

# IRRENUNCIABLE POSITIVACIÓN, ESENCIALIDAD NATURAL E HISTORICIDAD INVISIBLE DEL DERECHO: MÁS ALLÁ DEL *VERUM IPSUM FACTUM*

The Irrevocable Positivity, Natural Essentiality and Invisible Historicity of Law: Beyond the *verum ipsum factum* \*

ANGELO ANZALONE \*\*

Fecha de recepción: 09/06/2021  
Fecha de aceptación: 28/07/2021

*Anales de la Cátedra Francisco Suárez*  
ISSN: 0008-7750, núm. 56 (2022), 181-214  
<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v56i0.21518>

**RESUMEN** Con el objetivo de reivindicar la importancia de lo que de irrenunciable, esencial e histórico reside en el *ethos* jurídico, en este trabajo reflexionaremos sobre las virtudes que en la actualidad siguen presentando algunas tendencias filosófico-jurídicas. Aunque la oposición entre modelos iusnaturalistas y propuestas iuspositivistas se haya convertido en un eterno debate –desde donde algunos intentan escapar y donde otros buscan refugio–, intentaremos sostener la conveniencia de un posible patrón mixto, que definiremos discreto y templado, una arquitectura sensata y respetuosa para el derecho del futuro, que es, en realidad, el derecho del presente. La fascinante relación entre las categorías viquianas del *certo* y del *vero* nos servirá como guía para rescatar una aproximación a lo jurídico que sepa combinar su innegable corte histórico-concreto, su calibrada carga metafísica y su indispensable formalidad procedimental. Todo ello, con el fin último de seguir apostando por lo que de humano reside en el derecho.

**Palabras clave:** iuspositivismo; iusnaturalismo; historia del derecho; ética jurídica; verdad; humanismo jurídico; hermenéutica jurídica.

---

\* Para citar/citation: Anzalone, A. (2022). Irrenunciable positivización, esencialidad natural e historicidad invisible del derecho: más allá del *verum ipsum factum*. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56, pp. 181-214.

\*\* Departamento de Ciencias Jurídicas Internacionales e Históricas y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Córdoba (España). Área de Filosofía del Derecho. Puerta Nueva, s/n, 14071 Córdoba (España). Email: [ji2anana@uco.es](mailto:ji2anana@uco.es). Número ORCID: 0000-0002-1763-5737. Este trabajo de investigación pertenece al proyecto titulado “Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea”, referencia PID2020-113346GB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. (AEI/10.13039/501100011033).

**ABSTRACT** In this work we will reflect about the opportunity that some philosophical-legal tendencies provides currently, with the aim to claim the importance of what is inalienable, essential and historical in the legal *ethos*. Although the contrast between natural law models and legal positivist proposals has become an eternal debate –from which some seek to escape and where others seek refuge–, we will try to argue for the convenience of a possible mixed model, which we will call discrete and temperate, a meaningful and respectful framework of the future law, which is, in fact, the present law. The amazing relationship between the *viquian* categories of the “certain” and the “true” will guide us to recover an approach to Law that knows how to combine its undeniable historical-concrete slant, its calibrated metaphysical charge and its essential procedural formality. The ultimate aim of all of this is to continue betting on what is human in Law.

**Keywords:** iuspositivism; natural law; law history; legal ethics; truth; legal humanism; legal hermeneutics.

## 1. DE QUÉ PODEMOS Y DEBEMOS HABLAR. UNA BREVE INTRODUCCIÓN

Es sabido que la historia del pensamiento filosófico-jurídico se caracteriza, entre otras cuestiones, por un continuo alternarse de posturas y posicionamientos sobre los modos de vida del derecho. En algunas ocasiones, se destaca su dependencia exclusiva de la acción de poner el derecho que suele llevar a cabo, según oportunas coordenadas espaciales y temporales, la autoridad humana competente; otras tendencias, por el contrario, prefieren apostar por una realidad jurídica hecha no solamente de derecho “puesto” por el hombre, sino también por factores extra-puestos que deberían ser buscados en instancias diversas. Las tendencias iuspositivistas, por un lado, y las iusnaturalistas, por el otro, acaparran la atención de estudiosos de todo tiempo y lugar, ya que sus propuestas afectan a todas las manifestaciones de lo jurídico, así como a los distintos modos de aproximación a este fenómeno práctico de la actividad humana.

Este trabajo no tiene la mera finalidad de repasar el fascinante debate al que aludimos, ya que para ello existe abundante y seria literatura. Una de sus primeras preocupaciones, de hecho, consiste en comprobar que se trata de una disputa parcialmente superada. Por tanto, se verá cómo “podemos hablar” de la rivalidad que ha existido, y puntualmente sigue existiendo, entre tendencias iuspositivistas y postulados iusnaturalistas, pero, al mismo tiempo, se apreciará que “debemos hablar” de lo que en nuestros días resulta más oportuno, adecuado y operativo, con la mirada puesta hacia un derecho cada vez más exigente y exigido, plural, diverso y, a veces, desatendido por quienes deberían cuidar de él y de sus más bellos meandros.

El servicio que la juridicidad debe prestar a la persona en su comunión con los demás, por un lado, y las variables que el devenir histórico presenta bajo el rostro de desafíos, conquistas, éxitos o derrotas, por el otro, constituyen el hilo conductor de nuestras reflexiones. Veremos que, probablemente, comienzan a ser superfluas o estériles las etiquetas genéricas de iuspositivista o iusnaturalista, así como las más específicas de analítico, realista, moralista, formalista, etc. Y ello debido a que, si deseamos cuidar al derecho de manera sana y genuina, es decir, si queremos custodiar lo que invisiblemente le sostiene, mantiene e impulsa en su función más noble, es probable que comience a resultar no del todo frívola la promoción de una postura ius-natural-positivista responsable y templada, respetuosa hacia un prototipo de hombre que puede y sabe “pro-poner”, aunque no sepa ni pueda “pro-ponerlo” y “presu-ponerlo” todo.

El fatigoso camino de la humanidad hacia —y guiada por— una verdad humilde y, quizás por esto, resbaladiza, no puede no constituir una parte esencial de la reflexión sobre el derecho. Sabemos que el estudio de lo jurídico conlleva necesariamente el análisis de sus distintas manifestaciones y dimensiones, pudiéndose acentuar, como es obvio, uno o más aspectos en detrimento de otros, dependiendo, evidentemente, del enfoque epistemológico que se adopte en el recorrido especulativo que se adopte. Ahora bien, creemos que hoy “debemos hablar” de lo que una nueva etapa histórica transmoderna le demanda al derecho, al hombre y a sus productos cosechados en comunión con los demás.

En este último sentido, ha sido observado que el devenir de las ciencias sociales gravita en torno al trinomio “información” (en el sentido de revolución cibernética), “globalización” (como estandarización de la cultura) y “posmodernidad” (caracterizada históricamente por la revolución industrial), siendo la transmodernidad el producto de la interacción dialéctica entre estos tres elementos, un nuevo ciclo histórico, en suma, que se caracteriza por los siguientes factores: “aceleración del tiempo histórico”, “pérdida de los referenciales” e “idea de fin de la historia” (Coelho, 2001, p. 152).

La aceleración del tiempo histórico es el producto de nuevos descubrimientos, conquistas e invenciones, algo que, por ejemplo, encuentra su máxima expresión en la obtención de medios capaces de provocar el exterminio de la especie humana. La desreferencialización comporta el desplazamiento del hombre de su lugar tradicional, en cuanto que: a) individualmente, y a través de unas dinámicas de sutil, sofisticado y silencioso control de sus esferas privadas, deja de ser ciudadano de un país y pasa a serlo del mundo; b) socialmente, los valores comunitarios tradicionales, como pueden ser los familiares, se ven suplantados por constructivismos éticos que proclaman la perfección de lo artificial, de lo procedimental y de

lo formal; c) ideológicamente, los dominios clásicos del saber parecen no ser idóneos para permitir el acceso a una adecuada comprensión del lugar que el hombre ocupa en el mundo, manifestándose incapaces para que el hombre sepa aceptar el papel que la sociedad le ha reservado. En último lugar, a la base de la idea del fin de la historia encontramos la sensación de que poco o nada podemos esperar en términos de creatividad filosófica y, en consecuencia, política y jurídica (*Ibidem*, pp. 153-154).

Estas últimas reflexiones pueden servirnos para ver cómo se presagia una contemporaneidad caracterizada por paradigmas a los que las ciencias sociales deben ciertamente prestar atención. Lo “eterno y extra-temporal”, a la vez dinámico y capaz de adaptarse a las circunstancias, es algo que para el correcto funcionamiento de la maquinaria jurídica y política no se puede negar. Por lo menos para un derecho que quiera servir a un tejido social cada vez más global pero diverso, estratificado y caracterizado por fracturas sentimentales inducidas, conseguidas a base de mediocridad y aplastamiento intelectual. Están en juego la libertad del hombre, su comunión con los demás y los bienes que, en sus encuentros inter-subjetivos, desea perseguir.

Es aquí, por tanto, un gran reto pedagógico: reavivar sentimientos de apego a la institucionalidad espontánea y reconocida. Hablamos, en definitiva, de una filosofía del derecho que no puede eludir estos desafíos, elevándose, por el contrario, en depositaria de lo que de genuino y próspero es posible encontrar en la historia de la humanidad. En las páginas que siguen intentaremos perfilar un recorrido filosófico-jurídico de corte ius-natural-positivista, al estilo que nos enseñó uno de los grandes maestros que la historia del pensamiento haya podido conocer, alguien que supo intuir de modo genial la fragilidad y, al mismo tiempo, la poderosidad que tiene el devenir histórico “para” y “en” las sociedades humanas. El lector habrá probablemente intuido que nos referimos a Giambattista Vico, quien cobrará protagonismo en la parte final de este trabajo.

## 2. UN VIEJO DEBATE, QUE EN SU DÍA FUE NUEVO, AUNQUE ESCONDÍA ALGO VIEJO

Con el objetivo de aclarar la clásica contraposición entre positivismo jurídico e iusnaturalismo —radical hasta las últimas décadas del siglo XX—, podemos recordar que, en términos muy generales y salvando las diferencias que caracterizan las diversas tendencias que desarrollan más postulados que otros, los exponentes iuspositivistas tienen en común las siguientes premisas básicas: en primer lugar, consideran coherente y oportuno distinguir el derecho tal y como de hecho es del derecho tal y como debería ser; en

consecuencia, circunscriben el campo de acción de la ciencia jurídica al derecho positivo, es decir al derecho tal y como de hecho es; en tercer lugar, desde un punto de vista metodológico sostienen que el conocimiento del derecho positivo es una cuestión de hecho, no siendo oportuna referencia alguna, en la búsqueda de la definición de lo jurídico, a la justicia o a los valores morales.

Los iusnaturalistas, por el contrario, mueven sus distintos posicionamientos partiendo de las siguientes premisas básicas: en primer lugar, existe un derecho meta-positivo e intrínsecamente válido, es decir con independencia de su reconocimiento legislativo; consecuentemente, y debido a su potencia axiológica, este derecho está dotado de una fuerza obligatoria y superior con respecto al derecho positivo. En definitiva, y atacando la tesis de la “neutralidad” mantenida en el seno del iuspositivismo, las instancias iusnaturalistas consideran que la descripción del derecho positivo solo será posible a través de una “toma de posición” hacia el mismo derecho positivo, teniendo en cuenta los valores éticos que, en su caso, las normas jurídicas “puestas” sean capaces de encarnar (Schiavello, 2008, pp. 19-20).

Ahora bien, resulta evidente que la apuesta por la positividad de lo jurídico no equivale necesariamente a optar, en términos exclusivos, por una o más propuestas iuspositivistas. Es decir, los entusiasmos que gravitan en torno a la “positividad” del derecho derivan de una serie de exigencias que pueden ser consideradas necesarias incluso desde perspectivas radicalmente opuestas o por lo menos distintas. En este sentido, deberíamos recordar que determinadas exigencias de índole científica, concretas expectativas de orden práctico e ineludibles problemas de legitimación política, constituyen los tres impulsos esenciales de la positividad jurídica. Por tanto, sus “frutos esperados” son la “*racionalidad* en el manejo teórico del derecho, *seguridad* al abordar las consecuencias de su ejercicio práctico, y *legitimación* de su inevitable respaldo político”, algo que ha encontrado sus inmediatos corolarios en el “*normativismo* teórico-jurídico”, en la “*no retroactividad* de las normas” y, por último, en el “*esquema voluntarista* de legitimación” (Ollero Tassara, 1985, p. 287). No obstante, y aunque decíamos que tales exigencias, así como sus primeros frutos, no deben necesariamente representar una apuesta exclusiva por los postulados mantenidos en el seno del iuspositivismo, veremos cómo la deriva ahistórica y mecanicista de lo jurídico es inevitable y, por tanto, merece ser corregida.

El fuerte impacto causado por algunas teorías iusnaturalistas, y en algunos casos anti-iuspositivistas, ha determinado un acercamiento de posturas y una especie de convergencia entre las mejores versiones de ambas tendencias. Literatura reciente pone nombres propios a esta realidad y nos indica, por un lado, el caso de Norberto Bobbio, quien, no renunciando a

sus premisas kelsenianas, reconoce una tensión existente entre el derecho que existe y el derecho que debería existir (en un mismo ordenamiento jurídico); por el otro, nos señala el caso de John Finnis, quien, no prescindiendo de la fundante referencia a los principios morales que desafían las pretensiones de la autoridad, admite que la *human law* es, en todo caso, un artefacto (Schiavello, 2008, pp. 21-22)<sup>1</sup>. Intuiciones y convergencias aparentemente nuevas, ya que realmente viejas si las consideramos en sus más íntimas sustancias y significados, tal y como aparentemente nuevas fueron las propuestas iuspositivistas en sus intentos de superación del iusnaturalismo ilustrado. A este respecto, creemos oportuno insistir sobre los riesgos de ahistoricidad y excesiva rigidez de la maquinaria jurídica, algo presente en diversas propuestas, ya sean de una tendencia o de otra.

Con peculiar referencia al positivismo jurídico, debemos reconocer que en sus posicionamientos está siempre latente la fuerte carga que heredó de las más incautas expresiones de la mentalidad positivista: esto es “la idea de que el mundo es descomponible en «hechos», y que la tarea de la Ciencia se ha de limitar a *describir* esos «hechos» que el mundo nos presenta”. Como consecuencia o, si lo preferimos, a modo de premisa, “la Ciencia positivista no inventa la verdad, sino que la descubre, y al descubrirla, la describe”. Con esto, es posible mantener sin grandes dificultades que el positivismo se enfrenta dogmáticamente a la realidad, ya que el objeto de su actuar científico le viene dado de antemano y se trata de “algo inalterable por parte de quien lo observa y lo describe” (Robles, 2015b, p. 83).

Ahora bien, ese gran coloso del pensamiento jurídico que conocemos como iuspositivismo se caracteriza, de un lado, por ese actuar científico descriptivo siempre latente en sus postulados, y, de otro, por la amplitud de respuestas que, como es sabido, ha sido capaz de proporcionar al interrogarse sobre la naturaleza del fenómeno jurídico. La variedad de tendencias iuspositivistas, por tanto, dependerá de las distintas maneras de entender el hecho jurídico y de cómo se pretenda llevar a cabo el tridente al que nos referíamos anteriormente, esto es racionalidad-seguridad-legitimidad; tal y como decíamos, la ahistoricidad del derecho caracterizará sus principales vertientes que, en este sentido, poco se alejarán de la petrificación de lo jurídico consumada por el iusnaturalismo racionalista.

---

1. En este sentido, Schiavello considera que “la riduzione delle distanze tra giusnaturalismo e giuspositivismo è dovuta, da un lato alla disponibilità del positivismo giuridico ad indebolire la tesi della separazione tra diritto e morale; non è un caso molti autori giuspositivisti preferiscano la dizione «tesi della separabilità» (*separability thesis*) a «tesi della separazione» (*separation thesis*). Dall'altro lato tale avvicinamento si deve alla rinunzia, da parte dei giusnaturalisti, alla duplicazione dell'oggetto-diritto ed alla conseguente rinunzia allà «asimmetria» con il positivismo giuridico”.

Ejemplos ilustres —según literatura calificada— vienen ofrecidos por el positivismo legalista (con su positividad instantánea), el normativismo judicialista (con su positividad en cadena) y la constatación realista de lo jurídico (con su positividad sobrevenida). En el primer caso, se asiste a una buena dosis de desconfianza hacia las tareas interpretativas llevadas a cabo por los juristas, ya que la admisión de su beneficio implicaría confesar las posibles imperfecciones de lo “puesto”, abriendo las puertas a la discrecionalidad. Lo que en el iusnaturalismo racionalista “era aséptico manejo lógico de verdades eternas”, se transforma así “en aséptico manejo lógico de voluntades puestas”. La positividad en cadena puesta en marcha por el normativismo judicialista, por su parte, admite la necesaria existencia de una cadena de voluntades que deben ser capaces de completar una obra de positividad ya no definitivamente cerrada, sino abierta incluso a la intervención de una mitigada dosis de discrecionalidad; no obstante, esta positividad en cadena acaba por ser “también radicalmente ahistórica, al degenerar en sucesión caprichosa” y presentándose como poco cuidadosa de la auténtica dinámica jurídica, una realidad evolutiva y no una mera suma de “fotos fijas” e “inconexas”. En último lugar, los conceptos empiristas de las renovadas intuiciones realistas determinan el “máximo desmoronamiento” de las premisas iuspositivistas, ya que “de la positividad acabada y cerrada del legalismo” se pasa a una “positividad sobrevenida, sólo constatable «ex post facto»”; por otra parte, y como consecuencia de sus postulados, los planteamientos sociológicos no destacan ciertamente por captar o reivindicar la radical historicidad de lo jurídico, pues en ellos “el derecho sigue ajeno al despliegue de las implicaciones históricas de unos contenidos valiosos”, diseñándose más bien “como una eficaz técnica para manufacturar el futuro” y no siendo, por ende, “fácil concebir algo menos histórico” (Ollero Tassara, 1985, pp. 288 y 290-292).

Llegados a este punto —y habiendo aludido anteriormente al iusnaturalismo en su vertiente más ilustrada— es de justicia recordar que el siglo XVII representa al auge del racionalismo y que, en términos muy generales, este gran movimiento cultural rechaza toda fuente de conocimiento ubicada más allá del intelecto humano. Como consecuencia, en el ámbito de la filosofía del derecho se llega a considerar la razón como fuente principal de aquel derecho que viene definido o calificado como natural. Hay que reconocer que con la palabra naturaleza, en estos casos, se indica la esencia del hombre, es decir la razón; en otras palabras, natural es sinónimo de racional y, en no pocos casos, de no-sobrenatural. Depositando en la razón una ilimitada e ingenua confianza, los ilustrados plantean de este modo un abstractismo del cual derivan notables consecuencias.

Primera entre ellas —como adelantábamos— es el olvido de la dimensión histórica de hombre y sociedad, ya que apelar a la mera razón representa la eliminación, en el ámbito de la reflexión jurídica y política, de la constitutiva consideración de orden histórico. Se trata de tendencias que, en sus estériles intentos de superación de las posturas iusnaturalistas seiscientescas, acaban por atribuir forma racional y sistemática a determinadas materias, pero que en nombre de las verdades de validez universales teorizadas en su seno, prescinden de las circunstancias concretas que son concausa de sus teorizaciones (Fassó, 2008, pp. 193-195)<sup>2</sup>. En suma, estamos intentado comprobar y recordar que las versiones más radicales de unos y otros —iuspositivismos e iusnaturalismos— niegan rotundamente el dinamismo histórico y constitutivo que reside en el *ethos* jurídico.

Por tanto, y a la luz de lo expuesto, nos preguntamos si existe algún motivo operativo, es decir, con seria trascendencia práctica, para seguir proclamando y avalando un iusnaturalismo o un iuspositivismo “a secas”. Probablemente tenga sentido mantener una radical separación, pero solo en un único sentido y solo en virtud de un motivo concreto que, en este caso, consideramos teórica y prácticamente operativo. Al margen de las anteriores consideraciones, debemos reconocer que la llegada del Estado moderno, el

---

2. Entre los más reconocidos estudiosos del pensamiento del profesor boloñés, Fernando Llano ha observado que, desde una perspectiva historiográfica, “una de las principales fuentes de controversia en los foros de debate iusfilosófico ha sido tradicionalmente la defensa de una teoría que afirma la manifiesta continuidad de la corriente iusnaturalista-racionalista en el curso de los siglos, desde la Antigüedad grecoromana, pasando por la patristica y la escolástica, hasta el racionalismo de los siglos XVII-XVIII, en el que se sentaron las bases del moderno Estado de Derecho”. Ahora bien, “contra esta teoría se han alzado habitualmente las voces discrepantes de aquellos que defienden la existencia de una ineludible fractura entre el mundo clásico y el contemporáneo, representando el periodo medieval un paréntesis «subjetivo» que contribuyó a retrasar la maduración de la modernidad. De otro lado se sitúan quienes, fundándose en el tradicional esquema idealista-espiritualista-modernista, sostienen que frente a la etapa antigua de la filosofía occidental, donde el hombre se integraba pasivamente en el orden natural, esto es, en la realidad «objetiva», el cristianismo supuso el descubrimiento del individuo como sujeto dotado de autonomía y espíritu, hundiendo en esta época sus raíces la cultura moderna, la cual, tras depurar el objetivismo que durante el Medievo se había infiltrado en el pensamiento cristiano, reverdecería vigorosamente a partir del Renacimiento”. En el marco de este debate, Fassó consideraría que “la idea de modernidad solo podía guardar relación con una ética subjetiva que estuviera en consonancia con el racionalismo”; de este modo, y según el pensador boloñés, “la ética moderna era la resultante de la íntima correlación existente entre el subjetivismo y el racionalismo; por tanto, solo desde un planteamiento homogéneo de la evolución histórica iusfilosófica que ponderase las principales aportaciones que en cada época se habían realizado para la cristalización de este concepto, podría accederse a una comprensión integral de los problemas y cuestiones que a lo largo de los siglos han venido aquejando a la Filosofía del Derecho” (Llano Alonso, 1997, pp. 123-124).

entusiasmo de las codificaciones, el auge del pensamiento racionalista e iluminista, así como la escuela de la exegesis y la escuela histórica del derecho, determinaron la génesis y la expansión de esta peculiar forma de pensamiento jurídico, que es el iuspositivismo (Schiavello, 2017, p. 129). Ahora bien, su crisis y posible declino han sido evidentemente determinados por razones especulares a las expuestas, ya que las más recientes tendencias iusfilosóficas no esconden un gran interés hacia las metamorfosis socio-institucionales de las últimas décadas, así como hacia la incorporación, en los tejidos normativos de las constituciones contemporáneas, de un contenido valorativo, valorable y valorado.

En otras palabras, la carga axiológica del derecho comienza (o vuelve) a entrar de lleno en el debate y este, cada vez con más nitidez, parece ser incapaz de separar netamente entre una obra de descripción de la materia jurídica y la actividad interpretativa que sobre ella se realice. No se trata, por tanto, de ser (hoy) necesariamente anti-iuspositivista o anti-iusnaturalista, ni de considerar las nuevas tendencias teóricas como soluciones mágicas a un debate que ha adquirido dimensiones gigantescas; es cuestión de ser honestos y coherentes con este bello fenómeno humano —que es el derecho— y ser capaces de reconocer sus distintas dimensiones. El derecho es fuerza, poder, orden, garantía, historia, hecho, valor, seguridad, cultura, vida, identidad, técnica, institución, norma, sistema, filosofía, principios, doctrina, jurisprudencia, experiencia, praxis, academia, etc. Se trata, en definitiva, de sostener una idea de derecho como un sistema complejo y abierto al diálogo, hacia dentro y hacia fuera, superando los dogmatismos estériles y peligrosos producidos por las concepciones nomocéntricas y respaldando su intrínseco carácter dinámico y elástico.

Por todo ello, insistimos y no apreciamos nada nuevo en este viejo debate, pues ni tan nuevo, realmente, lo fue en su día. Las conexiones entre la instrumentalidad jurídica y las pretensiones éticamente valoradas forman el núcleo esencial de la cuestión. Es así como una operativa lección del iuspositivismo sigue siendo hoy bastante válida y sugerente: nos referimos a la tesis de la separación entre el derecho y la moral, algo que puede ser metabolizado con facilidad si consideramos esta tesis como un puro planteamiento epistemológico. En sentido, Gregorio Robles considera que “uno de los errores más difundidos en la filosofía y teoría jurídicas contemporáneas” es la idea en virtud de la cual el positivismo jurídico mantendría la separación absoluta entre derecho y moral. A su juicio, se trata de un error ya que la separación entre los dos fenómenos normativos, defendida por el iuspositivismo, no sería una tesis ontológica, sino epistemológica. Es decir, solamente desde una perspectiva epistemológica el positivismo jurídico separa el conocimiento jurídico del conocimiento ético, manteniendo así la

distinción entre la teoría del derecho y la teoría ética. Este rasgo, en opinión de Robles (2015a, pp. 855 y 857), es común a todas las tendencias positivistas y, evidentemente, se presenta en contraposición a lo mantenido por las instancias iusnaturalistas, donde el fundamento último del conocimiento jurídico habrá que derivarlo del conocimiento ético<sup>3</sup>.

Curiosamente, ha sido recordado como también Riccardo Guastini plantea la cuestión en términos muy parecidos, ya que, al considerar que las tesis del iuspositivismo pueden tener una naturaleza epistemológica, una ontológica y otra metaética, mantiene que la primera de ellas explica como el conocimiento científico del derecho es algo distinto de la evaluación moral del mismo. La tesis epistemológica representaría, por tanto, el principal sentido actual del positivismo jurídico, pues la polémica separación entre derecho y moral quedaría resuelta, según Guastini, en considerar que el derecho puede ser identificado independientemente de los juicios de valor moral (Pino, 2019, pp. 440-441). Sobre el interés y la actualidad de los planteamientos ofrecidos por Robles y Guastini volveremos más adelante, con el objetivo de extrapolar esa llamativa lección a la que nos referíamos.

Lo que sí interesa destacar en este momento es que la conexión entre derecho y moral, a pesar de no resultar del todo innegable, sirve para comprender que no deberíamos confiar ciegamente en la técnica jurídica para la búsqueda de la única verdadera moral; queremos decir que la atribución al derecho de la exclusiva tarea de *accertamento* de la *verità* podría resultar peligroso y contraproducente, ya que si “todo fluye y nada permanece” habrá que tener en cuenta los riesgos que obstáculos, peculiaridades, circunstancias y desviaciones presentan, siendo la vida jurídica mucho más que un conjunto de expresiones legales o normativas, o incluso de elaboraciones jurisprudenciales. La tarea del *accertamento* debe tener en cuenta, por tanto, la base cultural, el lenguaje, las técnicas, las instituciones, en suma, todo lo que permite considerar la juridicidad no como “una simple

---

3. De este modo —según Robles— “es correcto, pues, el aserto de que el positivismo separa Derecho y moral, pero sólo en el sentido de que separa la Ciencia del Derecho y la Ciencia de la moral. De esta separación epistemológica —y, por ende, también metodológica— no se desprende que los contenidos concretos del Derecho, de los textos jurídicos, no tengan nada que ver con la moral. Afirmar esto último es algo realmente absurdo, pues las regulaciones propias del Derecho, al tener como objeto aspectos importantes de la vida de las personas, no pueden ser algo absolutamente indiferente a planteamientos morales. Que el positivismo propugne la separación epistemológica y metodológica entre la Ciencia del Derecho y la Ética no implica en modo alguno que los contenidos de las normas jurídicas no tengan nada que ver con los contenidos de las normas morales. No implica, entre otras cosas, que no puedan emitirse juicios de valor ético sobre normas jurídicas concretas o incluso sobre un ordenamiento en su conjunto, ni supone que en los razonamientos que conllevan los procesos de decisión no se empleen argumentos de naturaleza ética”.

recopilación o compilación, sino más bien un sistema con fondo y perspectiva” (Pasquau Liaño, 2018, pp. 3-4).

### 3. LOS RETOS DE LA TRANSMODERNIDAD, ENTRE UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL DERECHO Y UNA CONSIDERACIÓN COMPRENSIVA DE LA JURIDICIDAD

En los últimos años, y entre otras propuestas, la teoría crítica del derecho se ha ciertamente ocupado de fondo y perspectiva de lo jurídico. En general, podemos decir que este tipo de aproximación (crítica) al derecho pretende demostrar que no deberían eludirse las principales cuestiones relacionadas con la libertad del hombre y el bien que, junto con los demás, desea perseguir en una época transmoderna. Los postulados teóricos del movimiento crítico del derecho son muy variados, a veces contradictorios entre sí, y en esta sede no tenemos intención de profundizar sus principales versiones. No obstante, creemos que el pensamiento crítico de Luiz Fernando Coelho puede ser útil para reflexionar brevemente sobre algunos aspectos patológicos que el derecho presenta en nuestros días. Con el propósito de introducir la categoría crítica en el conocimiento jurídico —bajo la forma de dimensión constructiva y prospectiva del saber— el pensador brasileño propone la búsqueda de un itinerario que resulte capaz de “insertar el derecho en la praxis” y de reivindicar al jurista como “sujeto de la praxis”.

Cuestionando los presupuestos ideológicos de la dogmática jurídica entendida y practicada —más bien y reductivamente— como dogmatismo, se pretende elaborar una “estructura teórica al servicio de la crítica del derecho positivo” y que no se limite a un modelo de saber que proporcione un mero orden sistemático del mismo. Se trata, en suma, de una teoría que “co-implica”, por un lado, al derecho como objeto material, y, por el otro, a la crítica como objeto formal. Dos puntos de partida que servirían para promover una nueva concepción del derecho “motivada por el desencanto de la sociedad ante el fracaso de la organización estatal, con su derecho positivo oficial, como forma apta para promover la dignidad de la vida humana” y, al mismo tiempo, una nueva concepción del saber que sirva para superar “las insuficiencias de un tipo de racionalidad analítica que se convirtió en dominante” (Coelho, 2012, pp. 28-29)<sup>4</sup>.

---

4. Decíamos que no es esta la sede adecuada para profundizar y analizar las distintas versiones del pensamiento crítico del derecho; no obstante, la teoría crítica de Luiz Fernando Coelho puede resultar representativa de las propuestas más completas y coherente, habiendo sido

Mirando al fenómeno jurídico desde un compromiso ético, y con el objetivo de mejorar su conocimiento constructivo y propositivo, se nos recuerda que el concepto de derecho suele comprender manifestaciones típicamente conocidas, como son las de norma, ordenamiento, relación o decisión. Del mismo modo, y dado que, tanto desde el punto de vista lógico como epistemológico, no puede negarse la extendida concepción de una juridicidad impregnada de racionalidad rígida y objetivamente estructurada, se nos recuerda que la idea de derecho positivo como derecho válido y legítimo por antonomasia pudo extenderse una vez proclamado como paladino del bien y la justicia.

Ahora bien, a juicio de Coelho, el ciclo histórico transmoderno ha sido capaz de revolucionar los conceptos tradicionales de norma, ordenamiento, relación y decisión. En el primer caso, el concepto general de norma jurídica, entendida como imperativo general, abstracto, impersonal y coercitivo, comienza a ser sustituido por una concepción en virtud de la cual la norma es “tópica, consensual, negocial, autónoma y no coercitiva”, una manifestación “que presupone el consenso de la comunidad que la crea y a la cual está dirigida, independientemente del poder del Estado”. Su legitimidad, por tanto, resulta del consenso y “presupone una comunidad suficientemente desarrollada y equilibrada que prescinde de la coerción, bien porque tiene la consciencia de que sus normas de comportamiento social son las mejores, bien porque no existen soluciones alternativas para los eventuales problemas sociales fuera de su derecho”. En estos casos, además, la norma jurídica dejaría de identificarse ontológicamente con la ley y, por el contrario, se fusionará con toda posible manifestación constitutiva de orden consensuado (Coelho, 2001, p. 155). En el segundo caso, el ordenamiento jurídico como estructura vertical legitimada según tendencias filosóficas y teóricas dispares, comienza a transformarse en una estructura circular, donde aparecen “normas de conducta social emanadas de centros diferenciados de poder y decisión, además del Estado”. En estos casos hallaríamos “la *novilingua* del derecho transmoderno”, ya que los ordenamientos jurídicos van adaptándose a las nuevas exigencias apelando a “procesos de *flexibilización, desregulación y desconstitucionalización*”, algo que, según Coelho, determina una consolidación progresiva, “disimulada por la ideología del neoliberalismo y del Estado mínimo”, de una neoanarquía que busca fomentar la dominación capitalista empresarial a escala global (*Ibidem*, pp. 155-156).

---

catalogada dentro de las más destacadas variantes del pensamiento jurídico crítico brasileño (Wolkmer, 2003, pp. 109-111).

Como decíamos, igualmente interesantes resultan ser las observaciones que el autor brasileño dedicada a los conceptos de relación y decisión. La relación jurídica, clásicamente entendida como conjunto de vínculos jurídicamente relevantes que median entre dos o más sujetos de derecho, sufriría alteraciones sustanciales, ya que, por un lado, el espacio de acción de los sujetos de derecho abarca ahora problemáticas desconocidas hasta hace muy poco tiempo, como la supuesta capacidad que tienen para enfrentarse a cuestiones bioéticas y biotecnológicas; por el otro, asistimos a una despersonalización de los protagonistas de las relaciones jurídicas, siendo perfectamente posible tratar con sus réplicas “en el ordenador” y con sujetos virtuales elaborados “a partir de datos recolectados, archivados y transmitidos por los *softwares*”; a todo ello, además, se suma un paralelo “proceso de juridificación de los propios *softwares*”<sup>5</sup>.

En último lugar, asistimos a un prometedor regreso de la hermenéutica jurídica como realidad vital concreta, es decir como proceso dialéctico de huida de estériles procedimentalismos analíticos; a juicio de Coelho, esto afecta claramente al formalismo decisorio, corolario de una concepción estatal y legalista de lo jurídico, y presenta un esperanzador reconocimiento del trascendente rol desarrollado por la jurisprudencia en la creación del derecho. No obstante, y aunque teoría y práctica jurídica se esfuerzan para abandonar la obsoleta concepción nomocéntrica del derecho, reconectándolo con las diversas realidades concretas de la vida, el avance tecnológico y iuscibernético “hace que la transmodernidad ignore esa evolución, pues patrocina un regreso al formalismo”, ya que son frecuentes los intentos para dotar a jueces y tribunales de innovadores *softwares* que —bajo el pretexto de disminuir y acelerar el ingente número de procesos judiciales— acaban por “aprisionar el trabajo decisorio y limitar la libertad del juez en su libre convencimiento”; de este modo, bajo el impulso de la progresiva vinculación de los procesos decisorios a la tecnología de la información, se acabaría

---

5. Con esto entendemos que aumentarán exponencialmente las relaciones jurídicas atípicas, es decir las relaciones casi desconocidas por la dogmática jurídica tradicional. A título de ejemplo, y probablemente provocativo, la creación de seres humanos no será “necesariamente el fruto de una unión sexual, sino una construcción genética de laboratorio. Eso prevé una revolución en el concepto de familia, pues posibilita, por ejemplo, la filiación a partir de un matrimonio homosexual. Y también nos permite prever una nueva forma de discriminación, pues el futuro nos posibilita admitir la existencia de niños, adolescentes y adultos genéticamente *mejorados*, que deben competir en la escuela, en la sociedad y en el mercado de trabajo con niños, adolescentes y adultos *naturales*. Todo esto se agrava por el hecho de que la posibilidad de elección de los caracteres genéticos de un hijo será un privilegio más, reservado a quien tenga dinero para costear la biotecnología necesaria” (p. 157).

por transformar la técnica y la ciencia jurídica en tecnología del derecho, complicándose la búsqueda de una auténtica “concreción jurídica” y de una “verdad real del derecho” (*Ibidem*, pp. 156-157)<sup>6</sup>.

En términos similares, y desde una consideración teórica que tiene en cuenta la creciente complejidad de los fenómenos a gobernar, ha sido afirmado que una posible teoría comprensiva debería necesariamente preocuparse del conjunto de instancias emergentes en la juridicidad contemporánea. Se trataría, en suma, de interrogarse sobre el futuro del derecho, intentado comprobar si la cultura jurídica contemporánea sabrá preservar la identidad del derecho a la luz de los nuevos retos que no cesan de insidiar sus tradicionales rasgos. Apelando a la importancia que para el futuro del derecho puede tener la enseñanza de la historia del derecho —un magisterio ciertamente idóneo para reivindicar constantes y tradiciones del *ethos* jurídico, jamás canceladas del todo—, Francesco Viola (2018, pp. 9-10) advierte que interrogarse sobre el futuro del derecho no equivale a preguntarse sobre el derecho del futuro, pues en este último caso la tarea es bastante más complicada y se traslada al plano de los equilibrios políticos y sociales del mundo futuro. Por tanto, y dado que las huellas de la codificación y del formalismo dogmático son cada vez más débiles, a juicio del iusfilósofo de Palermo resulta necesario utilizar las potencialidades de lo nuevo para individuar los prejuicios de los cuales debería liberarse, una vez por todas, la reflexión teórico-jurídica.

Desde una postura que Manuel Atienza (2018, p. 216) ha calificado como perteneciente a un “constitucionalismo iusnaturalista” —en contraposición a un “constitucionalismo postpositivista”<sup>7</sup>, que es la visión de lo

---

6. *Ibidem*, pp. 156-157. En un discurso mucho más articulado, literatura más reciente señala como la comunidad de referencia que suele influir en la consolidación de los significados propiamente jurídicos está constituida por la doctrina, jurisprudencia, asociaciones de expertos, grupos de profesionistas que, con diverso grado de intervención, contribuyen a la evolución del todo jurídico. Por esta razón, “la positivación dependerá de todas las pre-comprensiones que pre-informan al interprete ubicado en una relación comunicacional con una o más comunidades de referencia” y la “comunidad de los técnicos (informáticos) deja de ser una simple colectividad que presta su auxilio a los juristas en caso de que estos tengan alguna dificultad en determinados sectores especializados, pasando a ser, a todos los efectos, una comunidad jurídica, aunque no se hayan desarrollado del todo las condiciones para un estable y fructífero dialogo con las demás y más consolidadas comunidades jurídicas” (Sarra, 2018, p. 119).

7. E incluso en contraposición a un “neoconstitucionalismo iusnaturalista”, pues Atienza considera (2018, pp. 216-217) que la posición de Viola “participa de los rasgos comunes a una serie de autores que consideran que los cambios que el constitucionalismo, en cuanto fenómeno, ha producido en nuestros Derechos exige la construcción de un nuevo paradigma teórico, pero interpreta esos rasgos en una forma que le diferencia tanto de los autores neoconstitucionalistas (en el sentido en el que, yo creo, debería usarse esa expresión)

jurídico que más le convence al jurista de Oviedo—, Viola indica algunas de las (relativamente) nuevas cuestiones que para la ciencia jurídica de hoy presentan aspectos a la vez problemáticos y provechosos. En primer lugar, los derechos humanos, una realidad sobradamente conocida e inmersa en un mundo de valores que irrumpen con gran fuerza en la sala de las clásicas formulaciones teórico-jurídicas: con particular referencia a la teoría del derecho subjetivo, por ejemplo, implican el abandono de la imprescindible relación constitutiva entre dos personas y, como consecuencia, la necesaria correspondencia entre derecho y deber; desde el punto de vista de la interpretación jurídica, además, los derechos humanos no admiten los métodos tradicionales de la codificación o de la dogmática jurídica, pues la aproximación interpretativa a estos derechos implicará una remodelación del derecho positivo entero; su aplicación concreta y su implementación, como es obvio, comportará la intervención de un debate multidisciplinar y pluri-ordinamental.

Por todo ello, la positivación de estos derechos “no es un dato originario suficiente para justificarlos, sino un punto de llegada de la argumentación que los justifica y que la interpretación está llamada a recorrer y reconstruir”. En suma, viene menos la autorreferencialidad del derecho positivo y, de este modo, la transformación del derecho y de la ciencia jurídica está servida. En este sentido, otra gran novedad que incide bruscamente sobre una ya obsoleta concepción hermética del ordenamiento jurídico es —a juicio de Viola— la ley constitucional. Aunque no se trate de una ley natural, estamos frente a una ley que es artificial, pero de modo distinto con respecto a las leyes ordinarias, pues en lugar de ser un artificio del todo independiente de la naturaleza, es un artificio en el sentido de desarrollo y declinación de la naturaleza misma. La ley constitucional, por tanto, es un producto cultural, a la vez artificial y natural, en cuanto representa “una de las posibles formas de manifestación de la naturaleza humana que se encuentra solo en la praxis o en las formas de vida”. Es una ley que se manifiesta mediante principios y que, postulando una “concepción dinámica de la regla jurídica”, se erige en marco fundamental de convivencia, donde jueces y juristas están “llamados a contribuir a la formación de la regla” (Viola, 2018, pp. 12, 14 y 15).

A este modo de entender la Constitución, es decir como una realidad que va asumiendo prioridad incluso con respecto al Estado y que se presenta como medio ideal para dirimir los conflictos presentes en sociedades

---

como de los neopositivistas al estilo de Ferrajoli, o de los postpositivistas (donde habría que incluir a autores como Dworkin, Nino, Alexy o el último MacCormick”).

cada vez más pluralistas y multiculturales —y no solamente por los desafíos que llegan del exterior, sino también por el exponencial desacuerdo entre ciudadanos sobre asuntos que podríamos definir de relevancia política interior—, Francesco Viola añade una tercera importante novedad, representada por la creciente atención prestada al caso concreto y al primado de la persona. Mirando más directamente a la acción justa, a la relación justa y a lo justo concreto, el derecho mueve sus dinámicas en el respeto de la dignidad de la persona. Esta demanda de justicia del caso concreto mete necesariamente en crisis el concepto tradicional de legalidad, ya que se produce una disminución del carácter de generalidad de la ley, aun cuando esto no se traduce en una pérdida del carácter de objetividad de la regla que, una vez aplicada al caso concreto, “debe ser válida para los casos pertenecientes a la misma categoría” (*Ibidem*, pp. 19-20).

Es evidente que asistimos aquí a una perspectiva de lo jurídico que se caracteriza por centrar su atención en la actividad desempeñada por los jueces, un enfoque que, por otro lado, vuelve a estar presente en la elaboración filosófico-jurídica más reciente. Piénsese, por ejemplo, al jurisprudencialismo de Antonio Castanheira Neves, mediante el cual se propone una concepción de la juridicidad que, por medio de una responsable actividad jurisdiccional, sea capaz de llevar a cabo una concretización y adecuación temporal, cultural y territorial de lo jurídico. Apelando a la disposición mental del jurista y a la elasticidad del instrumento técnico-normativo, el jurisprudencialismo pretende rescatar el sentido de la práctica jurídica como *iurisprudencia*: “axiológico-normativa en los fundamentos, práctico-normativa en la intencionalidad, judicial en el *modus* metodológico” (Castanheira Neves, 2010, p. 189)<sup>8</sup>.

En definitiva, estamos viendo como la actualidad de una aproximación crítica al derecho y de una consideración comprensiva de la juridicidad consistiría en evitar una especie de ceguera dogmatista e intelectual; esta ofuscación sería traducible en una consideración de lo jurídico que, en una era transmoderna, convierta el derecho en instrumento ideológico para alcanzar cualquier resultado bajo el pretexto de la defensa de los derechos humanos, del pluralismo, de la globalización o de los sistemas democráticos. Si la ética de la transmodernidad presenta la tendencia a establecer patrones empíricos de justicia a partir de un consenso de la sociedad civil,

---

8. En cualquier caso, y aunque el ensayo de Viola se extienda a otras interesantes cuestiones, como lo son el derecho internacional y el pluralismo jurídico, la noción de espacio jurídico frente a la de sistema jurídico o el entendimiento del derecho positivo como *corpus iuris*, detenemos nuestro breve análisis al considerar que, en relación con cada uno de esos rasgos, en esta sede hemos expuesto lo que nos ha parecido más destacable.

la propuesta ubicable en ese constitucionalismo iusnaturalista (que, como acabamos de ver, presenta cierta vocación comprensiva) muestra como la constitucionalización de la dignidad humana, así como de otros valores sagrados para una pacífica convivencia, puede presentar aspectos problemáticos y contradictorios. Por todo ello, se hace necesaria una consideración de lo jurídico a partir de la justicia del caso concreto, otorgando grandes cuotas de responsabilidad y de reconocimiento al ámbito interpretativo y aplicativo del derecho.

En este escenario, lo que sí cabe augurarse es la búsqueda de “un fundamento metajurídico que pueda legitimar el consenso, lo que nos lleva a un irrecusable contenido jusnaturalista”; en este sentido, “aunque se procure apartar el iusnaturalismo de la doctrina jurídica, alegando que corresponde a una metafísica que debe ser ignorada por la ciencia positiva del derecho, se sabe que son fundamentales los derechos que derivan de la naturaleza, y no del Estado, de la observación de las fuerzas naturales, y no de una voluntad, real o ficticia” (Coelho, 2009, p. 101). Como estamos viendo, se proponen dos distintos modos para seguir y avalar la artificialidad del producto humano; por tanto, y como alternativa al nomocentrismo todopoderoso, quedémonos con ese peculiar modo de ser artificial que destaca el núcleo histórico-cultural ínsito en la praxis jurídica, que solamente así podrá recibir una consideración realmente dinámica, elástica y preocupada por lo justo concreto.

En último lugar, y desde una postura más aséptica —en cuanto distante de valoraciones político-jurídicas—, la teoría comunicacional del derecho puede contribuir a la corrección de malos usos y malas praxis en el derecho, sea desde el punto de vista de la aproximación teórica que desde la perspectiva práctica. En este sentido, las virtudes que presenta esta propuesta se concretan en su capacidad de conectar los clásicos procedimientos de conocimiento y aplicación del derecho con los tiempos que vivimos. Centrándose en el lenguaje de los juristas, la teoría comunicacional propone recuperar formas, formalismos, esquemas y estructuras que —nos convenzan o no— caracterizan la juridicidad y atribuyen ciertas garantías a los intereses que se desean proteger en una determinada realidad social. Entre otras cuestiones, el análisis de las implicaciones existentes entre decisiones y normas, ordenamientos y sistemas, relaciones y textos, así como el estudio de las peculiaridades que caracterizan estas manifestaciones de lo jurídico, representan itinerarios teóricos para revisar y redireccionar —también en el seno de la práctica— un derecho vivo y dinámico que debe saber enfrentarse a los desafíos presentes en una época de transición que en esta sede hemos querido definir como transmoderna.

Resumiendo, vemos como las perspectivas examinadas, desde distintos postulados, tienen algo en común: se proponen metodologías que no admiten una desvinculación del estudio del derecho de sus raíces culturales y teóricas; reconociéndolo como vida en acción y movimiento, el derecho no recibe la consideración de instrumento que se presta a un conocimiento o aplicación neutral por parte de los juristas teóricos y prácticos; se estima necesaria, como consecuencia, una renovada predisposición (teórica y práctica) que sea capaz de tener en cuenta los múltiples factores que son causa de profundas transformaciones en el contexto social e institucional de referencia; además, y debido a la relevancia que va asumiendo el derecho supranacional y transnacional, así como la crisis del monopolio estatal en la producción jurídica, se asume la progresiva pérdida de protagonismo de la legislación en beneficio de la actividad y producción jurisprudencial. En suma, estos tiempos de transmodernidad económica, social, tecnológica, política y cultural, requieren herramientas pedagógicas auxiliares para que el jurista sepa moverse en una realidad necesariamente ius-natural-positivizada.

#### 4. DOS IMPORTANTES (Y SIEMPRE ACTUALES) LECCIONES PEDAGÓGICAS: EL (¿PARADÓJICO?) PROYECTO EPISTEMOLÓGICO DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL ENIGMÁTICO *ACCERTAMENTO* DE LA *VERITÀ* (VIQUIANA)

Del inextinguible debate entre iuspositivismo e iusnaturalismo es posible obtener una serie de consideraciones que tienen no poca relevancia en la reflexión teórico-jurídica de nuestros días. Abundan las propuestas especulativas que, recientemente, pretenden presentar modelos alternativos que consigan placar las discrepancias entre las dos grandes tendencias, ya sea acercando posturas ya sea sometiendo o anulando las características de una en favor de la otra. Por ejemplo, destacando lo que de artefactual reside en el “sueño positivista” y poniéndolo en relación con lo que de natural está presente en el derecho, hay quien se atreve a plantear una composición de corte “iusnaturalista descriptivo” (Roversi, 2018, pp. 128-129)<sup>9</sup>.

---

9. Quien por “sueño positivista” entiende una concepción que descansa sobre dos tesis fundamentales: “la prima, che chiamerò “esistenza come dichiarazione”, asserisce che l’esistenza di una istituzione giuridica è il risultato di un atto linguistico dichiarativo che la pone; la seconda, che chiamerò “essenza come intenzione”, sostiene che la natura dell’istituzione dipende dall’intenzione connessa a quell’atto linguistico dichiarativo. Questo significa che, una volta posta, l’istituzione non muta se non in virtù di un altro atto linguistico dichiarativo, ed anche che vi è una risposta corretta, diciamo “oggettiva”, alle domande interpretative sulla natura di quella istituzione: questa risposta va cercata nell’atto linguistico

Del mismo modo, y enfatizando el momento de concreción del derecho presente en el acto de decisión llevado a cabo por los jueces, recordamos como *Law and Emotion* representa un interesante conjunto de estudios que, desde sus propuestas más llamativas y recientes, ha centrado su atención en el rol que las emociones tienen en la decisión judicial. En este caso, se nos recuerda que la pretensión de esta corriente de pensamiento consiste en distanciarse de una visión del derecho de corte iluminista o racionalista, algo que, no obstante, no se conseguiría debido al argumento antropológico de tipo individualista que está a la base de la llamativa concepción —y que, además, la justifica (Fuselli, 2018, p. 38)<sup>10</sup>.

En otro orden de ideas, y sosteniendo que el derecho de hoy se enfrenta a la constitución de sociedades nuevas, donde los juristas de nueva generación son conscientes de los éxitos culturales que va teniendo el avance tecnológico y donde se va dudando cada vez menos de la realidad virtual, hay quien, al referirse a las “reglas virtuales”, propone hablar de “iperpositividad jurídica” para indicar aquel fenómeno que requiere un “esfuerzo de reconfiguración de los lugares de dialogo jurídico interdisciplinario que incluya las nuevas comunidades (jurídicas) de técnicos”, algo que podría “exorcizar el espectro libre de la voluntad individual” y evitar un estéril laberinto conceptual que es el histórico prejuicio para la sana prudencia y consciencia jurídica (Sarra, 2018, pp. 120-122).

A la luz de lo expuesto hasta aquí —y más allá de estas y otras nuevas tendencias que tienen ciertamente el mérito (o la vocación) de superar el histórico debate al que aludíamos—, creemos que la primera gran lección o herramienta pedagógica, útil para que el jurista de hoy pueda moverse adecuada y prudentemente en esa realidad ius-natural-positivizada que nos rodea, proviene precisamente del proyecto epistemológico del positivismo

---

originario e nella lettura “più stretta” dell’intenzione del legislatore connessa a questo atto linguistico”. A juicio del autor, esta reconstrucción del sueño positivista es “un modelo ideale di esattezza che, come ideale regolativo, gioca un suo ruolo nel discorso giuridico. In questo senso essa deve essere analizzata: perché, una volta analizzata la struttura di questo “sogno”, essa potrà essere emendata e adattata nella misura in cui il sogno originario si intenderà modificato ed indebolito”.

10. Quien sostiene que “il richiamo all’emotività e al suo ruolo vorrebbe conseguire, grazie anche all’apporto di altri campi disciplinari, un diverso terreno su cui fondare non solo l’attività e il ruolo del giudice, ma anche —più ampiamente— del diritto: rivendicando la sua funzione di garante di quel ‘baseline’ che renderebbe possibile —anche nel ‘politeismo dei valori’— l’organizzazione sociale dei rapporti intersoggettivi. E tuttavia, come mi pare mostri proprio l’esempio dell’ira, l’emozione così intesa rischia di essere l’ennesima riproposizione di quello stesso assunto individualistico e solipsistico, con l’aggravante, per di più, di togliere di mezzo anche quel sistema di garanzie e di contrappesi a cui rinviano —pur con tutte le loro deficienze— il modello dello stato di diritto e il principio di legalità”.

jurídico. Llevando a cabo un esfuerzo especulativo (probablemente) poco común, es posible llegar a la paradójica conclusión en virtud de la cual el iuspositivismo representa, en general, la “inmunización” que seguimos necesitando para enfrentarnos a un posible derecho injusto. Con una importante similitud de propuestas, veámos como Riccardo Guastini y Gregorio Robles sostienen que la grandeza epistemológica del positivismo jurídico consiste en la separación del conocimiento jurídico del conocimiento ético, algo que se traduce en los siguientes términos: el conocimiento científico del derecho es cosa muy distinta de la evaluación moral del mismo.

De este modo, el derecho podrá ser identificado con independencia de los juicios de corte ético que sobre él se formulen, pudiéndose llegar a sostener que el derecho existe (y puede o debe existir) más allá de la coincidencia de sus contenidos con las exigencias materiales de justicia. Este es un punto ciertamente polémico y provocador, ya que cuando hablamos de “inmunización” nos referimos precisamente a que los postulados iuspositivistas, en realidad, otorgan anticuerpos especiales para enfrentarse a posibles contenidos jurídicos que presenten cierta dosis de discordancia con las necesidades o valoraciones de índole moral. Dicho de otro modo, el proyecto epistemológico del positivismo jurídico se convierte en un proyecto pedagógico y político que nos inmuniza “contra aquella idea según la cual el derecho está dotado de una intrínseca autoridad moral” (Pino, 2019, p. 460), una consideración que, en nuestros tiempos de inflación legislativa —a todo nivel y a toda escala—, debería ser tenida seriamente en cuenta para no creer ciegamente en las verdades que supuestamente encarna la herramienta legal.

Alcanzar la verdad desde lo jurídico no es ciertamente operación fácil, pues entran en juego actividades decisorias e interpretativas que involucran juristas teóricos y prácticos, todos ellos impulsados por la búsqueda de resultados comunes, aunque aparentemente diversos: si los juristas prácticos, en su atención al caso específico, buscan las verdades aplicables al supuesto concreto, los juristas teóricos, en su tarea dogmática de corte hermenéutico-analítico, miran a un “horizonte casuístico” de verdades que es mucho más amplio<sup>11</sup>. Se trata, en todos los casos, de una tarea solo aparentemente impulsada por motivos distintos, ya que tanto unos como otros deben ser capaces de alcanzar un adecuado y prudente conocimiento de lo que de verdadero ilumina (o debería iluminar) la problemática jurídica. No obstante, debemos ser cautos y advertir que la comunidad de los juristas no

---

11. Es precisamente Robles (2015b, pp. 385 y 390) quien nos habla de horizonte casuístico y de método hermenéutico-analítico para la dogmática jurídica.

está capacitada para alcanzar y fomentar verdades inamovibles, absolutas e incontrastables, ya que, a lo sumo, dispone de potencial para llevar a cabo una actividad de *accertamento* específico de esa *verità*; de hecho, en lugar de oponerse o resistirse a un derecho injusto sin más, es decir sin aportar motivos y propuestas resolutorias, la comunidad de los juristas debe ser atrevida en una búsqueda de lo “cierto” que esté adecuadamente acompañada por un descifrado de los contenidos históricos a los que la “verdad” da vida.

En todo caso, esa verdad que se pretende reivindicar o hacer valer no debe ser excusa para aducir una no-justeza del instrumento jurídico calculada sobre la base de una concepción moral meramente formal o individual, ya que de este modo se corre el riesgo de caer en la trampa del relativismo ético que, como es sabido, acaba por fomentar —se nos conceda el tono sarcástico— “renovados y esperanzadores” absolutismos jurídicos. Por todo ello, la búsqueda de conocimientos ciertos y seguros debe ser respetuosa con lo que de históricamente dinámico reside en las verdades iluminadoras del *ethos* jurídico, entendiéndolas como el producto de ponderadas y espontáneas valoraciones éticas a las que las comunidades de referencia han sabido dar vida. A partir de aquí, pues, encontramos una segunda gran lección pedagógica, consistente en recordar lo que de enigmático, o quizás invisible, reside en el delicado *accertamento* jurídico de la *verità*.

Para acompañar al lector al nivel de especulación al que nos gustaría acceder, cabe precisar, en primer lugar, que no nos referiremos aquí a una idea de verdad que pueda apreciarse desde el perfil estético, ni desde la perspectiva de la filosofía forense o de la sugestión persuasivamente psicológica. No podemos negar que la pragmática búsqueda de la verdad reside —principalmente y más claramente— en el laboratorio jurídico procesal, donde toma protagonismo una actividad retórica que, no siendo un sencillo mecanismo de seducción lingüística, se eleva a riguroso método de *accertamento* (reconocimiento) de la verdad. Ahora bien, nuestra intención no es la de moverse en este más claro (en el sentido de menos invisible) nivel de actuación de lo jurídico; pues de este modo desviaríamos nuestro discurso y accederíamos, quizás sin el consentimiento de autoridades doctrinales de todo respeto, a dominios de conocimiento (de la retórica y de la metodología en general) que no pertenecen al discurso formulado en esta sede<sup>12</sup>.

En la parte inicial del trabajo, de hecho, ya aludíamos al problema de la *verità* y al de su re-conocimiento, conectándolo (quizás no tan clara-

---

12. En este sentido, resultan muy interesantes las advertencias que el ilustre iusfilósofo Francesco Cavalla (2017, p. 11) formula acerca de la importancia que adquiere una equilibrada concepción de los instrumentos jurídicos que sea capaz de moverse entre verdades metafísicas y verdades científicas.

mente) con la idea de la radicalidad histórica del derecho. Una adecuada reivindicación de la historicidad del derecho no se produce a través de una mera “alteración en la jerarquía de sus fuentes” o la sustitución de un primordial momento meramente legalista por otro judicialista. Es necesario abrazar una concepción en virtud de la cual la realización del derecho “es fruto de un proceso de decantación histórica”, ya que lo “puesto” por el texto ordinamental es, en realidad, una “pro-puesta” que necesita una obra de arte comprensiva e históricamente adaptable, según las exigencias que brotan de la relación concreta y, por ende, las valoraciones surgidas en virtud del “ajustamiento real” de esa relación. Y es que no sabemos hasta que punto los ciudadanos son tan eruditos como para acceder al sentido real de la dinámica jurídica, pudiéndose incluso pensar que el derecho funciona mejor cuando “los ciudadanos no saben cómo funciona”; no sabemos, en suma, si existe una interesada y deliberada eliminación del contenido valioso y radicalmente histórico de lo jurídico que responda a un diseño que, mediante afinadas técnicas, sea capaz de “manufacturar el futuro” (Ollero Tassara, 1985, pp. 292-294)<sup>13</sup>.

La interpretación, cuando históricamente calibrada, conceptualmente calculada y axiológicamente ponderada, no es sinónimo de patología, relativismo o arbitrariedad; por el contrario, debe ser entendida como momento de comprensión conceptualmente emocionante y como condición de vida de lo jurídico. En este sentido, consideramos que “si el derecho es vida, la interpretación es para el derecho su necesaria condición de vida” (Grossi, 2001, p. 552), siendo la interpretación una compleja y delicada reconstrucción y concretización histórico-social de cuanto abstractamente elaborado por el legislador, una “actualización en suma de la supuesta intención del legislador, de la naturaleza misma de las cosas juzgadas, de la forzoseidad o necesidad social, más apremiantes desde luego que la legalidad técnico-formal” (Fernández de Escalante, 1978, p. 219). Tampoco resulta del todo correcto considerar que un adecuado posicionamiento o acomodamiento histórico-concreto de lo jurídico sea sinónimo de inseguridad o irracionalidad, pues el gran ataque a la seguridad jurídica proviene, precisamente,

---

13. Que el derecho pueda ser definido como el “arte comunicativo propio de juristas para transmitir y conservar bienes entre los miembros de una determinada comunidad”, ha sido intuido recientemente por Diego Medina (2020, p. 67), quien señala —destacando lo que de histórica e institucionalmente dinámico encarna ese arte— que se trata de “un arte que para su correcta práctica, como es lógico, requiere del conocimiento y del uso de unas reglas o patrones que «deben ser» respetadas por la comunidad —y muy especialmente por los especialistas, a los que el pueblo acude en auxilio— y que, en cualquier caso, no deben ni pueden ser caprichosamente formuladas por las instituciones encargadas de «limpiarlas, fijarlas o darles esplendor»”.

“del intento de deslindar, sobre el vacío, el derecho «puesto» y los valores, presuntamente «su-puestos», que le dan efectivamente sentido” (Ollero Tassara, 1985, pp. 294-296).

En suma, lo “puesto” o lo “pro-puesto” no merece ser considerado como algo que puede “im-ponerse” sin una necesaria y equilibrante aspiración a la justicia ética de horizontes, que sea capaz de transformarse en justeza relacional y concreta; por todo ello, los efectos negativos o anes-tésicos del eterno debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo deben ser revertidos en esa línea ius-natural-positivista que caracteriza lo jurídico en su real dimensión histórica, sin la cual ningún derecho (ni positivo ni natural) alcanzará un aspecto razonable y prestará el servicio que debe a la comunidad. Con todo esto se pretende mantener una idea de derecho que sea portadora de dinamismo, es decir de una constante que implique la real traducción de los valores de los que es portadora la historia, pues ni lo jurídico puede considerarse total y definitivo ni lo histórico puede proclamar-se siempre apto para celebrar la máxima expresión de racionalidad. El derecho, en suma, puede prestar sus servicios de cálculo o, si se prefiere, de calculador, y en ocasiones es razonable que sea así; no obstante, es sabido que el derecho tiene un ligamen indisoluble con la justicia y que, a veces, esta “exige que se calcule con lo incalculable” (Derrida, 1997, pp. 38-39).

Volviendo, por tanto, a esa segunda lección pedagógica a la que aludíamos, creemos oportuno recordar como Giambattista Vico se encargó de transmitir una idea de derecho íntima y necesariamente relacionado con las circunstancias sociales y los motivos materiales y espirituales de la sociedad humana. Diferenciando entre mente y razón de la ley, el filósofo napolitano asevera que “la *mente della legge é la volontà del legislatore*, la *ragion della legge poi é la conformazione della legge al fatto*. I fatti possono mutarsi, e indi può mutarsi la mente della legge, ossia la volontà del legislatore: ma essendovi la legge, non può farsi a meno di conformar questa al fatto, e per cui non mai mutarsi la ragion della legge: quindi mutati i fatti, la ragione, ossia l’applicazione della legge al fatto può *non aver piú luogo*, o meglio, como dicono gli antichi giureconsulti, può *oziare*, ma non mai mutarsi e farsene un’applicazione in contrario. La mente della legge, che riguarda i bisogni dell’uomo, varia secondo questi; la ragion della legge poi essendo la conformazione del dritto al fatto, tiene di mira l’onestá, ch’è eterna, cioè immutabile” (Vico, 1858, LXXXI, pp. 65-66).

Dado que una ley puede ser cierta pero no del todo y necesariamente verdadera, en el sentido de que “il *Vero* sempre ci dee essere nel dritto necessario, in modo che forma un suo attributo proprio: il *Certo* poi é sempre mai un attributo proprio del dritto volontario, avente però in sé pure alcuna *parte di vero*” (*Ibidem*, LXXXII, p. 66), resulta que en la concepción

viquiana sigue siendo de actualidad la diferencia entre leyes y monstruos de leyes, ya que “il certo procede dall’Autoritá, come il vero dalla Ragione” y que, por tanto, “l’autoritá non puó al tutto andar contro la ragione; poiché a tal modo non si formerebbero delle leggi, ma sibbene mostri di leggi” (*Ibidem*, LXXXIII, p. 67). Esto no impide, evidentemente, una constatación innegable: y es que la juridicidad, particularmente en su manifestación civil (que no es igual a la natural, según Vico), tiene una innata propensión a ser igualmente útil para todos aunque se vea obligada, en determinadas ocasiones, a ser injustas con algunos.

La concepción viquiana, como vemos, desea firmemente reivindicar la aportación del devenir histórico en el progreso jurídico, presentando estos dos momentos en una recíproca relación constitutiva, donde se admite una cierta dosis de regularidad y continuidad para algunos caracteres que serán sí dominantes, pero sin llegar a someter eventuales avances socio-jurídicos a la fatalidad de principios eternos y *a priori*. Considerado como el gran pensador que supo recomponer, en el ámbito de los saberes jurídicos, la ruptura producida por el pensamiento protestante, de Vico ha sido destacado —entre otras conquistas especulativas— el modo en que proclamó la idea de hombre como ser libre que debe y puede ganarse su destino sin estar sometido a una predestinación inapelable (Elías de Tejada, 1977, p. 503). El hombre goza de una naturaleza libre pero al mismo tiempo limitada, en el sentido de que aspira al “veró” con extremas dificultades, quedándose atrapado en el “certo” debido a sus posibilidades no infinitas sino finitas: “sono gli uomini naturalmente portati al conseguimento del *Vero*, per lo cui affetto, ove non possono conseguirlo, s’attengono al Certo” (Vico, 1859, Libro Quarto, p. 313).

Esta fascinante relación entre lo verdadero y lo cierto nos permite leer y comprender el conjunto de implicaciones entre lo absoluto y lo relativo, lo permanente y lo variable, la metafísica y la historia, lo indudable y lo discutible, el origen del derecho natural y el proceder del derecho de gentes: en suma, “al «veró» corresponde la equidad natural y al «certo» la equidad civil del sentido común originada «nel praticare», en la práctica de los hechos”. Es así como Vico intentaría rehabilitar al saber jurídico de corte histórico, superando a Grocio, quien había prescindido de Dios, y reparando el carácter de la sociabilidad del derecho humano, algo que sirve para entender la historia de los hombres y la de sus actos a la luz de una posible consonancia, o no, con la divina Providencia. Un asunto que, probablemente, se le escapa a uno de sus grandes estudiosos, Benedetto Croce, ya que sus “prejuicios neohegelianos” le podrían haber impedido conocer la “distancia que media entre Providencia y predestinación, diferencia que es precisamente el rasgo que opone el Vico católico a la teología protestante”

(Eliás de Tejada, 1977, pp. 505, 507 y 509-510), un detalle de notable alcance si pensamos que, de este modo, el filósofo de la *Scienza Nuova* desea explicar como la Providencia prevé ciertos equilibrios en las obras humanas, pero sin llegar a forzarlas<sup>14</sup>.

Ahora bien, aunque estemos tratando del Vico católico o, si preferimos, de la interpretación católica de los postulados viquianos, no creemos, en cualquier caso, que una lectura alternativa del mencionado dualismo, entre lo verdadero y lo cierto, pueda necesariamente falsear el sentido de los textos del ilustre napolitano. Lo que sí parece inconfutable es que el saber jurídico pragmático queda subordinado al saber jurídico filosófico, donde el primero es derecho positivo y el segundo derecho natural, el primero es saber “certo” y el segundo saber “vero”, y donde siempre, en todos los casos, es posible encontrar la aspiración al bien común como esencia de los actos de decisión: “Chi attende al *certo* delle leggi si addimanda *Prammatico* delle leggi; chi all’incontro si versa nel *vero* delle leggi si dice *Filosofo* delle leggi” (Vico, 1858, LXXXIV, p. 68). En suma, frente al posicionamiento abstracto y ahistórico de la innovadora propuesta grociana, Vico parece haber optado por la síntesis entre metafísica e historia que está presente en la obra de Francisco Suárez.

En concreto, y considerando que la idea del derecho natural de gentes avanzada por Vico abre las puertas al historicismo y al culturalismo como base y fundamento de ese derecho, proponiendo así una visión humanista y pluralista del orden normativo, ha sido señalado como la convivencia de ambos derechos (el natural y el de gentes) en una misma locución responde a la deliberada intención de “integrar la costumbre de los diferentes pueblos en la idea de un derecho natural” que, precisamente por medio de

---

14. Sobre la idea de Providencia que, según el exponente del neoidealismo italiano, es posible encontrar en la filosofía viquiana, véase Croce, 1922, pp. 115-125. Por otra parte, y a propósito de algunas perplejidades surgidas a raíz de la interpretación grociana de la filosofía viquiana, resulta interesante señalar como Carlo Curcio (1960, p. 57) sostiene que “durante mucho tiempo, por ejemplo, se ha dicho que G. B. Vico era un filósofo de la historia. Después Benedetto Croce ha dicho que la filosofía de la historia no existe y que en Vico se encontraba un sistema de filosofía que preludiva la filosofía grociana. Y se equivocaban tanto aquellos que hacían de Vico un filósofo de la historia, como Croce cuando presentaba al filósofo napolitano como una anticipación de su filosofía del espíritu”, debido a que —según el autor— “la verdad es que una filosofía de la historia particular, existente por sí, no existe, no puede existir. El filósofo, si es verdaderamente tal, abraza toda la filosofía, desde la gnoseología a la moral, de la lógica a la política”, y, además, “si acentúa preponderantemente las lecciones extraídas de la experiencia histórica”, no por esta razón será menos filósofo o un mero filósofo de la historia, sino “debería decirse que es filósofo por excelencia”. Todo un reconocimiento, como vemos, a la grandeza del itinerario filosófico del ilustre pensador napolitano.

la costumbre, “confiere base a la fundamentación de una jurisprudencia e historia” alejadas de un puro racionalismo y mayormente arraigadas en el sentido común. Es probable que ese “aroma de modernidad” presente en el napolitano encuentre su raíz más profunda en la asimilación que hizo del pensamiento de Suárez, pues la visión que el ilustre granadino tiene acerca del derecho natural permite dar paso a esa necesaria adaptabilidad de los principios a la mutable realidad histórica (Badillo O’ Farrell, 2017, pp. 74 y 76), algo que Vico asume y utiliza para beligerar contra toda visión monista del mundo.

Que Suárez “se adelantó con mucho a su tiempo” y que su figura emerge “en solitario en el siglo XVII” ha sido recientemente señalado para reafirmar su legado filosófico jurídico y político, ciertamente incómodo para los despotismos ilustrados (Carpintero Benítez, 2020, pp. 300-301); en cualquier caso, en esta sede interesa recordar como el pluralismo histórico presente en la filosofía de su (más que probable) admirador italiano se postula como una fuerte reacción a las “pretensiones universalistas plenas propias de la Ilustración”, donde todas las cuestiones parecían poder resolverse desde la “Razón omnímoda y omnipotente” (Badillo O’ Farrell, 2017, p. 75).

Aunque la interpretación de la Providencia viquiana represente uno de los puntos más controvertidos de su pensamiento —ya que los críticos de corte católico, por lo general, entienden que ha sido concebida agustinianamente, como gobernadora trascendente de la historia, mientras que los idealistas, también en términos generales, encuentran en ella el principio absoluto inmanente a la historia y que en ella va realizándose (Fassó, 2008, p. 217)— lo cierto es que Vico ve claramente en el fenómeno jurídico un contraste, que en realidad es una yuxtaposición, entre un elemento universal y absoluto (lo verdadero), es decir la justicia, y un elemento particular (lo cierto), más ligado a las circunstancias históricas y dictado por la ley positiva. El derecho viquiano es, por tanto, realización histórica de valores absolutos (*Ibidem*, p. 220), donde a través de una adecuada lectura histórica del mundo es posible explicar la dinámica y delicada relación entre instancias universales y particulares, manifestaciones abstractas y concretas, concordancias (o discordancias) del *verum* con el *certum*.

Que la historia pueda ser explicada como experiencia jurídica o que la juridicidad pueda ser entendida desde su devenir histórico, es algo que ciertamente se debe al importante legado pedagógico del ilustre napolitano. Conocida y más que reconocida literatura ha sabido explicar, con argumentos sólidos y convincentes, como las obras de Platón, Tácito, Bacon y Grocio hayan sido determinantes en el desarrollo de la filosofía viquiana, y no necesariamente en el sentido de su adhesión total a los postulados de estos

celebres pensadores. En este sentido, por ejemplo, es vibrante la conclusión en virtud de la cual “la única lección positiva de Grocio a Vico consistió en la inspiración de un historicismo y en la necesidad de un Derecho histórico”, aunque “la lectura negativa del mismo se reflejó en su percepción del iusnaturalismo iluminista, confeccionado para los «filósofos» y no para «las gentes»” (Llano Alonso, 1995-96, p. 78)<sup>15</sup>.

Por otro lado, y con el objetivo de comprender como Vico ha estado siempre atento a descubrir ciertas regularidades en el mundo concreto —que son legalidades no pertenecientes a un mero ideal metafísico—, se nos recuerda como de la relación entre Providencia e historia no deriva ni caos ni destino, sino lecciones y consecuencias prácticas de las que hay que aprender. Precisamente los distintos momentos —que en Vico son edades— en los que puede comprenderse la historia de lo humano, así como la conocida dinámica esférica “*dei corsi e ricorsi*”, nos permiten “subir, bajar, avanzar y retroceder, caer y volver a renacer” (Panea Márquez-Llano Alonso, 1998, p. 153).

De todo lo anterior podemos comprender como trascendentalismo e immanentismo, en el fondo, si se desean utilizar como planteamientos para interpretar y leer la genialidad viquiana, encuentran un denominador común: y es que, según Vico, en ningún caso lo humano está sometido a finalidades impuestas desde arriba o predestinaciones forzosas que dictaminan sus actos. El hombre es criatura, es decir, ha sido creado, pero también crea y es responsable de sus actos, siendo por tanto llamado a la elaboración de su futuro, teniendo que ser respetuoso con lo que de humano reside en el hombre.

El pluralismo cultural y el humanismo historicista del filósofo napolitano le convierten en el pensador de “lo humano”, alguien “contracorriente que frente a toda ignorancia y enajenación de lo humano reivindica el valor del hombre y de la historia así como la necesaria prioridad de su estudio”. En este sentido, se le considera un autor apropiado para nuestros tiempos, un clásico actual que se ha preocupado y sigue sirviendo para preocuparse de todo lo humano en una era de un “relativismo (histórico, moral, pedagógico...) disolutorio y vacío”, donde se sigue anunciando el “agotamiento de la filosofía y de cualquier intento riguroso de pensar”, donde se asiste al “asentamiento conformista del cientificismo y de los antihumanismos”, así como al “egocentrismo cultural” (Sevilla Fernández, 2000, pp. 18 y 20). Considerado como uno de los “fundadores de la historia cultural compa-

---

15. Sobre las influencias de Platón, Tácito, Bacon y Grocio en las construcciones científicas de Vico, de gran interés resulta la síntesis de la indagación *fassoniana* realizada por Llano Alonso, 1995-96, pp. 74-78.

rada”, de Vico interesa resaltar en esta sede su aversión hacia el racionalismo jurídico y ético, así como “su reacción frente al abstractismo y el mecanicismo” y, en definitiva, su concepción de derecho natural que es concreta y “sujeta a continua evolución” (López Bravo, 2003, pp. 112-113 y 115).

##### 5. EL VALOR DEL DERECHO EN LA HISTORIA Y EL VALOR DE LA HISTORIA EN EL DERECHO. BREVES REFLEXIONES FINALES

En definitiva, es posible mantener que los pilares básicos de un derecho que hoy quiera ser definido y aceptado como natural son, por un lado, la naturaleza humana real, es decir la histórica, y, por el otro, la metafísica. De este modo, de ese encuentro entre equilibrios reales e ideales, se puede asistir al más adecuado respeto de un orden ético sustancial presente en nuestras vidas. Un orden que, con toda franqueza, no solicita grandes esfuerzos, ya que se trata de actuar con prudencia y con vistas al futuro de la humanidad. Ninguna generación debería vivir “a consta de las generaciones futuras, y esto es precisamente lo que ocurre con más frecuencia en la sociedad contemporánea”; en este sentido, no pensar en el futuro y justificar toda acción invocando su licitud en el momento actual “no es sino la más burda expresión del egoísmo, que es lo que suele acompañar siempre a las éticas de corte utilitarista” (Megías Quirós, 2006, pp. 154-155). Es por ello que se deberían respetar y conocer, en mayor medida, ciertas realidades que solamente pueden ser descifradas desde un plan metafísico, es decir aquellas realidades que no percibimos mediante los sentidos pero que, sin embargo, existen (Carpintero Benítez, 2018, pp. 121-134)<sup>16</sup>.

Siempre estará en juego un problemático *accertamento* de la *verità*, tanto en el ámbito del conocimiento científico como en el más empírico mundo casuístico. Recordemos que “il *Certo delle Leggi* è un’*oscurezza della Ragione unicamente sostenuta dell’Autorità*; che le ci fa sperimentare *dure* nel praticarle; e siamo necessitati praticarle per *lo dir lor Certo*, che in buon latino significa *particolarizzato*, o, come le *Scuole* dicono, *individuato*”; por el contrario, “il *Vero delle Leggi* è un *certo lume e splendore* di che ne illumina la *Ragion Naturale*; onde spesso i Giureconsulti usan dire *verum est, per aequum est*” (Vico, 1859, Libro Primo, p. 78). Entre lo cierto y lo verdadero, es decir entre realidad e idealidad de lo jurídico, se plantea una retroalimentación que permite ver al derecho en sus distintos rostros,

---

16. Quien indica, por ejemplo, el deber de respetar la vida humana como algo que no se localiza fácilmente en ningún sitio, aunque sea perfectamente perceptible por los sentidos.

es decir, en su facticidad, historicidad, normatividad, idealidad, realidad, científicidad, etc.

La justa relación de la norma al hecho, que podríamos definir como “verdad” intrínseca y universalizable, tendrá evidentemente que enfrentarse (en el sentido de verificarse) al contenido que a esa relación quiera darle el legislador en un determinado momento histórico, considerando esta última actuación como lo “cierto” legal aplicable al caso. Pero es que queda otro giro esencial en esta obra de *ascertamento* de la *veritá*, ya que la jurisprudencia propondrá siempre nuevas soluciones mediadoras que son producto de una combinación entre el arte de lo cierto y la científicidad especulativa de lo verdadero. Doctos, teóricos, legisladores, operadores jurídicos y todo tipo de actores de la juridicidad no actúan en solitario y para sus fines particulares: deben, por el contrario, prestar un servicio equitativo, equilibrado, prudente, responsable y virtuoso, con el fin de conservar el sentido último de un derecho —que es producto humano— y para seguir respetando lo que de humano reside en la juridicidad.

En suma, más allá de iuspositivismos o iusnaturalismos exclusivos o excluyentes, buscamos hoy una actitud discreta, que no quiere decir ambigua, pues la ambigüedad lleva siempre al equivoco; una posición que puede encontrarse en una comunión entre extremos, el de lo absoluto y de lo concreto, ligando los ingredientes realistas del iuspositivismo con los especulativos del iusnaturalismo, donde idealismos e historicismos también han sabido actuar para transmitir alguna interesante intuición. Extrapolar lo bondadoso que presentan algunas de las propuestas sucintamente analizadas en esta sede, puede ser un decente camino pedagógico encaminado hacia un buen derecho y hacia un buen modo de pensar sobre el derecho.

Sabemos que, evidentemente, el derecho positivo se enfrenta a grandes dificultades, ya que, si por un lado debe ser capaz de “controlar el ejercicio del poder y de evitar la arbitrariedad”, por el otro debe mostrarse abierto “para favorecer la comunicación de las diversidades”; formalismos necesarios en el primer caso, universalismos dinámicos y concretos en el segundo. Ciertamente existen cosas en la juridicidad que no se sabe con exactitud de dónde proceden, en el sentido que no son necesariamente creación de un acto de poder ni resultado de prácticas consolidadas; no obstante, existen y subsisten, influyen y orientan, solidifican y desmontan. Son hechos ciertos que proceden de verdades no del todo descifrables, son hechos indudables que sirven para demostrar la vocación universal del derecho y “su tendencia no limitable ni coercible a desbordar pertenencias, exclusiones y discriminaciones, hasta hacer posible en perspectiva utópica una comunicación entre hombre y hombre que no se funde sino en su común humanidad” (Viola, 2004, pp. 188-189). Y es aquí, probablemente, la esencial e irrenunciable

funcionalidad de lo invisible en el derecho, algo que solo puede ser apreciado adoptando un punto de vista sobre la juridicidad que destaque el valor del derecho en el devenir histórico de la humanidad y el valor de la acción histórica en la evolución del derecho.

No sabemos exactamente si procede catalogar la filosofía del derecho solo y exclusivamente como filosofía del *certo*, pues algunos de sus más íntimos rostros permitirían descubrir en ella una auténtica filosofía del *vero*. En esa línea discreta que creemos adecuado mantener, es posible afirmar que el derecho se presta (indudablemente) a una investigación filosófica capaz de buscar lo que de cierto expresa, pero también lo que de verdadero encarna. En esta óptica, la impronta iuspositivista no molesta y, por el contrario, tal y como hemos intentado señalar anteriormente, nos sigue sirviendo para aprender de sus postulados epistemológicos, así como para recordar la importancia de los formalismos en lo jurídico. El itinerario iusnaturalista, por su parte, sigue siendo válido y vigente, a condición de incorporar en su seno una equilibrada y concreta visión histórico-cultural del derecho.

El objetivo final, por tanto, consiste en la recuperación de una ruta especulativa sobre lo jurídico que esté abierta a la metafísica y que de origen a un rescate del sentido de responsabilidad hacia la humanidad. La acción humana en la era de la revolución técnica moderna (o en esa era transmoderna a la que aludíamos), necesita que la reflexión filosófica en general y filosófico-jurídico en particular determinen con suficiente claridad el bien humano, atribuyendo la debida responsabilidad a la acción humana. En esta tarea, hará falta apelar nuevamente a ese “sentido común del género humano” al que Vico no liga solamente los meandros de la razón, sino también “sentimientos e intuiciones de la humanidad” (López Bravo, 2019, p. 76).

En este sentido, “ninguna ética anterior hubo de tener en cuenta las condiciones globales de la vida humana ni el futuro remoto, más aún, la existencia misma de la especie. El hecho de que precisamente hoy estén en juego esas cosas exige, en una palabra, una concepción nueva de los derechos y deberes, algo para lo que ninguna ética ni metafísica anterior proporciona los principios y menos aún una doctrina ya lista” (Jonas, 2004, pp. 32 y 34). Para todo ello hará falta una predisposición de mente, corazón y ánimo sin precedentes, ya que se trata de armarse para responder, con amor, al odio contra la metafísica; se trata de aprender de la enseñanza viquiana para no desvaluar o disminuir la capacidad del bien más precioso del que el hombre dispone, es decir la razón; se trata, en último lugar, de no progresar demoliendo, sino de crecer construyendo y respetando. Una lección ciertamente conmovedora y que, aunque pueda parecer excesiva-

mente cargada desde un punto de vista retórico, probablemente es de las pocas oportunidades que quedan para impedir el aniquilamiento de la vida política, del compromiso civil y del *ethos* jurídico.

Deberíamos oponernos —como supo hacerlo Giambattista Vico— a una teorización abstracta de la justicia que aspire a ser universal e inmutable, pues eso impediría el desarrollo y el cambio histórico, eternizando así la repetición; por el contrario, deberíamos apostar por una respetuosa dinámica de la justicia en concreto, donde el crecimiento perpetuo del hombre, que se manifiesta en vicios y pasiones —pues el ser humano es criatura compleja—, no impide movimiento y crecimiento en el respeto de una medula histórica común. La naturaleza humana concebida en términos sociales, es decir política y jurídicamente organizada, es algo que crece y se transforma; es básico y estructural, según Vico, el estar en sociedad a través de relaciones orientadas al reconocimiento del otro como recíproco (Reggio, 2017, p. 62).

Por esta razón, nadie como Vico nos hizo caer en la cuenta de algo que hoy puede parecer muy obvio, pero que al mismo tiempo no sigue siendo capaz de penetrar los tejidos sociales nacionales e internacionales (política y jurídicamente organizados): nos referimos a la capacidad de “utilizar la imaginación disciplinada por la investigación empírica con el fin de comprender las instituciones de la gente que son en gran medida diferente de nosotros, de «adentrarnos en la mente» de semejante seres, como él lo escribe; y llamó particularmente la atención sobre los peligros de la importación de categorías y conceptos de nuestra propia cultura a las demás culturas remotas en el tiempo y en el espacio” (Berlin, 1999-2000, p. 31).

Rescatemos y respetemos, en definitiva, lo valioso del devenir histórico para el derecho y lo virtuoso de la juridicidad para la historia; no nos perdamos en postulados dogmáticos nomocéntricos y estériles; apreciemos lo que de invisible presenta el derecho, desde una postura ius-natural-positivista responsable y templada, respetuosa con el hombre, una criatura que, como hemos dicho, puede y sabe “pro-poner”, aunque no sepa ni pueda “pro-ponerlo” y “presu-ponerlo” todo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Atienza, M. (2018). Un comentario al texto de Francesco Viola *Il futuro del diritto: acuerdos y desacuerdos*. *Persona y Derecho*, 79/2.
- Badillo O' Farrell, P. (2017). Revisita a Suárez y Vico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51.
- Berlin, I. (1999-2000). Giambattista Vico. *Cuadernos sobre Vico*, 11-12.
- Carpintero Benítez, F. (2018). *Diálogo inesquivable sobre la justicia. El deber, la persona y el derecho*. Madrid: Editorial Y.
- Carpintero Benítez, F. (2020). Francisco Suárez: la emergencia de los tiempos modernos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 54.
- Castanheira Neves, A. (2010). *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora.
- Cavalla, F. (2007). Prefazione a Retorica, processo, verità. En VV. AA. *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*. Milán: Franco Angeli.
- Coelho, L. F. (2001). La transmodernidad del derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35.
- Coelho, L. F. (2009). La fundamentación de los Derechos humanos. En Lima Torrado, J. (coord). *Derechos, Estado, Mercado. Europa y América Latina*. Madrid: Editorial Dilex.
- Coelho, L. F. (2012). *Teoría crítica del derecho*. Curitiba-Paraná: Juruá Editora.
- Croce, B. (1922). *La filosofía di Giambattista Vico*. Segunda edizione riveduta. Bari: Laterza.
- Curcio, C. (1960). *Tradición y espíritu de España*. Sevilla: Ediciones Montejurra.
- Derrida, J. (1997). *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Elías de Tejada, F. (1977). *Tratado de filosofía del derecho*. Tomo II. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Fassò, G. (2008). *Storia della filosofia del diritto*. Vol. II. Roma-Bari: Editori Laterza.
- Fernández de Escalante, M. (1978). Justicia, Derecho, Derecho Natural, opción revolucionaria. *Anuario de estudios sociales y jurídicos*, 7.
- Fuselli, S. (2018). Tra legge e sentenza. Sul ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale. En Claudio Sarra - María Isabel Garrido Gómez (a cura di). *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*. Padua: Padova University Press.
- Grossi, P. (2001). Riordinare il caos: conoscibilità delle norme e ruolo della dottrina. *Lavoro e diritto*, A. XV, 4.
- Jonas, H. (2004). *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Segunda edición. Barcelona: Herder.
- Llano Alonso, F. H. (1995-96). Guido Fassò: estudios en torno a Giambattista Vico. *Cuadernos sobre Vico*, 5/6.

- Llano Alonso, F. H. (1997). La influencia del iusnaturalismo racionalista en la génesis de la moral cristiana pos-evangélica. *Revista Española de Filosofía Medieval*. 4.
- López Bravo, C. (2019). Una reflexión sobre la vigencia del pensamiento viquiano. En Alfonso de Julios-Campuzano (editor). *Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- López Bravo, C. (2003). *Filosofía de la historia y filosofía del derecho en Giambattista Vico*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Medina Morales, D. (2020). El jurista como operador social. La función del Derecho. *Boletín de la Real Academia de Córdoba de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*. Vol. 99-169.
- Megías Quirós, J. J. (2006). *Manual de derechos humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Ollero Tassara, A. (1985). Positividad jurídica e historicidad del Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 2.
- Panea Márquez, J. M. - Llano Alonso, F. H. (1998). Utopía, moral y derecho en Giambattista Vico. *Cuadernos sobre Vico*. 9/10.
- Pasquau Liaño, M. (2018). Cultura jurídica y memoria de los juristas. *Revista de derecho constitucional europeo*. 30.
- Pino, G. (2019) L'isola che non c'è. Il positivismo giuridico secondo Riccardo Guastini. En Pierluigi Chiassoni-Paolo Comanducci-Giovanni Battista Ratti (Eds.). *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*. Vol. II. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons.
- Reggio, F. (2017). *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: una prospettiva filosofico-metodologica*. Padua: Cleup.
- Robles, G. (2015a). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Vol. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- Robles, G. (2015b). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Vol. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- Roversi, C. (2018). Diritto posto, diritto creato: una analisi del positivismo giuridico dal punto di vista della teoria del diritto come artefatto. En Claudio Sarra - María Isabel Garrido Gómez (a cura di). *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*. Padua: Padova University Press.
- Sarra, C. (2018). «Iper-positività»: la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell'informazione. En Claudio Sarra - María Isabel Garrido Gómez (a cura di). *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*. Padua: Padova University Press.
- Schiavello, A. (2008). L'eterno ritorno della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato. *Diritto e Questioni pubbliche (D&Q)*. 8.

- Schiavello, A. (2017). Volpi e ricci, ovvero: che cosa rimane del positivismo giuridico?, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. 20.
- Sevilla Fernández, J. M. (2000). Crítica de la razón problemática. Introducción al humanismo historicista de Vico. Prefacio a Rebollo Espinosa, M., J. *Dioses, Héroes y Hombres. G. Vico, teórico de la educación*. Sevilla: G.I.H.U.S. — C.I.V., Biblioteca Viquiana.
- Vico, G. (1858). *Del principio unico e dell'unico fine del dritto universale*. Libro uno. Nápoles: Stamperia De' Classici Latini.
- Vico, G. (1859). *Principj di una Scienza Nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni*. Secondo l'edizione del MDCCXXV (seconda scienza nuova). Nápoles: Stamperia De' Classici Latini.
- Viola, F. (2004). Derecho de gentes antiguo y contemporáneo. *Persona y Derecho*. 51.
- Viola, F. (2018). Il futuro del diritto. *Persona y Derecho*. 79/2.
- Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Colección en Clave de Sur. 1.<sup>a</sup> ed. Bogotá, Colombia: ILSA.