

## **Justicia, derecho y ley\***

### **Justice, law and legislation**

Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Académico de Número y Presidente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores de España

[jrzapata@telefonica.net](mailto:jrzapata@telefonica.net)

#### **RESUMEN**

Iusnaturalismo y positivismo son las dos grandes corrientes del pensamiento legal en los últimos veintiséis siglos. Es imposible determinar cuál de ellas es la acertada. España es la cuna del iusnaturalismo y en Europa domina el positivismo, aunque todas las leyes deben ser conformes a la razón.

**PALABRAS CLAVE:** Justicia, poder judicial, ley, legislación, razón.

#### **ABSTRACT**

Iusnaturalism and positivism are the two great currents of legal thought developed in the last twenty-six centuries. Most eminent professors said that it cannot be said which of them is correct, although Spain is the cradle of natural law conception, and in Europe prevails positivism. All the law order must be in accordance with the human reason.

**KEYWORDS:** Justice, judicial power, law, legislation, human reason.

---

\* Sesión académica de la RADE celebrada el 20-06-2022.

Justicia, Derecho y Ley; estos son los tres enunciados de nuestra intervención de hoy. Son extremadamente genéricos y la abstracción de su planteamiento llama a concretarlos en el ordenamiento jurídico y, por su relieve, en el ordenamiento constitucional.

¿Qué es la justicia? Me voy a fijar primero, como constitucionalista, en la sexta acepción del Diccionario de la Real Academia Española, en el que el término justicia remite, pura y simplemente, al *poder judicial*. Según una definición clásica en la doctrina francesa, la función jurisdiccional, que desarrollan los órganos del poder judicial, consiste en aplicar a los casos concretos sometidos a los tribunales las reglas abstractas formuladas en las leyes (*Carré de Malberg*).

Al hacerlo así, los jueces hacen justicia. Tienen una actitud en cierta forma pasiva, en cuanto que sólo pueden actuar a instancia de una parte interesada, y no por su propia iniciativa, o de oficio («*ne procedat iudex ex officio*»). Las decisiones judiciales tienen eficacia final o soberana. Cada una de ellas resuelve el conflicto que se ha suscitado entre dos partes en forma definitiva y soberana, porque la decisión del juez sólo podrá ser controlada, dentro del propio Poder Judicial, por otro juez superior, y sólo a condición de que se sigan estrictamente las reglas formales que rigen los recursos contra las resoluciones judiciales.

Un poder judicial independiente es la garantía esencial de un ordenamiento democrático y principio esencial de los ordenamientos de la Unión Europea: sólo a través de él se garantizan los derechos de los ciudadanos (art. 24 CE) y se ofrece seguridad jurídica y las garantías imprescindibles para una convivencia democrática. La organización de la justicia, en la acepción que hemos escogido, es, tal vez, el aspecto más delicado en la configuración de un Estado de Derecho. El ataque a la independencia de la Justicia o la descalificación de los jueces es signo seguro del inicio de una dictadura.

Pero no vamos a olvidar, sin embargo, la primera acepción del término Justicia en el mismo Diccionario de la Real Academia, que define la justicia como el «*principio moral que lleva a determinar que todos deben vivir honestamente*». Nos movemos en esta acepción en el terreno de la filosofía del Derecho.

Ardua definición: Justicia, dijo un gran poeta, es llamada «*la bóveda del edificio universal, en la que el todo sostiene cada una de las partes y cada una de las partes sostiene el todo y por la que, con cada una de las partes se sostiene o cae el todo*». Justicia es una virtud; es un principio que crea la convivencia civil y la legitimidad del Derecho. Por ella todos obedecemos a los mandatos de la ley y a los del Derecho.

Pero ¿en qué consisten esos mandatos? La palabra justicia nos aboca necesariamente a la palabra Derecho, pero ¿qué es el Derecho?

Vienen al recuerdo mis años de estudiante de filosofía del Derecho en la Universidad de Bolonia y las reflexiones de uno de los grandes filósofos italianos del Derecho del siglo pasado, Felice Battaglia.

Felice Battaglia fue Rector de la Universidad de Bolonia; sus obras son concisas pero luminosas y era muy respetado en la Universidad en los años setenta del siglo pasado. Aunque ya estaba jubilado sus discípulos lo traían a impartir sus enseñanzas en la Facultad; tuve el privilegio de que me dejaran asistir a sus últimas lecciones, poco años antes de su muerte. Se decía entonces, en la cátedra de filosofía de Guido Fassó, que Battaglia era, a través de Gentile, el último y más lúcido discípulo de Hegel.

Sus reflexiones sobre el Derecho y la Justicia me parecen dignas de recuerdo en estas reflexiones.

Afirmar la existencia del Derecho como algo real en la sociedad no es lo mismo que definirlo. En esa tarea se han enfrentado, desde la antigua Grecia, dos concepciones ideológicas en las que se pueden subsumir todas las que han existido y que, desde los orígenes del pensamiento, son constantes en toda la Historia de la Humanidad: Son *el iusnaturalismo y el positivismo jurídico*, «dos hermanos enemigos» en expresión de Norberto Bobbio, o dos ejércitos en cuyas filas se han alineado o alinean todos los juristas que existen y han existido. Al igual que el personaje de Molière de «*El burgués gentilhomme*» sólo podía hablar en prosa o en verso, toda definición del Derecho se sitúa, consciente o inconscientemente, en una de estas dos grandes corrientes del pensamiento, y todos hablamos bien como positivistas o bien como iusnaturalistas.

El problema del fundamento último del Derecho es un problema no resuelto, enseñaba Felice Battaglia; es imposible afirmar qué opción entre las dos grandes corrientes que he mencionado es la verdadera y auténtica: ser *positivista* o *iusnaturalista* sigue siendo, tras casi tres mil años de discusión, una opción personal y, por supuesto, una opción ideológica.

La contraposición de ambas corrientes es entre el Derecho positivo o lo que es Derecho simplemente en cuanto está mandado o establecido por una voluntad («*Ius quia iussum*») y lo que es el Derecho por naturaleza, o Derecho en cuanto justo («*Ius quia iustum*»).

El debate surgió en Grecia (donde ya se distingue entre *nomoi dicaion*, o derecho justo como derecho positivo, y *fisei dicaion*, o derecho justo según la naturaleza). A través de Cicerón y del estoicismo esas corrientes han llegado al cristianismo, que lo ha trasladado hasta nuestros días.

La corriente iusnaturalista no considera suficiente la positividad del Derecho entendida como arbitrio o voluntad del legislador. Considera que el Derecho debe basarse, por encima

de su positividad, en un valor superior consistente en un contenido trascendente y necesario de justicia que, al darle valor, lo legitima.

Iusnaturalista es toda postura que afirma que el Derecho está en función de la naturaleza humana. Toda concepción que permite fundar una serie de principios jurídicos absolutos, universalmente válidos e inmutables que el hombre debe reconocer y plasmar en el Derecho positivo. Las leyes positivas no pueden contradecir el Derecho natural.

Sólo el Derecho natural es justo y verdadero, lo que no excluye la juridicidad del Derecho positivo, ya que el Derecho positivo cuando sea conforme al Derecho natural también será justo y verdadero.

Los rasgos esenciales de una posición positivista son que toda decisión jurídica ha de estar basada en una norma preexistente, que esta norma debe ser impuesta por el Estado y que el conjunto de estas normas constituye una unidad coherente.

El positivismo puede, así, ser definido como doctrina que se dirige principalmente a afirmar al Estado como fuente exclusiva de normas jurídicas. Proclama la exclusividad del Derecho positivo y niega la juridicidad del Derecho natural, al considerar que el Derecho ha sido establecido por el hombre y para los hombres. El positivismo predica una teoría descriptiva de lo jurídico, en la que halla conveniente separar Derecho y moral; el juez debe fidelidad al Derecho positivo, sin deber recurrir a criterios metajurídicos; el legislador debe elegir desde el punto de vista de una ética relativista; esto es, no objetiva.

La superioridad moral de una doctrina que afirma criterios trascendentales de Justicia como parámetro de ordenación de la sociedad, frente a otra que considera Derecho cualquier producto arbitrario y artificial de la voluntad de un ser humano imperfecto, puede parecer clara, pero la crítica del iusnaturalismo ha denunciado con agudeza los graves riesgos que, a su vez, puede ofrecer el iusnaturalismo como doctrina aparente y teóricamente impecable.

Así, aunque el autor que ha formulado la teoría más insigne del positivismo, el austriaco Hans Kelsen, se ve obligado a reconocer la repugnancia que produce a cualquier ser humano intentar separar el concepto de derecho del concepto de justicia, nos advierte sin embargo, que la tendencia iusnaturalista a identificar derecho y justicia trata de amparar, en definitiva, una tendencia a justificar un orden social determinado y a legitimarlo afirmando que, además de positivo, es ése el orden conforme al derecho natural.

El iusnaturalismo es por ello, en opinión de Kelsen y de su teoría pura del derecho, una tendencia política y no científica, lo que se confirma si se considera que ninguna teoría iusnaturalista ha sido capaz, dice Kelsen, de determinar exactamente cuál es el contenido real y exacto de las leyes de la naturaleza que deben componer el llamado derecho natural;

las normas que se nos presentan como derecho natural son, la mayor parte de las veces, fórmulas vacías o principios que se pueden instrumentalizar políticamente en el sentido querido por el que se considera a sí mismo depositario de ese Derecho natural.

Así, por ejemplo, la defensa de la propiedad privada, como una institución de verdadero Derecho natural, es algo muy querido a la experiencia de los angloamericanos, pero instrumentaliza el Derecho natural, a favor de una posición liberal; en forma parecida la antigua afirmación del socialismo marxista en los Estados de socialismo real consideraba la propiedad privada como una institución contraria a la naturaleza y de esta forma instrumentalizaba lo natural en sentido revolucionario.

Concluye Hans Kelsen que una concepción positivista (como su Teoría pura del Derecho) no se opone, en absoluto, a la exigencia de que el Derecho se acomode a cánones de justicia; lo que ocurre es que dicha conformidad se sitúa en un plano distinto y superior (moral o filosófico) al plano del Derecho. No puede responderse en forma científica a preguntas ajenas al Derecho: la ciencia jurídica carece de competencia para afirmar que un Derecho determinado es justo o en qué consista la Justicia. Es más, el Derecho natural puro tiene necesariamente que transformarse en un sistema general y positivo de normas coactivas a los fines de su aplicación por hombres imperfectos, con lo cual el Derecho natural, para ser Derecho, dejaría de ser natural, deviniendo. Por eso el italiano Sergio Cotta dijo en 1987 que Derecho natural es una expresión contradictoria y carente de sentido, como si hablásemos de «*hierro leñoso*», pues si lo que se designa es derecho (un «deber ser») no es natural (un «ser») y si es «natural» no es «derecho».

España ha sido el bastión histórico tradicional del iusnaturalismo. En el período de la segunda posguerra mundial el positivismo imperante entonces en Europa, sobre todo en Alemania, entró en una grave crisis al ser acusado de haber hecho posible los crímenes del régimen nacionalsocialista alemán. Eso explica que en Alemania haya habido una reacción iusnaturalista desde 1945. Contrasta con un positivismo trasnochado y descarnado que sigue imperando hoy en los estudios universitarios españoles, aunque sea copia de ideas extranjeras y se haya adoptado en forma tardía. Sin embargo, cuando nuestros positivistas traducen y copian textos alemanes recientes vuelven a importar, tal vez en forma inconsciente, neiusnaturalismo.

La acusación al positivismo se basa en que la degeneración del Derecho y de la justicia durante el régimen nazi se debió al poder absoluto de la Ley («*Gesetz ist Gesetz*») defendido por los positivistas, que debía prevalecer y ser aplicada por el juez sin controlar la justicia de su contenido; haciendo así posible la aplicación de las leyes racistas nazis. Con la complicidad de los juristas, y sobre todo con el conformismo cobarde de los jueces, el Derecho meramente formal impuesto por un régimen despótico se impone sin límite.

Muchos autores han argumentado, como Guido Fassò en 1970, que, sin embargo, el positivismo sería inocente de tal acusación. Se objeta a esa crítica del positivismo que un cierto mantenimiento del principio de legalidad positivista en la Italia de Mussolini o en la «*legalidad socialista*» de la URSS posterior a Stalin sirvieron de un freno relativo a la dictadura. Aunque la inhumanidad nacionalsocialista fue revestida de la forma de ley y, de acuerdo con los principios del positivismo, deberían haber sido aplicadas, como reconoce el mismo Fassò, debe subrayarse que el régimen nazi barrió de la escena todo positivismo antes de establecer conceptos como el «*Füherprinzip*», la protección de la raza, el sentimiento del pueblo, etc., que fueron los que posibilitaron su poder absoluto y la barbarie criminal que lo acompañó

El iusnaturalismo y el positivismo, decía, llevan peleando veintisiete siglos como dos hermanos enemigos. ¿Qué visión es la acertada? ¿El Derecho es lo que es justo o es lo que está establecido por el poder político?

Si afirmásemos que el iusnaturalismo está por encima del positivismo tendríamos que dar ejemplos de normas de Derecho natural que pueden no encontrar cobijo en el Derecho positivo, lo que no es fácil. Nadie más legitimado que España para afirmarlas porque el iusnaturalismo es español y tiene su máxima expresión en la escuela de Derecho natural de Salamanca.

Quizá en la Constitución se encuentra una síntesis entre las dos posiciones, porque consagra principios de justicia que deben ser respetados por la ley ordinaria, que, como tal, es inferior a la Constitución y debe respetarla. Lo justo, como lo bueno o lo debido, encaja con el concepto de libertad, igualdad y dignidad humana que se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución. La Constitución, ha dicho con acierto el alemán Peter Häberle, es *Derecho natural codificado*.

Hay una reflexión reciente que arroja nueva luz a la cuestión. Me refiero al discurso pronunciado por Su Santidad el Papa Benedicto XVI el de 22 de septiembre de 2011 en el edificio del *Reichstag* de Berlín, ante el Pleno del Parlamento alemán, durante su visita pastoral a la Alemania reunificada de principios de este siglo.

El positivismo es la consagración de la dictadura de la voluntad del hombre y vivimos, dijo el Papa, en un momento en el cual el hombre ha adquirido un poder hasta ahora inimaginable. El hombre tiene la capacidad de destruir el mundo. Se puede manipular a sí mismo. Puede, por decirlo así, hacer seres humanos y privar de su humanidad a otros seres humanos.

Así lo muestran hoy, por ejemplo, diez años después del discurso de Benedicto XVI las leyes «woke» de moda en Estados Unidos y que se copian en otros Países como España.

Volvamos al discurso del Papa, ¿cómo podemos reconocer lo que es justo? ¿Cómo podemos distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y lo que es «no-derecho», el derecho sólo aparente porque aparece revestido de una cobertura formal?

La respuesta europea se concentra en un dominio absoluto del positivismo. Reconoce el Papa que la visión positivista del mundo, que alcanza su cima en Hans Kelsen, es en su conjunto una parte grandiosa del conocimiento humano y de la capacidad humana, a la cual en modo alguno se debe renunciar. Pero afirma que la separación tajante que postula entre el mundo del ser y el mundo del deber ser —en el que se ubica el derecho— hace que el positivismo no sea una cultura suficiente en su totalidad.

En las cuestiones fundamentales del derecho, cuando está en juego la dignidad del hombre y de la humanidad, el principio de la mayoría no basta para crear el Derecho: en el proceso de formación del derecho, una persona responsable debe buscar siempre cuáles son los criterios de su orientación.

La razón positivista si se presenta a sí misma de modo excluyente, se parece, dice el Papa Benedicto XVI, a grandes edificios de cemento armado contruidos sin ventanas, en los que logramos el clima y la luz por nosotros mismos, sin querer recibir ya ambas cosas del gran mundo de Dios. Y, sin embargo, no podemos negar que en ese mundo autoconstruido se recurre en secreto igualmente a los «recursos» de Dios, que transformamos en productos nuestros. Pero ¿qué ocurre si fallan se tergiversan o se olvidan esos recursos?

Donde la razón positivista es considerada como la única cultura suficiente, relegando todas las demás realidades culturales a la condición de subculturas, ésta reduce al hombre, más todavía, y amenaza su humanidad. Lo afirma el Papa especialmente mirando a Europa, donde en muchos ambientes se trata de reconocer solamente el positivismo como cultura común o como fundamento común para la formación del derecho, reduciendo todas las demás convicciones y valores de nuestra cultura al nivel de subcultura. Con esto, Europa se sitúa ante otras culturas del mundo en una condición de falta de cultura, y se suscitan al mismo tiempo corrientes extremistas y radicales.

Por ello es necesario -dice- volver a abrir ventanas en el edificio ciego del positivismo, para ver de nuevo la inmensidad del mundo, el cielo y la tierra, y aprender a usar de todo esto de modo justo.

Benedicto XVI acude a un fenómeno de la historia política reciente. En la aparición del movimiento ecologista en la política alemana a partir de los años setenta, la gente joven lanzó el grito de que se abrieran las ventanas.

Fue un grito que anhelaba aire fresco, un grito que no se puede ignorar ni rechazar porque se perciba en él demasiada irracionalidad. La juventud se dio cuenta que en nuestras relaciones con la naturaleza existía algo que no funcionaba; que la materia no es solamente un material para nuestro uso, sino que la tierra tiene en sí misma su dignidad y nosotros debemos seguir sus indicaciones. Es evidente que el Papa no hace con esta reflexión —y así lo advierte— propaganda de un determinado partido político, pero cuando en nuestra relación con la realidad hay algo que no funciona, entonces, dice, debemos reflexionar todos seriamente sobre el conjunto, y todos estamos invitados a volver sobre la cuestión de los fundamentos de nuestra propia cultura.

La importancia de la ecología es hoy algo indiscutible. Debemos escuchar el lenguaje de la naturaleza y responder a él coherentemente. Pero Benedicto XVI afirma que hay también *una ecología del hombre*.

También el hombre posee una naturaleza que él debe respetar y que no puede manipular a su antojo. El hombre no es solamente una libertad que él se crea por sí solo. El hombre no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza, y su voluntad es justa cuando él respeta la naturaleza, la escucha, y cuando se acepta como lo que es, y admite que no se ha creado a sí mismo. Así, y sólo de esta manera, se realiza la verdadera libertad humana.

Finalmente, el concepto de ley se refiere a la expresión de la voluntad general. Volvemos de nuevo al positivismo y al Derecho como creación de una voluntad humana. La Ley está expresada en última instancia en una supernorma, que es la Constitución y se aplica por un poder judicial independiente, en el sentido que hemos visto.