadamente las escrituras hay que reconocer la diversidad de sus autores. Esto suponía la ruptura con el criterio sistemático y se hacía necesaria la investigación del contexto histórico de las Escrituras entendidas como un documento histórico más. Se trataba de reconstruir el momento y el porqué del surgimiento de los documentos. La apertura al elemento histórico iniciaba el debate sobre el **criterio de los fines del autor** (antecedentes legislativos, en el ámbito del derecho), requiriendo la investigación de los fines del autor y propiciando reflexiones sobre si dichos fines son o no coincidentes con el aparente sentido literal del texto. También en relación con la historia, se inicia la reflexión sobre el **criterio sociológico**, pues se piensa en la relación entre ese mundo del pasado al que pertenecía el texto y el presente al que también pertenece el texto. Gadamer (1997) señala las limitaciones de entender la interpretación como mera búsqueda de las intenciones del autor. Comprender la norma no es equivalente a entender lo que quiere el legislativo, sino poder decidir si obedecerla o no, qué es lo que más me conviene en función de mis circunstancias.

En relación con esta disquisición, Sáinz Moreno (1995) distingue entre dos teorías de la interpretación jurídica:

- **Teorías objetivas:** la norma se independiza del autor cuando se publica, de modo que su sentido se encuentra en ella misma. A favor de esta posición se puede argumentar que la seguridad jurídica se satisface más cuando su significado está en la norma, de modo que cualquiera puede entenderla, y que quien la aplica puede interpretarla de modo coherente con el ordenamiento vigente y adaptarla a las circunstancias cambiantes.
- **Teorías subjetivas:** la finalidad de la interpretación consiste en descubrir la voluntad de quien dictó la norma. Debe averiguar los valores que inspiraron su decisión y lo que quería lograr al

dictarla. Según este punto de vista, es problemático sustituir la voluntad legislativa originaria por la interpretación popular actual, porque es más difícil descubrir cuál es la voluntad general actual que comprender y respetar la originaria. Además, prescindir de la voluntad del autor da demasiada libertad al intérprete y no respeta su obligada sumisión a la norma.

Es frecuente que **ambas teorías se encuentren combinadas**, de modo que se dé importancia a la voluntad del autor de la norma, pero no situando aquella por encima de los significados emanados de la propia norma.

Chaim **Perelman** (1979) menciona otros tres criterios interpretativos que son relevantes en la interpretación jurídica:

- Criterio pragmático: Es el que alude a las consecuencias de la norma. Según Bentham, dar una buena razón para una interpretación de la ley es alegar los bienes o males esa interpretación puede producir. Este argumento presenta dos problemas: no podemos tener certeza de las consecuencias y es difícil establecer qué consecuencias son deseables. Los jueces, para resolver el problema de la previsión de consecuencias recurren a estimaciones (consecuencias previsibles).
- Criterio de la jurisprudencia anterior (ab exemplo): Perelman expone que este criterio es problemático porque a menudo las dos partes presentan jurisprudencia. Cuando las dos partes apelan a precedentes distintos para un mismo caso: ¿cómo se decide cuál es el más adecuado?
- Criterio de la autoridad de las leyes: Este criterio estima que siempre hay que acatar la norma, ocurra lo que ocurra.

Junto a los criterios clásicos recogidos en el artículo 3.1 del código civil, tenemos que mencionar el criterio establecido por la “Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. **La ley de igualdad** establece que la interpretación del derecho debe integrar **la perspectiva de género**, así lo señala en el artículo 4 (integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas): “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres

y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. La obligación de aplicar la perspectiva de género (llamada en el derecho internacional “**gender mainstreaming**”) fue establecida en la Conferencia de la Mujer de Beijing (ONU, 1995).

Para saber más:

Tarello (1972) expuso una conocida clasificación con trece tipos de argumentos para la interpretación jurídica. Destacamos ocho criterios que se sumarían a los cinco tradicionales:

- A contrario: Una disposición obliga a los jóvenes varones de veinte años a cumplir con el servicio militar, de ella se saca la conclusión contraria de que las jóvenes no están sometidas a la misma obligación.
- A simili o por analogía: Como los jóvenes varones de veinte años deben cumplir el servicio militar, deducimos por analogía, que las jóvenes también deben hacerlo. O, si prohibimos que un viajero entre al tren con un perro, se prohíbe también cualquier otro animal.
- A fortiori (a minori ad maius y a maiore ad minus): Si está prohibido causar heridas, está prohibido matar. Si adquieres el derecho de propiedad de una casa, también adquieres los derechos menores como la posesión, el derecho a arrendarla, etc.
- A completudine: lo no regulado se considera siempre permitido; o bien, lo no regulado se considera siempre indiferente.
- A coherencia: Se supone que el legislador es razonable y no puede regular una misma situación de maneras incompatibles, por lo que hemos de descartar una de las disposiciones.
- Argumento de reducción al absurdo: supone que el legislador es razonable y que no hubiera permitido una interpretación de la ley que condujera a consecuencias ilógicas o inmorales.
- Argumento de la no redundancia: se debe descartar una interpretación cuando, si se admitiera, el texto sería una mera repetición de un texto legal anterior.
- Argumento naturalista: en una situación dada se considera inaplicable el texto de la ley porque a su aplicación se opone la naturaleza de las cosas.

## LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Jiménez Meza (1997) expone un debate que tuvo lugar en Alemania sobre las características de la interpretación Constitucional. Rudolf **Smend** sostuvo que **los criterios savignianos de la interpretación de la ley no sirven para la interpretación de la Constitución**, porque esta tiene una **naturaleza política**, de modo que en la interpretación deberían primar criterios políticos y no jurídicos. Asimismo, la interpretación constitucional debe ser muy flexible para que la norma se adapte a las circunstancias sociales y políticas dominantes en un momento concreto. Las normas constitucionales contienen la organización y la sustancia de la comunidad como unidad jurídica y política. La interpretación de la Constitución tiene mayor relevancia que la del resto de normas y las normas constitucionales son de contenido indeterminado. Además, hemos de tener en cuenta el carácter especializado del Tribunal Constitucional que las normas constitucionales regulan la formación de la voluntad política y por ello lo político influye sobre la interpretación.

Esta invitación a la discrecionalidad del Tribunal Constitucional producía recelo en Alemania, debido a que recordaba al **decisionismo de Carl Schmitt**. El jurista nazi Carl Schmitt consideraba que el poder político consiste en tomar decisiones. En su libro “Teología Política” se oponía a la tesis de Hans Kelsen que identificaba al orden político con el Estado de Derecho, pues según Schmitt es un punto de vista demasiado idealista y teórico, que no podía responder a la realidad de la política. El constitucionalismo sostiene que las decisiones políticas obedecen al cumplimiento del derecho, que previene el abuso de poder y establece el equilibrio entre los poderes públicos. En cambio, Schmitt considera que siempre debe existir la posibilidad de una decisión fuera de la ley en una situación excepcional. La soberanía política se transforma en la voluntad personal del líder, que es como Dios intentando proteger al pueblo, pues dicho pueblo no es capaz de decidir por sí mismo.

La aproximación de Smend sobre la libertad interpretativa del Tribunal Constitucional fue criticada por Ernst Forsthoff, que veía en la propuesta de Smend decisionismo jurídico, esta vez en manos del juez. Para Forsthoff, no es el juez quien tiene que decidir la interpretación, sino la

voluntad popular expresada en la Constitución. La interpretación constitucional debe evitar la arbitrariedad y la incertidumbre jurídica. Por ello **sí deben aplicarse los criterios savignianos** que se emplean para interpretar cualquier norma.

Konrad **Hesse** (1992) señaló la interpretación constitucional requiere respetar la unidad de todo el texto (no interpretar un artículo aisladamente), ponderar los **conflictos entre derechos intentando que todos ellos puedan satisfacerse, respetar la separación de poderes** y la superioridad de la Constitución, procurar no declarar inválida una norma siempre que quepa alguna interpretación compatible con la Constitución, promover la unidad de la comunidad política y procurar que las normas sean eficaces y puedan aplicarse.

Peter **Häberle** (2010) añade que la interpretación constitucional debe ser **favorable a la Unión Europea y el derecho internacional, debe promover los derechos fundamentales** y fomentar la armonía entre el derecho de los distintos países, mediante el empleo del análisis del derecho comparado. Häberle, además, considera que la Constitución tiene la peculiaridad de que es más que un texto, es manifestación de una cultura democrática, que se mueve dentro del marco del “constitucionalismo”, de modo que una interpretación que violase los derechos fundamentales o los pilares básicos de la democracia estaría fuera del programa normativo constitucional.

Por su parte, Prieto Sanchís (1991) considera que la interpretación constitucional comparte las técnicas comunes, pero presenta **tres particularidades**:

- Tiene más principios que de reglas: eso requiere un tipo de interpretación abierto a las consideraciones valorativas y finalistas. Tienen más cabida las concepciones morales y políticas del intérprete, el cálculo sobre las consecuencias sociales y económicas de la decisión, el contexto cultural, etc.
- El Tribunal Constitucional debe indicar qué interpretaciones son intolerables: el juez/a ordinario solo debe encontrar la interpretación correcta, pero el intérprete constitucional se encarga de delimitar el área de interpretaciones políticas

admisibles. Las normas constitucionales son un marco dentro del que caben las diversas opciones políticas. Mientras que los jueces ordinarios plantean la solución como si derivase del legislativo, los jueces constitucionales no hacen una subsunción sino un juicio de razonabilidad.

- Sus decisiones son las más importantes: Presentan una enorme trascendencia económica o afectan a la legitimidad del sistema o poseen una enorme influencia sobre el ordenamiento jurídico.

## 2. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

A veces la interpretación de las leyes puede conducir a distintos resultados, de modo que la racionalidad de la elección debe garantizarse a través de la justificación de la actuación. Solo una decisión se justifica racionalmente mediante la argumentación jurídica, puede ser sometida a un control. En el caso de los jueces, la obligación de motivar sus decisiones figura en el artículo 120 de la Constitución. Mientras que en lo concerniente a la Administración, la obligación de motivación figura en la Ley de Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 9.3 de la Constitución, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos. Como explica Josefa Ruiz Resa (2016), en un Estado de Derecho, dicha interdicción de la arbitrariedad exige la aplicación del Derecho.

Luis Prieto Sanchís (1991) expone que la argumentación jurídica sirve para justificar los fundamentos de la decisión. Para que la argumentación legitime la interpretación es necesario que se use un lenguaje sencillo y que **se expliquen y fundamenten todas las cuestiones, incluidas las opciones valorativas, de acuerdo con principios neutrales y generales.**

En la jurisprudencia constitucional la motivación es importantísima porque la argumentación no solo expresa los motivos de la decisión, sino que **es fuente del derecho.** La motivación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo también tiene especial relevancia, e incluso la de los

Tribunales Superiores de Justicia, pues sus decisiones **inspiran la motivación de los tribunales inferiores**. Prieto Sanchís resalta que la existencia de votos particulares refleja la dimensión intersubjetiva del razonamiento jurídico como marco del discurso político. Tanto el poder judicial como el Tribunal Constitucional (que constituye un poder independiente), tienen la peculiaridad de que **carecen de una legitimidad democrática** equivalente al legislativo. La fuerza democrática de los intérpretes del derecho está en **su papel imparcial** tras escuchar argumentaciones contradictorias y, sobre todo, en **el hecho de desarrollar argumentaciones racionales**. La decisión tiene **vocación de universalidad** y se basa en los buenos argumentos que la sostienen y no en la autoridad. La racionalidad argumentativa es lo que permite que se produzca un diálogo social sobre las decisiones en todos sus aspectos (jurídicos, políticos y morales). Toda **la sociedad participa en el control del poder judicial**, pues las resoluciones jurisprudenciales son públicas y es esta la mayor garantía de democracia (Aránguez Sánchez, 2010).

María Luisa Balaguer (1997) expone que, aunque el precedente (la jurisprudencia de los jueces y tribunales) es una institución típica del common law, también tiene su lugar en el derecho continental debido a las exigencias del **principio de igualdad** y de la **seguridad jurídica**. El principio de igualdad no exige, por supuesto, que todos los casos tengan exactamente la misma solución, porque forma parte de la tarea judicial decidir si un caso es igual a otro o si tiene alguna diferencia que requiera una solución nueva. Pero el precedente y la igualdad comparten un campo de actuación común: el de la igualdad en la aplicación de la ley.

#### CATEGORÍAS ESENCIALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Como expone el filósofo Luis Vega Reñón (2003), la teoría de la argumentación presenta tres perspectivas: lógica, dialéctica y retórica.

- **La lógica** presta atención a los **argumentos**. Las personas que asumen esta perspectiva se preocupan por construir argumentaciones lógicamente válidas, de modo que la conclusión se deduzca de las premisas.

- **La dialéctica** (o pragma-dialéctica) atiende al **diálogo entre varias argumentaciones**. Las personas que asumen un enfoque dialéctico se preocupan por las reglas procedimentales que rigen un diálogo racional en cada contexto (por ejemplo, las reglas de la carga de la prueba).
- **La retórica** se centra en la construcción y exposición del discurso eficaz. Las personas que adoptan la perspectiva retórica estudian los elementos que hacen que un **discurso resulte persuasivo**.

Esta clasificación no es nueva. Aristóteles (1971) dibujaba una línea que iba desde lo más riguroso (la lógica) hasta lo más dudoso (la retórica). En este esquema, la dialéctica se situaba entre ambas y, desde el punto de vista aristotélico, tanto la retórica como la dialéctica deben mantenerse lo más cerca posible de la lógica para no abandonar el terreno de la racionalidad. Aristóteles considera que lo que hay que promover es **un Derecho en el que la judicatura tome las decisiones basándose en los argumentos acordes con los hechos, y no basándose en pasiones** inducidas por alegatos manipuladores. Aristóteles se mostró duro con la tradición retórica y quiso “limpiarla” acercándola a la lógica. En síntesis, Aristóteles considera que la argumentación es el epicentro del discurso.

**Cicerón** diferenció entre **“convencer”** y **“persuadir”** (2000). La convicción es una “opinión firme”, basada en el intercambio de información; mientras que la persuasión es una adhesión lograda a través de las emociones de alegría, miedo, dolor o codicia. Es decir, la persuasión es resultado de las emociones. Chaim Perelman (1979), uno de los principales representantes de la teoría de la argumentación actual, suscribe esta división ciceroniana. Sin embargo, mientras que para Perelman la convicción es más elevada que la persuasión y se define como un discurso dirigido a un imaginario auditorio racional, Cicerón consideraba que en la mayoría de las causas se dan simultáneamente la convicción y la persuasión emocional, sin que quepa desvincularlas, y por tanto, sin que quepa situar la convicción por encima de la persuasión. En la época clásica (con las excepciones de Platón y Aristóteles) se consideraba positivo el papel de las emociones y la belleza en el discurso jurídico. La “actio” (exposición oral del discurso) era el momento estelar de la oratoria.



La **retórica clásica tenía cinco etapas** (Cicerón, 2000) que constituyen los pasos que tiene que dar el orador para crear y, finalmente, exponer un discurso. Imaginemos a una abogada que está preparando una causa, ¿qué fases tendrá la elaboración del escrito jurídico que piensa utilizar como base en el juicio oral? Pues bien, lo primero que hará será buscar (inventar) los argumentos que va a utilizar. Esta primera fase de su trabajo, que es la de búsqueda de los argumentos, se llama *inventio*. Una vez que haya pensado cómo puede defender la causa, pensará en qué orden colocar los argumentos dentro del texto, cómo organizar la disposición de las ideas. Esta fase retórica se llama *dispositio*.

Cuando la abogada ya ha pensado en los argumentos y en cómo va a organizarlos, llega el momento de redactar el escrito con las cualidades estilísticas más adecuadas para el propósito perseguido, que es lograr persuadir a la persona juzgadora. Esta tercera fase se llama *elocutio*. Una vez que la abogada tiene realizado su escrito debe prepararse para el juicio, para lo cual necesitará memorizar los argumentos y hechos expuestos. Memoria se llama esta fase. Finalmente llega el gran momento, la defensa en Sala, para la que necesitará hacer una magnífica actuación, que logre convencer. Esta última fase se llama *actio*.

Un importante método para inventar argumentos jurídicos (*inventio*) es la tópica. **Hasta el siglo XVIII los tópicos llenaban las obras sobre derecho** para facilitar el trabajo de la abogacía y la judicatura. La obra de Theodor Viehweg “Tópica y jurisprudencia” (1964) recupera esta tradición. Los tópicos condensan sabiduría común, son afirmaciones de orden muy general que pueden servir de punto de partida para desarrollar múltiples argumentos. Todos los principios generales del derecho son tópicos. Algunos tópicos son tan antiguos que continúan enseñándose en latín. De los muchos que se estudian en la carrera de derecho, algunos de los más populares son: “Lex specialis derogat generali” (una ley especial deroga a una ley general), “ne ultra petita” (la condena no puede sobrepasar la demanda) o “et audiatur altera pars” (hay que oír también a la parte contraria).

Con respecto a la estructura del discurso (*dispositio*), la retórica clásica ofrecía un esquema orientativo de las **partes del discurso**: introducción

(*exordio*), narración de los hechos (*narratio*), describir qué se discute, qué tesis adoptamos y qué puntos vamos a tratar (*divisio*), argumentos y pruebas favorables, refutación de los argumentos y pruebas contrarios (*argumentatio*) y exposición de las conclusiones, nuestros argumentos centrales (*peroratio*).

### 3. EL DERECHO Y LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

#### LA REALIDAD JURÍDICA Y LA FICCIÓN LEGAL

Hans Kelsen (1979) sostuvo que una norma es la expresión de la idea de que algo debe ocurrir según el derecho, por ejemplo que un individuo debe comportarse de una determinada manera. **La afirmación de que algo “debe ocurrir” es la respuesta a la pregunta ¿qué dice el derecho?** y no se refiere al deber moral, ni tampoco se refiere a lo que en efecto van a hacer las personas en el mundo real. Según el positivismo jurídico, el derecho no se ocupa de cómo se comportan las personas (esfera del “ser”), sino de qué dicen las normas (esfera del “**deber ser**”).

El derecho instituye una dimensión alternativa de la realidad, denominada “**realidad jurídica**”, que no se corresponde con la realidad sustancial del mundo. En algunos casos, la realidad jurídica puede entrar en consciente contradicción con la realidad sustancial. Esta contradicción encuentra su culmen en la “**ficción jurídica**”. Un ejemplo de ficción jurídica es la existencia de “personas jurídicas” (empresas y asociaciones) que pueden ser titulares de derechos y obligaciones, como si se tratase de personas humanas. Otra ficción jurídica serían la premoriencia y la conmoriencia (cuando varios parientes han fallecido de modo simultáneo, se presume que han fallecido en un determinado orden a efectos de herencia). Un tercer ejemplo de ficción sería el del concebido, al que se tiene por nacido a efectos de constar como heredero de su padre fallecido (la sucesión se suspende hasta su nacimiento y es entonces cuando el bebé hereda). Otra ficción sería la que establece la maternidad o paternidad por adopción. Por último, hemos de señalar la ficción jurídica de cambio de sexo registral, que permite que un nacido varón pase a considerarse una mujer ante la ley (y viceversa). Las ficciones jurídicas tienen

**similitudes con las presunciones**, como aquella que presume que el esposo de una mujer es el padre de sus hijos (salvo que se pruebe que el padre es otro), o la presunción de que el despido de una mujer embarazada se ha producido a causa de su embarazo.

Como señala Luna Serrano (2004), la ficción jurídica es una **negación consciente de la realidad** que **posibilita la aplicación de unos efectos jurídicos** que, en principio, no correspondían al caso. La ficción jurídica permite colocar un hecho, una cosa o persona dentro de otra categoría jurídica para que pueda someterse a los efectos jurídicos propios de esa categoría. Pero ha de hacerse notar que la ficción **no tiene la intención de modificar la realidad sustancial**. En la realidad sustancial una persona jurídica no es un ser humano y un bebé sigue teniendo el mismo ADN, sin que el derecho pueda cambiar eso. La ficción jurídica extiende los efectos jurídicos de unas situaciones a otras, pero **sus definiciones se ubican en el plano de la realidad jurídica**.

Luna Serrano (2004) explica que lo común es que las ficciones jurídicas funcionen sin llamar la atención ni generar problemas, pero eso cambia cuando la ficción se utiliza de un modo abusivo. En esos casos procede desmontar la ficción, dando primacía jurídica a la realidad sustancial. Es conocida la **doctrina del “levantamiento del velo”** en relación con las sociedades anónimas. Cuando este tipo de persona jurídica es utilizado por sus integrantes para aprovechar el anonimato de modo abusivo, se “levanta el velo” para que se sepa qué personas reales se esconden detrás del anonimato.

Hay autores que han considerado que todo el derecho es ficción. Giambattista Vico (2006) **señaló que el derecho romano era como la poesía**, porque afirmaba que algunos hechos reales jamás tuvieron lugar, que tuvo lugar lo que nunca ocurrió, que ya habían nacido los que estaban por nacer, que algunos vivos estaban muertos y que algunos muertos seguían vivos. Vico tiene razón en la asombrosa capacidad del derecho para crear una realidad jurídica que desafía a la realidad sustancial. Esto resulta más mágico aún si pensamos que los antiguos romanos consideraban que los contratos eran auténticos rituales que invocaban determinados efectos en el mundo real. Algo de ello hay realmente en el derecho, pues este tiene la capacidad de constituir un matrimonio, una asociación o de atribuir un

poder, de modo que **la realidad jurídica transforma la realidad sustancial** (efectos “performativos” de los enunciados jurídicos. Austin, 2016).

La relación del derecho con la verdad es compleja. Aristóteles, en la “Retórica” (1971) puso de manifiesto que el derecho no es un terreno propicio para la verdad fuerte de la ciencia, pero sí debe aspirar a **una verdad más débil, denominada “verosimilitud”**, que se desvela mediante el **intercambio dialéctico de argumentos racionales**. En muchos casos la realidad jurídica alude a una verdad probable que se sustenta sobre unas pruebas que no serían concluyentes desde la perspectiva científica, pero que se han considerado suficientes para establecer “hechos probados”.

No obstante, se ha de destacar que Aristóteles considera que el buen derecho **debe alejarse del territorio poético o la sofística**, donde no se aspira a la verdad científica y reinan los discursos basados en las pasiones. En el derecho **se debe aspirar a alcanzar la verdad, el conocimiento de la realidad sustancial fundado en la prueba**. Hemos de añadir que en el mundo actual, los progresos científicos permiten que en algunos casos sea posible conocer la verdad con certeza.

Como conclusión, no debemos olvidar que el derecho **describe la realidad sustantiva para poder regularla con eficacia** y eso implica que toda realidad jurídica debe estar al servicio, en última instancia, de la realidad sustantiva.

## SESGOS COGNITIVOS EN EL DERECHO

**Fracis Bacon** (1984), filósofo del siglo XVII que fue pionero en el desarrollo del método científico, expuso cuatro tipos de **sesgos cognitivos** que ofuscan la percepción objetiva de la realidad. Estos sesgos (a los que llama “ídolos”) también están presentes en la percepción de los hechos jurídicos:

1. **Idola tribus** (ídolos de la tribu). Son todos aquellos errores comunes a la humanidad, como la tendencia a aceptar como verdaderas las explicaciones que están más de acuerdo con **nuestros deseos** e ideas. También forma parte de este ídolo la inclinación a desechar o ignorar los hechos que

contradican nuestras propias teorías. Aunque la mayoría de los datos nos muestren que la realidad es distinta, insistiremos en despreciar esos datos y en percibir solo aquellos aspectos que nos ratifican en nuestros deseos.

2. *Idola specus* (ídolos de la caverna). Son aquellos errores que proceden, no de disposiciones comunes a todos los seres humanos sino de disposiciones individuales resultantes del propio carácter y de la **educación recibida**, como nuestras figuras de autoridad y la experiencia vital. Esto tiende a atraparnos en el interior de sistemas de pensamiento y a relacionarnos solo con personas afines o a verlo todo a través de esa estrecha perspectiva. Dice Bacon “cada hombre posee una caverna propia que distorsiona y desdibuja la luz de la naturaleza”.
3. *Idola fori* (ídolos de la plaza pública). Son aquellos errores que provienen de del **lenguaje**, ya que el significado de las palabras que usamos es a menudo impreciso. El lenguaje violenta la percepción de la realidad, conduciéndonos a controversias sobre ficciones. Esto ocurre particularmente con las palabras confusas y mal definidas, conceptos vacíos que se llenan de implicaciones emocionales y sobre los que nos cerramos a debatir.
4. *Idola theatri* (ídolos del teatro). Son los errores que provienen de la aceptación de las opiniones de las personas que tienen prestigio en la sociedad, cuya autoridad se acata acríticamente. Son sesgos procedentes de las **modas** actuales y pasajeras, que pueden ser creencias o el “espíritu de la época”. También la ciencia hay modas y corrientes mayoritarias.

Estos son a juicio de Bacon los cuatro tipos de sesgos o prejuicios más comunes que dificultan la labor científica. La preocupación por los sesgos cognitivos también fue una central en los demás filósofos de la revolución científica, como pone de manifiesto la “duda metódica” de Descartes, que proponía dudar de todo lo aprendido o percibido hasta captar por evidencia las verdades más simples, claras y distintas.

La ilustración del siglo XVIII recogió esta preocupación científica, centrándose en el impacto de los prejuicios sobre la esfera social. Romper con los prejuicios heredados fue clave en el ánimo revolucionario ilustrado. Las llamadas kantianas a la autonomía de la razón apuntalan esta libertad moderna que se rebela contra la tradición. La filósofa Mary Wollstonecraft defendió la erradicación del prejuicio para que la sociedad de su tiempo pudiera vislumbrar la igual capacidad de las mujeres en el ejercicio libre de la razón.

Dentro de los sesgos cognitivos, es de interés la reflexión contemporánea sobre **el sesgo sexista del derecho**. La teórica del derecho Catharine MacKinnon (1995) señala que habitualmente la judicatura considera que la perspectiva feminista es activista e ideológica, mientras que la ausencia de esta perspectiva es neutral. El derecho mira a los individuos uno a uno (y no según su sexo) y eso produce un sesgo a favor de los hombres. Por ejemplo, puede parecer que un hombre se encuentra en la misma situación que una mujer discriminada. Algunos padres, como casi todas las madres, son responsables de los niños, pero ellos, a diferencia de las madres, no ocupan esa posición a causa de la discriminación por razón de sexo. MacKinnon considera que la mirada judicial, al contemplar a los individuos aisladamente sin tener en cuenta el sexo, puede conducir a la conclusión errónea de que una mujer y un hombre se encuentran en igualdad de condiciones. Pero las mujeres habitualmente tienen menor independencia económica, menos experiencia empresarial, no han sido educadas para el liderazgo, la decisión y autoconfianza, carecen de similar estima de sus iguales, no tienen la misma estatura física, fuerza y destreza, son tratadas como objetos sexuales y tienen un marcado déficit de credibilidad.

#### 4. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

La investigación en ciencias jurídicas analiza las leyes, la jurisprudencia o las instituciones jurídicas. Estas investigaciones son relevantes para la sociedad porque permiten escrutar y mejorar el derecho vigente, así como proponer mejores regulaciones. La mayoría de las investigaciones jurídicas consisten en artículos de revistas científicas o monografías en

editoriales especializadas. Pero además de ello hay investigaciones que se realizan en periodos formativos. El más destacado de los trabajos formativos es la tesis doctoral (que culmina con la obtención de la máxima titulación académica, el doctorado). Por detrás de la tesis doctoral, es muy destacada la importancia de los Trabajos de Fin de Máster (TFM) y por último hemos de reseñar la relevancia del primer trabajo de investigación serio que realiza el alumnado del Grado en Derecho, el Trabajo de Fin de Grado (TFG). Para la realización de todas estas investigaciones es de utilidad conocer varios métodos de investigación jurídica, máxime teniendo en cuenta que la normativa de muchos trabajos de investigación exige cumplimentar un epígrafe explicando detalladamente del método seguido.

Milagros Otero Parga (2020) expone los aspectos comunes a todos los **métodos de investigación teórica en el campo del Derecho**, que tienen **tres fases**: información, meditación y redacción de resultados. Antes de iniciar una investigación es preciso **elegir el tema**, con ayuda de su tutor o tutora (si se trata de un trabajo formativo). Se aconseja escoger un tema concreto, para evitar la desorientación al abarcarlo. Tras eso, se procede a **seleccionar bibliografía** y hacer las lecturas correspondientes. Hay que seleccionar las fuentes cuidadosamente: las fuentes fundamentales deben ser trabajos doctrinales, es decir, artículos escritos por profesorado de Universidad, publicados en revistas científicas indexadas. Se puede distinguir un artículo científico a simple vista porque suele tener un breve resumen en español y en inglés tras el título, una amplia bibliografía final y porque aparece la referencia completa de la revista, el año y el número, en el borde de la página o en el marco superior. Además de artículos, se pueden emplear libros (aquellos que no sean de tipo divulgativo), pero los artículos deberían ser la fuente principal si estamos realizando un Trabajo de Fin de Grado, ya que apenas se dispone de unos meses para la realización del trabajo y la lectura de tres o cuatro libros supondría invertir todo el tiempo disponible. No se debe usar bajo ningún concepto la Wikipedia y hay que evitar el uso de blogs y páginas web. Se ha de tener cuidado también con el uso de fuentes como artículos de prensa (pueden usarse, pero como mero apoyo). Los manuales de estudios universitarios e informes oficiales o procedentes de ONG son

fuentes que también pueden emplearse, pero con moderación. Con respecto a las fuentes jurídicas como leyes, tratados internacionales y sentencias jurisprudenciales, son fundamentales en la investigación jurídica, pero es recomendable acompañarlos de fuentes doctrinales (artículos científicos) de modo que exista un equilibrio entre ambas. Nuestra interpretación de las leyes tendrá más aplomo si conocemos lo que han señalado al respecto otras personas de la academia.

Milagros Otero (2020) explica que es muy importante saber **seleccionar la información**. La mejor estrategia no consiste en disponer de montañas de información, sino en saber seleccionar los datos que interesan. La labor de selección permite apreciar lo que queremos defender: es tan importante saber seleccionar como saber descartar. Esas elecciones indican que ya hemos empezado la investigación. En esta fase es fundamental también **guardar el material elegido** con los suficientes datos como para poder buscarlo de nuevo en caso necesario, y también para poder citarlo de la forma conveniente en el momento de utilizarlo. Para el Trabajo de Fin de Grado no es necesario realizar resúmenes de cada artículo útil, pero si se continua la carrera investigadora realizando un máster, sí será recomendable realizar fichas de todo el material leído con resúmenes o fragmentos para citar, almacenándolo todo en una nube para no perderlo.

La fase de investigación comienza siendo muy genérica y poco a poco se va acotando el objeto de estudio, pero la pregunta que se quiere responder o **la tesis que se quiere defender ha de estar clara desde el principio de la investigación**, porque de otro modo, se perderá mucho tiempo y se harán muchas lecturas inútiles. Precisamente por eso **aconsejamos que el tema sea lo más concreto posible**. Conviene situar la cuestión objeto de estudio en el tiempo y en el espacio, porque eso centra el problema concreto permitiendo una comprensión mucho más adecuada del mismo (por ejemplo, “La norma fundamental en Kelsen: un debate doctrinal” o “El sorteo en la democracia ateniense”). No podemos olvidar que en muchos casos la lectura de algo que no conocemos, especialmente cuando se ha seleccionado previamente una buena bibliografía, suele producir gran interés y eso nos llevará a resumirlo todo. Ese material suele ser extremadamente amplio y, aunque sirve para formar a la



persona, y ya por eso es interesante, resta eficacia a la recogida de material que sirve para el caso concreto, y sobre todo **consume mucho tiempo**.

Otro elemento interesante en esta fase de investigación consiste en establecer una cierta organización de las lecturas que se hacen, comenzando por lo más significativo. Se aconseja realizar **una lista inicial de diez fuentes** realmente fundamentales para la investigación (aquellas fuentes más autorizadas en el área), sin pretender inicialmente realizar un recorrido histórico o geográfico de todo lo que se ha dicho sobre el tema. Hay que pedir ayuda al tutor o tutora, o informarse previamente por otros medios acerca de quiénes son las diez personas más importantes en el estudio de la materia.

Comenzar un trabajo sin **una finalidad** y sin **un orden** determinado, arroja normalmente resultados desordenados y decepcionantes. Y después, cuando se quiere escribir, en muchos casos resulta farragoso, porque quien lo escribe no tiene las **ideas precisas de lo que quiere trasladar** a quien le va a leer o escuchar. Otro problema que suele presentarse es que todos los investigadores/as tienden a querer conservar casi todo lo que han recopilado, porque les cuesta prescindir de ello. Ese es un error, que hace la lectura más dificultosa y que limita en realidad el valor de las conclusiones que se ofrecen. Es preciso **descartar todo lo secundario** y seleccionar la idea o ideas básicas que se quieren defender.

Concluida la fase de información es necesario adentrarse en la fase de meditación, en la que se reflexiona sobre el conjunto del material recopilado para **decidir cómo organizarlo**. La finalidad de la meditación o reflexión es **aportar algo novedoso**. En este momento es necesario recopilar bien los datos, elegir los que se quieren conservar, desechar los que no sirven para esa finalidad, repensar la tesis a defender y considerar los posibles argumentos a favor y las críticas en contra. Al final de esta fase **el esquema, guion o índice del trabajo** de investigación debe estar listo. En esta fase la persona ya debe saber lo que quiere decir y cómo quiere defenderlo. Un modo de comprobar que nuestro trabajo se encuentra bien encaminado consiste en explicárselo con palabras breves y comprensibles a alguien que no sepa nada del asunto. Si nos vamos por

las ramas o nos cuesta explicar sobre qué vamos a escribir, eso significa que no tenemos bien delimitada la investigación.

Al concluir estas dos etapas, nos adentramos en la **fase de redacción**, que es la tercera. En este momento, la persona investigadora procede a exponer por escrito, el resultado de su trabajo. Nuestro estilo debe ser breve, claro, argumentativo y ha de estar desprovisto de errores ortográficos o gramaticales.

Además de estas indicaciones generales sobre el método de investigación, Milagros Otero (2020) presenta una lista de **métodos más concretos**:

- **Método inductivo.** Este método parte de numerosos casos particulares para alcanzar una tesis universal. Nuestros casos iniciales serían ejemplos concretos de la conclusión que hemos alcanzado.
- **Método deductivo.** Este método opera de la forma opuesta. Es decir, parte de lo universal o general para llegar a lo particular.
- **Método de análisis o analítico.** Consiste en tratar de descomponer el todo en partes a fin de poder estudiar mejor cada uno de los elementos y las relaciones entre dichos elementos, así como su armonía conjunta. Con la utilización de este método se pretende convertir lo complejo en simple.
- **Método sintético.** La característica fundamental de este método consiste en la fusión de distintas partes en un todo. La relevancia del método de síntesis consiste en alcanzar una visión global del problema a partir de la visión de los detalles del mismo.
- **Combinación de análisis y síntesis.** En un primer momento se analizan de forma individualizada los conceptos y después se realiza una síntesis integradora de dichos elementos.
- **Método dialéctico.** Consiste en contrastar una tesis y una antítesis para alcanzar una síntesis. Es decir, se afirma una idea,

se le oponen sus contrarias y se extrae una teoría integradora de ambas. Este método es como un diálogo entre dos posturas.

- **Método mayéutico.** Alude al método socrático. Consiste en el empleo hábil de interrogantes que nos conducen a dudar de todo, a fin de ir alcanzando verdades claras y afinando conceptos.
- **Método histórico.** Se indaga el desarrollo temporal del acontecimiento estudiado para obtener un relato ordenado cronológicamente. Este método permite aprovechar las lecciones de la historia, tratando de evitar la repetición de los errores o repitiendo aquellas fórmulas que funcionaron en el pasado.
- **Método estadístico.** Se basa en recabar datos de una muestra amplia, empleando cuestionarios validados (cuyas preguntas ya se han probado antes en otros estudios científicos y han demostrado ser efectivas). Posteriormente se aplican metodologías para el correcto análisis de los datos obtenidos.
- **Método hermenéutico.** A los presentados por Milagros Otero (2020) podemos añadir este método desarrollado por Gadamer (1997), puesto que **es el más empleado en derecho**. Consiste en realizar una lectura de la bibliografía contrastando nuestros conocimientos previos con la nueva información que dicha bibliografía nos aporta. De ello surge una comprensión provisional que se contrasta nuevamente lo nuevo que vamos leyendo (círculo hermenéutico). El resultado es un aprendizaje que incorpora aspectos nuevos a nuestros conocimientos e ideas anteriores.

## REFERENCIAS

---

- Abbagnano, N. (1978). *Historia de la Filosofía*. Montaner y Simón.
- Alchourrón C. y Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (2007). ¿Derechos humanos sin metafísica? *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30.
- Atienza, M. (2010). “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 44, 43-59.
- Aránguez, T. (2010). “La interpretación del derecho constitucional europeo”. *Revista videtur quod*.
- Aránguez, T. (2022). Las tres fases del borrado jurídico de las mujeres. *Diálogo filosófico*. 113.
- Arendt, H. (1999). *Eichmann en Jerusalén*. De Bolsillo.
- Aristóteles (2019). *Ética a Nicómaco*. Gredos.
- Aristóteles (1971). *La Retórica*. Instituto de Estudios políticos.
- Austin, J. (2012). *The Province of Jurisprudence Determined*. Lawbook Exchange Ltd.
- Austin, J. (2016). *Cómo hacer cosas con palabras*. Paidós.
- Bacon, F. (1984). *Novum organum: aforismos sobre la interpretación de la naturaleza y el reino del hombre*. Orbis.
- Balaguer Callejón, M. (2021). *El feminismo del siglo XXI*. Huso.
- Balaguer Callejón, F. (2004). “La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea”, *ReDCE*, 1.
- Balaguer Callejón, M. (1997). *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos.
- Balaguer Callejón, F. (1991). *Fuentes del derecho*. Tecnos.

- Balaguer Callejón, F. (2008). Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea. En Estudios en homenaje a Gregorio Peces Barba. Dykinson.
- Bentham, J. (1970). *On Laws in General*. The Athlone Press.
- Berlin, I. (2014). Dos conceptos de libertad. Alianza.
- Bobbio, N. (1989). Estado, Gobierno y Sociedad. Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1990). “La función promocional del derecho”. En Contribución a la teoría del derecho. Debate.
- Bobbio, N. (1997). “Teoría del Ordenamiento Jurídico”. En Introducción al Derecho de José Luis del Hierro. Síntesis.
- Bueno, G. (2009). “Ética y moral”. Tesela, 2.
- Bustos Gisbert, R. (2005). La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución, IVAP.
- Butler, J. y Fraser, N. (2000). ¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo. Traficantes de Sueños.
- Calvo, T. (1995). De los sofistas a Platón. Cincel.
- Caminal, M. (2008). “Dimensiones del nacionalismo”. En Ciudad y ciudadanía. Senderos contemporáneos de la filosofía política. Trotta.
- Cervati, A. (2006). “El derecho constitucional entre método comparado y ciencia de la cultura”, *ReCDE*, 5, 297-326.
- Chávez Ascencio, M. (1993). “La persona humana”. *Revista de Derecho Privado*, 11.
- Cicerón, M. (1989). *De Officiis*. Tecnos.
- Cicerón, M. (2000). *De la particion oratoria*. UNAM.
- Cicerón, M. (1951). *Diálogos del orador*. En *Obras escogidas*. Librería El Ateneo.
- Constant, B. (2020). La libertad de los antiguos frente a la de los modernos. Página indómita.
- Cortina, A. (1994). *Ética de la sociedad civil*. Anaya.
- De Cabo, C. (2006). El sujeto y sus derechos. En *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del Congreso sobre Derechos Constitucionales y Estado Autonómico*. Universidad de Barcelona. Tarragona.

- De la Barre, P. (1996). “De l'égalité des sexes”. En Figuras del otro en la Ilustración francesa. Diderot y otros autores. Escuela Libre Editorial.
- De Miguel, A. (2015). Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección. Cátedra.
- Dworkin, R. (1995). Los derechos en serio. Ariel.
- Dworkin, R. (1985). A Matter of Principle. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1980). “¿Es el derecho un sistema de normas?”. En La Filosofía del derecho. Breviarios Fondo de Cultura Económica, 75-127.
- Ehrlich, E. (2001) Fundamental Principles of the Sociology of Law. Routledge.
- Escudero Pérez, A. (2011). Diez calas en la historia de la filosofía. Uned.
- Ferrajoli, L. (1992). “El derecho como sistema de garantías”. Revista Jueces para la democracia, 16.
- Flores Ávalos, E. (2006). “Jurisprudencia de conceptos”. Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Gadamer, H. (1997). Verdad y método. Sígueme.
- García Amado, J. (2009). El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En Derechos sociales y ponderación. Dialnet.
- García Arroyo, C. (2022). “Sobre el concepto de bien jurídico”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 24-12.
- García de Enterría, E. (1985). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas.
- González García, M. (2002). “Maquiavelo o la pasión por la política”. En Filosofía y cultura. Siglo XXI.
- Guiddens, A. (2000). Sociología. Alianza Editorial.
- Guzmán Brito, A. (2002). Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. Revista de estudios histórico-jurídicos. 24.
- Häberle, P. (2010). “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, ReDCE, 13, 379-411.
- Habermas, J. (1987). Teoría de la acción comunicativa. Vol. II: Crítica de la razón funcionalista. Taurus.
- Habermas, J. (1989). Identidades nacionales y postnacionales. Tecnos.
- Hart, H. (1980). “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”. En La Filosofía del derecho. Breviarios Fondo de Cultura Económica.

- Hart, H. (1963). El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot.
- Hart, H. (1982). Essays on Bentham. Clarendon Press.
- Hegel, G. (1977). Lecciones sobre historia de la filosofía. Fondo de Cultura Económica.
- Heller, H. (1985). Las ideas socialistas. En Escritos políticos. Alianza.
- Heller, H. (1983). Teoría del estado, Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Hesse, K. (1992). “La interpretación constitucional”, en Escritos de derecho constitucional. Centro de estudios constitucionales. 33-54.
- Hesse, K. (1992). Escritos de derecho constitucional. Centro de estudios constitucionales, XI-XXVIII.
- Hohfeld, W. (1991). Conceptos jurídicos fundamentales. Fontamara.
- Horkheimer, M. (1973). Crítica de la razón instrumental. Editorial Sur.
- Häberle, P. (2010). “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, ReDCE, 13, 379-411.
- Jiménez Meza, M. (1997). La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional. Mundo Gráfico.
- Kant, I. (1978). Critica de la Razón Pura. Alfaguara.
- Kant, I. (2005). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Tecnos.
- Kelsen, H. (1979). Teoría General del Derecho y del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2006). ¿Qué es la justicia? Ariel.
- Kelsen, H. (1933). Teoría Pura del Derecho. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Latorre, A. (2008). Introducción al derecho. Ariel.
- Lerner, G. (2017). La creación del patriarcado. Katakraf Liburuak.
- Losano, M. (2002). Sistema e struttura nel diritto (vol. 1). Dalle origini alla Scuola storica. Giuffrè.
- López Melero, R. (1990). Así vivían en la antigua Grecia. Anaya.
- Luna Serrano, A. (2004). Las ficciones del Derecho. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.
- MacIntyre, A. (2013). Tras la Virtud. Austral.
- Marshall, T. (1999). Restorative Justice. An Overview, Home Office.

- Manin, B. (1998). Los principios del gobierno representativo. Alianza.
- Miyares, A. (2003). Democracia feminista. Cátedra.
- Miyares, A. (2021). Distopías patriarcales. Cátedra.
- Montesquieu (1984). Del espíritu de las leyes. Heliasta.
- Navarro Cordón, J. y Calvo Martínez, T. (1980). Historia de la filosofía. Anaya.
- Negri, T. (2002). La crisis de la política. Escritos sobre Marx, Keynes, las crisis capitalistas y las nuevas subjetividades. El cielo por asalto.
- Nino, C. (2014). Derecho, moral y política. Siglo Veintiuno.
- Nussbaum, M. (2012). Las fronteras de la justicia. Paidós.
- Olivecrona, K. (1968). Lenguaje jurídico y realidad. Centro editor de América Latina.
- Organización Mundial de la Salud (2011). Gender, Equity and Human Rights. Glossary of Terms and Tools.
- Ortega y Gasset, J. (1932). “En el centenario de Hegel”. La Nación. Periódico de Buenos Aires.
- Ortega y Gasset, J. (2004). Meditación sobre la técnica y otros ensayos sobre ciencia y tecnología. Alianza.
- Ortega y Gasset, J. (2015). Introducción a una estimativa. Gredos.
- Otero Parga, M. (2020). El presente de la filosofía del derecho. Reus.
- Peña Freire, A. (2009). Cinco teorías sobre el concepto de los derechos. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32, 665-686.
- Pérez Luño (2006). “La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico”. En El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Universidad de Salamanca.
- Pescatore, P. (1996). “La interpretación del Derecho comunitario por el juez nacional”, Revista de Instituciones Europeas, 23, 7-31.
- Platón (2003). La República. Gredos.
- Prieto Sanchís, L. (1991). “Notas Sobre la interpretación constitucional”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 9.
- Quesada Castro, F. (2008). “Filosofía y política: la institución de la democracia”. Ciudad y ciudadanía. Trotta.
- Quintero Mosquera, D. (2003). El Estado Social de Derecho como categoría política y jurídica.



- Quintiliano, M. (2001). *Sobre la formación del orador. Institutiones Oratoriae*. Universidad Pontificia de Salamanca.
- Ramos Vázquez, I. (2007). “Derecho internacional obrero. Origen y concepto”. *IUSLabor*, 3.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Harvard University Press.
- Rawls, J. (1980). “Teoría de la desobediencia civil”. En *La Filosofía del derecho. Breviarios Fondo de Cultura Económica*. 169-210.
- Requena López, T. (2001). *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*. Comares.
- Rodríguez y Rodríguez, J. (1989). “Las declaraciones francesa y universal de los derechos humanos”. Coloquio sobre el Bicentenario de la Revolución Francesa, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Rorty, R. (1998). “La justicia como lealtad ampliada”. En *Pragmatismo y Política*. Paidós, 105-124.
- Rorty, R., Schneewind y Skinner. (1990). *La filosofía en la historia. Ensayos de la historiografía de la filosofía*. Paidós.
- Ruiz Resa, J. (2016). *Teoría del derecho*. Tirant lo Blanch.
- Sáinz Moreno, F. (1995). “Interpretación jurídica”. En *Enciclopedia jurídica básica*, vol III. Civitas.
- Salazar Silva, F. (2006). “Teoría económica y Estado del Bienestar”. *Cuadernos de Administración*, 35, 127-143.
- Salguero, M. (2002). *Argumentación jurídica por analogía*. Marcial Pons.
- Savigny, F. (1981). *Textos clásicos*. UNAM.
- Solozabal Echavarría, J. (1981). “Sobre el Principio de la Separación de Poderes”. *Revista de Estudios Políticos*, 24.
- Tarello, G. (1972). “Die juristische Argumentation”. *Archiv für Rechtsund sozialphilosophie. Beiheft, Neue Folge*, 7, 103-124.
- Timm Hidalgo, A. (2014). “Antiformalismo Jurídico. Aproximaciones Básicas”. *Revista de Derechos Fundamentales*, 11. 195-226.
- Torres del Moral, A. (1975). *Democracia y Representación en los Orígenes del Estado Constitucional*. *Revista de Estudios Políticos*, 203.
- Valcárcel, A. (2019). *Ahora feminismo*. Cátedra.

- Varela, N. (2005). *Feminismo para principiantes*. Ediciones B.
- Vega Reñón, L. (2003). *Si de argumentar se trata*. Ediciones de Intervención Cultural.
- Vico, G. (2006). *Ciencia nueva*. Tecnos.
- Viehweg, T. (1964). *Tópica y jurisprudencia*. Taurus.
- Voltaire (2013). *Tratado sobre la tolerancia*. Espasa.
- Walzer, M. (1993). *Las esferas de la justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (1968). *Economy and Society*. Bedminster.
- Weber, M. (2013). *Política y ciencia y otros ensayos de sociología*. Comares.

