

# SOBRE LOS RASGOS DE LO JURÍDICO

RAFAEL DE ASÍS<sup>1</sup>

En este breve trabajo me referiré al papel que desempeña en una concepción del Derecho básicamente iuspositivista, lo que en otros lugares he denominado como rasgos de lo jurídico.

Entre las diferentes formas existentes para definir el Derecho, y entre los diferentes tipos de respuestas iuspositivistas o pseudo-positivistas a la pregunta sobre la definición del Derecho, el planteamiento que aquí seguiré considera que el Derecho es un sistema de normas apoyado en la fuerza del Poder político cuya principal función es el control social puesto al servicio de fines diversos.

Esa forma de concebir el Derecho implica necesariamente manejar una posición normativa<sup>2</sup>, lo que, en el caso de considerarla como una posición iuspositivista, obliga a matizar la opinión extendida de que el positivismo jurídico describe lo que es el Derecho. Ciertamente en este punto es posible diferenciar con N. Bobbio tres dimensiones del iuspositivismo, la metodológica, la teórica y la ideológica<sup>3</sup>, y considerar que sólo la segunda y la tercera son normativas, distinguiéndose estas por el hecho de que la tercera, a diferencia de la segunda, introduce un juicio moral. Sin embargo, considero que las tres dimensiones son normativas, ya que adoptan un determinado punto de vista sobre lo que es el De-

<sup>1</sup> Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>2</sup> Sobre el positivismo jurídico como planteamiento normativo vid. SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiana, 1997.

<sup>3</sup> Vid. BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, pp. 143 y ss. [Trad., de R. de Asís y A. Greppi].

recho<sup>4</sup> que, en los dos primeros casos, se caracteriza por no establecer una conexión cierta o necesaria con la moral, cosa que si ocurre en la tercera<sup>5</sup>. Así, en realidad, existirían dos grandes tipos de positivismo jurídico, que surgirían por la inclusión o no de la valoración moral. Con ello, lo que se quiere afirmar es que tanto la aproximación metodológica como mucho más claramente la teórica, esconden tras de sí una determinada forma de entender el Derecho<sup>6</sup>. Por su parte, la dimensión ideológica, además incorpora una valoración moral.

En este sentido, el planteamiento al que aquí haré referencia se desenvuelve principalmente en las dos primeras dimensiones, considerando muy discutible, e incluso errónea, la tercera. Y en todo caso, me centraré básicamente en la dimensión teórica, por ser aquella que en la actualidad es objeto de ciertas críticas cuyo núcleo común consiste en considerar que se trata de un planteamiento incapaz de dar cuenta del funcionamiento de los Ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Tal vez, desde este punto de vista, la descripción más aceptada del positivismo jurídico sea la de H.L.A. Hart, quien caracterizaba a éste por la defensa de tres tesis: la de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral, la de las fuentes sociales del Derecho y la de la existencia en determinados supuestos de discrecionalidad judicial<sup>7</sup>. No obstante, se trata de una caracterización discuti-

<sup>4</sup> Como han señalado A. Peczenick y J. Hage, todo posicionamiento sobre el concepto de Derecho posee en mayor o menor medida connotaciones normativas. Vid. PECZENICK, A.; HAGE, J., "Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?", en *Doxa*, n. 22, 1999. [Trad., de A. Rodenas].

<sup>5</sup> Esta confusión entre el plano descriptivo y el prescriptivo tiene su origen en aquellas posiciones que identifican planteamiento descriptivo con planteamiento moralmente neutro. En este sentido se expresa H.L.A. Hart cuando señala que su aproximación al Derecho es descriptiva, considerando como tal aquella que es moralmente neutra. Vid. al respecto, HART, H.L.A., *Postscriptum*, trad. en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Santa Fé de Bogotá, 1997, p. 92. [Trad., de M. Holguin]. No es lo mismo manejar un concepto valorativo que un concepto normativo y, de esta forma es posible referirse a conceptos normativos no valorativos o neutrales. Sobre la tesis de la neutralidad en el iuspositivismo vid. HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 19 y ss. [Trad., de E. Garzón Valdés].

<sup>6</sup> Vid. mi libro *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad de Jaén, 1999, p. 126.

<sup>7</sup> Vid. HART, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", en *Sistema*, 36, 1980, pp. 3 y ss. [Trad., de L. Hierro, F. Laporta y J.R. Páramo].

ble e incompleta, ya que deja fuera aspectos esenciales que sirven para identificar al iuspositivismo, como la concepción sistemática del Derecho o la asignación de funciones al mismo o el papel del Poder político, y utiliza otros que poseen un significado y alcance problemático, como la referencia a las fuentes sociales del Derecho<sup>8</sup>.

En todo caso, y moviéndonos en el plano teórico, el positivismo jurídico propone una forma de entender el Derecho, que en su sentido más básico ha sido descrito tradicionalmente apelando al binomio norma y fuerza, y destacando el elemento volitivo. Esta caracterización del Derecho supone que detrás de toda norma hay una voluntad, que es jurídica en la medida en que esté respaldada directa o indirectamente por la fuerza del Poder político. Sin embargo, esta forma de describir el iuspositivismo es insuficiente y simplificadora. La descripción del Derecho no puede desenvolverse única y exclusivamente en términos de voluntad política. El iuspositivismo empapa esas dimensiones con ciertas dosis de racionalidad, incorporando la idea de sistema y asignando, al menos, una función específica al Derecho: la organización y dirección de la vida social<sup>9</sup>.

Esta posición sobre el significado del Derecho posee así tres grandes referentes: la idea de sistema normativo, el respaldo del Poder político y la consideración de que su principal función es el logro del control social<sup>10</sup>. Este concepto de Derecho implica que son condi-

<sup>8</sup> Ciertamente podemos pensar que estos rasgos son especificaciones de los otros o que no son esenciales al positivismo en general sino que expresan una concepción iuspositivista concreta. Vid. al respecto BAYÓN, J.C., "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en ZAPATERO, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis García San Miguel*, T. II, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, pp. 40 y ss. Sin embargo, la referencia a las fuentes sociales no se entiende sin la existencia de filtros, en el sentido de que no todo mandato que de hecho se acepte o se cumpla es Derecho para el positivismo jurídico. Este planteamiento presume otra serie de rasgos que determinan que sólo son Derecho algunos mandatos que tienen su origen en fuentes sociales.

<sup>9</sup> La relación entre codificación y positivismo jurídico es algo normalmente admitido. En este sentido, no debe ser pasado por alto como el fenómeno de la codificación es, entre otras cosas, un intento de compaginar el voluntarismo con la idea de Derecho como sistema. Vid. en este sentido TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 39 y ss. [Trad., de I. Rosas]. Sobre la relación entre razón y voluntad en la creación e interpretación del Derecho vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 19 y ss.

<sup>10</sup> Si identificamos al primer referente con el concepto de Derecho y al segundo con su función, podríamos afirmar que para comprender el Derecho es imprescindible conectar

ciones necesarias para hablar de Derecho, la existencia de un sistema de normas destinadas a ejercer un control social y apoyadas en el Poder político. De esta manera surgen una serie de exigencias o de rasgos que todo Derecho debe respetar para poder ser considerado como tal. Se trata precisamente de lo que en otros lugares he denominado como "rasgos de lo jurídico"<sup>11</sup>.

Estos rasgos de lo jurídico, se corresponden básicamente con los requisitos de la llamada, por L. Fuller, moral interna del Derecho<sup>12</sup>. En virtud de éstos, no puede ser Derecho cualquier tipo de normas. Se trata de normas que componen un sistema, que están respaldadas en la fuerza del Poder político y que están destinadas, de manera general, a ejercer un control social. La idea de sistema supone que el Derecho debe estar formado por un conjunto unitario y coherente (e incluso pleno en un sentido interno); el respaldo en el Poder político implica que sólo es Derecho aquello que está finalmente apoyado en el aparato coactivo estatal; la función del control social, trae consigo conceder una importancia fundamental a la idea de eficacia (también inmersa en alguna de las ideas anteriores).

Podemos diferenciar, por el momento, tres grandes grupos de rasgos de lo jurídico, que poseen entre sí conexiones. Por un lado los de-

concepto y función. Vid. en este sentido SOPER, Ph., *Una Teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161. [Trad., de R. Caracciolo y S. Vera]. No obstante, creo que no es posible establecer esa distinción, en el sentido de que el concepto de Derecho integra necesariamente el elemento funcional. Obviamente, esta concepción del Derecho maneja una idea de Derecho moderna, es decir, una concepción jurídica propia del mundo moderno. En este sentido, algunos de los rasgos que presume tienen su origen en la modernidad y, desde ella, están indisolublemente unidos al concepto de Derecho. En todo caso, y aclarado lo anterior, el planteamiento iuspositivista hace abstracción de las circunstancias históricas y justificatorias, presentándolos como elementos racionalmente necesarios de una idea de Derecho desvinculada de la moral. Sobre la aparición histórica de estos rasgos vid. PECES-BARBA, G., "Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales", en PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E., *Historia de los derechos fundamentales, Tránsito a la modernidad y siglos XVI y XVII*, T. I, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Dykinson, 1998, pp. 205 y ss. También en el mismo tomo vid. PECES-BARBA, G.; SEGURA ORTEGA, M., "La filosofía de los límites al Poder", *Ibidem.*, pp. 375 y ss.

" Vid. ASÍS ROIG, R. DE., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, cit., p. 46.

<sup>12</sup> Vid. FULLER, L. L., *La moral del Derecho*, México, Trillas, 1967. [Trad., de F Navarro]. Sobre el sentido y alcance de la moral interna del Derecho vid. el excelente trabajo de ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

derivados de la idea de sistema; por otro, los derivados de la relevancia del Poder; por último los derivados de la función de control social.

Los rasgos de lo jurídico derivados de la idea de sistema son la unidad, coherencia y plenitud. Estas notas funcionan como un presupuesto conceptual que condiciona, el actuar jurídico<sup>13</sup>.

La exigencia de unidad, que es básicamente concreción de la coherencia, supone contemplar el Ordenamiento como compuesto por un tronco común del que se deducen todas las normas válidas. En los sistemas jurídicos actuales, la unidad, desde un punto de vista interno, viene dada por la Constitución. En ella y desde ella, el criterio formal de validez normativa (forma de producción de las normas y órgano encargado) despliega su sentido. Junto a este criterio formal, suele aparecer un criterio material de validez normativa<sup>14</sup>, cuya admisión por parte del iuspositivismo es problemática.

En todo caso, el principal rasgo de lo jurídico que se deduce de la consideración del Derecho como un sistema unitario es la jerarquía normativa. Esto puede comprobarse desde la descripción de la idea de unidad realizada por Kelsen. Para Kelsen, las normas jurídicas no se encuentran en el mismo plano sino que cabe hablar de normas superiores e inferiores. Desde este punto de vista, las normas forman parte del Ordenamiento por su forma de producción y se relacionarían entre sí a través del denominado principio de jerarquía formal. Según Kelsen, cabría representar al Derecho como una pirámide (pirámide normativa), donde las normas se relacionarían por medio de dos criterios: el de producción-ejecución y el de poder-obligación<sup>15</sup>. En este sentido afirma: "Simplificando mucho, la situación es la siguiente: El nivel inferior lo constituyen las normas individuales creadas por los órganos aplicadores del Derecho, especialmente los tribunales. Estas normas individuales dependen de las leyes, que son las normas generales creadas por el legislador, y las normas consue-

<sup>13</sup> Es algo parecido a los principios que Ronald Dworkin sitúa en el vértice del Modelo de Comunidad de principio. Vid. DWORKIN, R., *LaWs Empire*, Cambridge-Massachusetts-London, Harvard University Press, 1986, pp. 176-177. Hay traducción al castellano de C. Ferrari, en Gedisa, y titulada DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa. [Trad., de C. Ferrari]. Ahora bien, a diferencia de los principios de los que habla Dworkin, estos no poseen carácter moral.

<sup>14</sup> Vid. entre otros, PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 90.

<sup>15</sup> Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 245 y ss. [Trad., de R.J. Vernengo].

tudinarias que constituyen el nivel superior siguiente dentro del orden jurídico. A su vez, estas leyes y normas consuetudinarias dependen de la Constitución, que forma el nivel superior del orden legal considerado como sistema de normas positivas"<sup>16</sup>.

La exigencia de coherencia implica la ausencia de normas contradictorias o incompatibles, o, al menos, la presencia de criterios para solucionar la posible presencia de normas contradictorias. Una de las consecuencias de esta exigencia es el principio de legalidad. Este, además de su sentido general de sometimiento al Derecho, posee dos grandes proyecciones. La primera repercute en el ámbito de la creación de normas y la segunda en su aplicación. Así, la proyección del principio de legalidad en el ámbito de la creación de normas supone la prohibición de la arbitrariedad legal, es decir, implica la prohibición de elaborar normas contradictorias con el Derecho. Por su parte, la proyección del principio de legalidad en el ámbito de la aplicación supone, además, la prohibición de parcialidad y de arbitrariedad racional (es decir, la exigencia de motivación racional e imparcial). Ambas proyecciones pueden llegar a exigir como consecuencia de su significado, el establecimiento de un sistema de contrapesos entre los diferentes órganos aplicadores y creadores del Derecho, que se traduce en la separación de poderes.

En cualquier caso, parece difícil afirmar que el Derecho se caracteriza por ser un sistema coherente. La existencia de normas contradictorias no puede negarse, pero esto no tiene por qué llevarnos a negar también la nota de la coherencia y, por ende, la visión del Derecho como Ordenamiento. Sólo cabría llegar a esta conclusión si esas normas fuesen válidas al mismo tiempo y su contradicción hubiera sido declarada por un órgano competente sin que esta declaración tuviera efectos derogatorios para alguna de ellas o para ambas. Como he señalado en otro lugar, este requisito "exige que las supuestas normas contradictorias, sean interpretadas de forma tal que desaparezca la incoherencia o, en su caso, que se invalide para el asunto en cuestión una de las normas. El Derecho ha establecido una serie de mecanismos para la solución de estas antinomias, entre los que se encuentran los denominados como criterio jerárquico, cronológico y de especialidad"<sup>17</sup>. Estos criterios se presentan como rasgos de lo jurídico.

<sup>16</sup> KELSEN, H., "Los juicios de valor en la Ciencia del Derecho", en KELSEN, H., *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 141. [Trad., A. Calsamiglia].

<sup>17</sup> Vid. ASÍS ROIG, R. DE., *Jueces y Normas*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 28.

La exigencia de plenitud obliga a contemplar al Derecho como un instrumento capaz de dar solución a todos los problemas que se le plantean. Ahora bien, la plenitud no supone la existencia de normas que solucionen directamente todo conflicto o problema jurídico, sino más bien la existencia de una respuesta siempre por parte del Derecho. En efecto, "hay que ser conscientes que la nota de la plenitud se predica del Ordenamiento y no de las normas o de las leyes. Se puede afirmar que existen lagunas normativas pero que el Ordenamiento las colma a través de diferentes mecanismos que tienen como resultado la producción o la aplicación de cierta norma. Cuando no se produce este hecho no es que exista una laguna normativa ni una laguna del Derecho, sino que más bien se trata de un asunto que no entra dentro del ámbito jurídico"<sup>18</sup>.

Los rasgos de lo jurídico derivados de la relevancia del Poder adquieren significación desde la necesaria eficacia que debe poseer el sistema jurídico para cumplir con su función. Sin embargo este tipo de rasgos serán presentados más adelante. Así, en sentido estricto, los rasgos de esta concepción de lo jurídico en esta sede implican defender que existe una necesaria conexión entre Derecho y Poder político. Dicho de otra forma, la validez de las normas y decisiones jurídicas descansa en último término en la posibilidad de formar parte del sistema jurídico que, a su vez, necesita del apoyo del Poder político. De esta forma, se aclara el sentido de las fuentes sociales del Derecho como rasgo propio del iuspositivismo. No toda fuente social es Derecho, sólo lo es aquella que finalmente es capaz de integrarse en el sistema, aquella que finalmente puede contar con el apoyo de la fuerza del Poder político.

Los rasgos de lo jurídico derivados de la función de control social, conectan necesariamente el problema del concepto de Derecho con el de su eficacia. Respecto a la proyección de la eficacia en una concepción del Derecho iuspositivista, es posible diferenciar al menos dos sentidos que, de forma tal vez polémica, denominaré con los términos "eficacia técnica" y "eficacia real". La dimensión de la "eficacia técnica" implica que el Derecho se configure técnicamente como una herramienta apta para el control social; la dimensión de la "eficacia real", por su parte, implica que el Derecho cumpla efectivamente con su función de control social.

Podemos explicar esta proyección partiendo de un ejemplo tomado de Ph. Soper. Este autor, cuando alude a la relevancia que tiene la

<sup>18</sup> ASÍS ROIG, R. DE., *Jueces y Normas*, cit., pp. 30 y 31.

función del Derecho respecto a su concepto afirma: "Se puede ilustrar la cuestión, imaginando una definición de 'herramienta' que, en teoría, elabore un concepto desvinculado de la idea de cómo se usa realmente la herramienta ¿Cómo puede imaginarse una herramienta si su uso no se puede imaginar? Si describimos un artefacto elaborado que no tiene algún uso concebible para nosotros, estamos autorizados a considerarlo una herramienta -por ejemplo, una palanca en vez de una barra de hierro- solo si admitimos que tuvo un uso semejante en una sociedad anterior o que lo tiene para otras personas-. Así también, podemos construir un modelo del Derecho sobre la base de actos de voluntad teóricamente identificables; pero si solamente aquellos actos que guían efectivamente cuentan como Derecho y si la actividad de guiar a otros requiere interpretación y evaluación, entonces, un concepto adecuado del Derecho debe reflejar, aún en la teoría, ambos procesos, tanto la interpretación como la identificación"<sup>19</sup>.

La cita anterior posee una serie de implicaciones que de manera directa afectan a la cuestión del significado del juez en el Derecho. Sin embargo, me interesa en esta sede lo relativo a la repercusión que el elemento funcional tiene en el concepto de Derecho. En este sentido, estoy de acuerdo con Soper en la importancia que tiene ese elemento a la hora de plantearnos un concepto de Derecho. Sin embargo, no debe identificarse esa cuestión con el problema de lo que "cuenta como Derecho". La distinción entre "eficacia técnica" y "eficacia real", pretende establecer esa diferencia.

Retomando el ejemplo de Soper, no es posible hablar de "herramienta", sin referirnos a su función. Podemos convenir en que un destornillador es una herramienta cuya principal función es apretar y desapretar tornillos. En este sentido, la "eficacia técnica" del destornillador implicará el que este reúna una serie de características que le permitan llevar a cabo dicha función; la "eficacia real" dependerá de que esa herramienta se utilice realmente<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> SOPER, Ph., *Una Teoría del Derecho*, cit, p. 163.

<sup>20</sup> Obviamente, junto a estos sentidos de la eficacia, es posible estudiar el fin del Derecho o, en nuestro ejemplo, el fin de la herramienta. Así, el destornillador puede ser utilizado para apretar tornillos de una máquina que tiene como finalidad destruir vidas o, por el contrario, favorecer su mantenimiento. Incluso, aunque esto ya tendría que ver con la problemática de la función, puede ser utilizado como arma. Este tipo de análisis se lleva a cabo desde una óptica moral y no será aquí tratado. Vid. sobre esta cuestión en relación con el Estado de Derecho, RAZ, J., *La autoridad del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, p. 281. [Trad., de R. Tamayó].

De manera muy resumida, podemos ejemplificar los componentes del primer tipo de eficacia con principios tales como el de la publicidad de las normas y decisiones, de legalidad, de jerarquía normativa, de prohibición de la arbitrariedad o de irretroactividad, la exigencia de claridad (en el sentido de posibilidad de atribuir significado a las disposiciones normativas). El Derecho necesita de estos principios para presentarse como instrumento apto para el control social. Se trata de principios y exigencias que tradicionalmente forman parte de la idea de seguridad jurídica<sup>21</sup>. De ser eso así, el positivismo jurídico no se entendería sin ese valor que posee una interpretación moral vinculada, al menos, al valor autonomía<sup>22</sup>. Con ello, se establecería una conexión necesaria o cierta entre el Derecho y la moral y, por tanto, o bien dejaríamos de movernos en el ámbito del positivismo o nos veríamos obligados a desmentir que el de la conexión contingente o aleatoria es uno de sus rasgos. Ahora bien, independientemente de que la seguridad jurídica puede ser interpretada en un sentido no moral<sup>23</sup>, estos rasgos pueden ser presentados con otro tipo de justificaciones.

Junto a estos principios y permaneciendo en esta dimensión de la eficacia, se hace necesario también establecer un sistema de sanciones y recompensas o, lo que es lo mismo, el establecimiento de una organización que imponga de forma coactiva el sentido de las normas. De esta manera vuelve a aparecer la necesaria conexión entre el Derecho y la fuerza.

La dimensión de la "eficacia real" significa que un Derecho no cumplido o que no es capaz de imponerse no puede ser considerado como tal. En un planteamiento iuspositivista, esta dimensión está condicionada por los rasgos que acompañan a lo que antes denominé como "eficacia técnica" (y también por los que acompañan a la idea de sistema). Pero además, esta dimensión de la "eficacia real", nos co-

<sup>21</sup> Vid. PECES-BARBA, G., "La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho", en PECES-BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 268.

<sup>22</sup> Vid. al respecto LAPORTA, F.J., "Imperio de la Ley. Reflexiones desde un punto de partida de Elias Díaz", *enDoxa*, n. 15-16, vol. 1, 1994, p. 135. También ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, cit., pp. 538 y ss. En contra, vid. FERNÁNDEZ, E., "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", en *Sistema*, 138, Madrid 1997, p. 113.

<sup>23</sup> Vid. al respecto ASÍS ROIG, R. DE., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, cit., pp. 48 y ss

necta con la cuestión de lo que "cuenta como Derecho", esto es, con el problema de la obediencia.

En efecto, el logro del control social no sólo se consigue con una herramienta en principio técnicamente correcta. Es necesario que esta herramienta se utilice. Esto en relación con el Derecho significa que se cumpla, que se haga valer. De esta forma, la "eficacia real" se logra cuando el Derecho es capaz de imponerse, esto es, cuando los destinatarios obedecen los mandatos. Y, en este punto, este requisito de la obediencia significa bien que existe un cumplimiento consentido, bien que existe un cumplimiento forzado, bien que existe una respuesta sancionadora ante el incumplimiento de las normas.

Respecto a estos significados de la "eficacia real", es importante ser conscientes de que nos conectan con el problema de la obediencia, si bien proyectado no ya en los ciudadanos sino en aquellos que forman parte del Poder, esto es de aquellos que componen lo que ha sido denominado como el aparato coactivo del Estado. Ciertamente, el positivismo jurídico encuentra en este punto uno de sus principales problemas para seguir manteniendo una conexión aleatoria entre el Derecho y la Moral<sup>24</sup>. En efecto, este problema ha llevado a algunos a plantear no ya sólo que el positivismo jurídico es un planteamiento normativo, sino además que posee una inescindible conexión con la moral, a través, al menos, de la defensa de la idea de seguridad jurídica<sup>25</sup>. A esta conclusión podría llegarse desde el examen de la cuestión sobre el por qué los poderes públicos obedecen al Derecho e incluso también desde el examen de la cuestión sobre el por qué los poderes públicos deben obedecer el Derecho.

Pues bien, es posible aludir a tres grandes razones para obedecer al Derecho por parte de los poderes públicos. Por un lado las genui-

<sup>24</sup> Utilizo la expresión "conexión aleatoria" con el mismo sentido con el que se habla de conexión contingente entre el Derecho y la Moral. La justificación de este uso puede encontrarse en mi trabajo, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, cit., p. 27, n.41.

<sup>25</sup> Creo que esta es la conclusión a la que llega R. Escudero en su estudio sobre la moral interna del Derecho. Vid. ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, cit., p. 539. Véase también del mismo autor "La moral interna del Derecho como objeto de debate", en *Derechos y Libertades*, 10, 2001, pp. 233 y ss. Me parece en este sentido acertadas las críticas de R. García Manrique a esta conclusión a la que llega R. Escudero. Vid. GARCÍA MANRIQUE, R., "Acerca de la intrínseca moralidad del Derecho", en *Derechos y Libertades*, 10, 2001, pp. 199 y ss. Sobre esta discusión vid. RODRÍGUEZ-TOUBES, J., "La relevancia conceptual y valorativa de la moral interna del Derecho", en *Derechos y Libertades*, 10, 2001, pp. 215 y ss.

namente morales, que implican considerar que se obedece porque el sistema jurídico es moralmente correcto; por otro las prudenciales, que implican considerar que se obedece porque se considera que el incumplimiento va a tener consecuencias perjudiciales para quien lo efectúa (el miedo a la sanción); por último las que podríamos denominar como profesionales o de status, que implican que se obedece porque se considera que la ocupación del cargo conlleva esa exigencia. En todo caso, es importante advertir que todas ellas pueden ser consideradas como morales, si bien sólo lo son genuinamente las primeras, ya que implican no sólo obediencia sino aceptación.

La eficacia real conlleva la exigencia de cumplimiento del Derecho por parte de los poderes públicos sin tener en cuenta de manera necesaria las razones de dicha actuación. En este sentido, el positivismo jurídico integra en su concepción del Derecho la exigencia de obediencia por parte de los detentadores del Poder. Si estos no se ajustan a lo que el Derecho dispone no es posible hablar de Derecho. Obviamente esto implica que la aceptación facilita el logro de la función principal del Derecho pero esta no es relevante. Lo relevante es la obediencia como seguimiento.

En todo caso, esa relevancia de la aceptación implica que, aunque la aceptación no sea una dimensión de un concepto de Derecho como el que estamos manejando aquí, sí que es relevante a la hora de que el Derecho cumpla con su principal función y que, por tanto, un Derecho que se acomode a los criterios de moralidad de los detentadores del Poder y de los ciudadanos cumplirá mejor su función<sup>26</sup>. Lo que, y esto es también muy importante, no tiene porqué significar que con ello se logre un Derecho justo. Sin embargo, en este punto estamos ya adentrándonos en cuestiones que versan no ya sobre el concepto de Derecho válido sino sobre el concepto de Derecho moralmente correcto, cuestión está que se sale del campo de análisis propio del iuspositivismo.

Los rasgos de lo jurídico aparecen así como exigencias racionales del concepto de Derecho. Como se habrá advertido, y fue ya apuntado, esta posición intenta compaginar el elemento volitivo presente en el Derecho con el racional. Tradicionalmente, uno de los puntos que sirvió para diferenciar el positivismo jurídico del iusnaturalismo consistía en considerar que el primero concedía prevalencia a la voluntad sobre la razón, mientras que el segundo hacía lo contrario, y

Vid. RAZ, J., *La autoridad del Derecho*, cit., p. 51.

desde aquí se entendía mejor la importancia del criterio formal de validez para el primero y del material para el segundo. No obstante, considero importante matizar lo anterior en tres sentidos. En primer lugar porque el iuspositivismo, al manejar una determinada concepción del Derecho, incorpora dimensiones de racionalidad que no pueden ser sobrepasadas por el ejercicio de la voluntad<sup>27</sup>. En segundo lugar porque, la preponderancia de los criterios formales en el positivismo jurídico, no implica que la decisión válida sea, sin ningún tipo de límites, la del órgano competente. Existen límites, aunque sean muy tenues, derivados de esas dimensiones de racionalidad, más allá de los cuales la decisión descansa en la voluntad del órgano competente. Por último, y en relación con el carácter racional de los límites a la voluntad, la especificidad del positivismo jurídico se produce al considerar que estos límites racionales no poseen una naturaleza moral, sino que se presentan como exigencias de la concepción del Derecho que se maneja<sup>28</sup>.

En este sentido, los rasgos de lo jurídico son componentes ineludibles de la concepción jurídica que aquí mantengo y del iuspositivismo en general<sup>29</sup>. A diferencia de otros planteamientos que también aluden a una serie de componentes necesarios, para el iuspositivismo estos no se justifican por un supuesto carácter moral<sup>30</sup>. Sin el cumplimiento de dichos componentes difícilmente podrá hablarse del Derecho como instrumento racional de control social apoyado en el Poder, aunque si sería posible referirse a él como un instrumento de control social apoyado en el Poder. Empleando un ejemplo ya clásico, sin esos componentes, realmente no habría forma de diferenciar entre el Derecho y los mandatos de una banda de ladrones.

En efecto, lo anterior tiene que ver con la defensa de lo que ha sido denominado como modelo de conexión entre el Derecho y el Po-

<sup>27</sup> Vid. la exposición de esta tensión en H. Kelsen, en el trabajo de PRIETO SAN-CHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 50 y 51.

<sup>28</sup> De ahí que a pesar de estar, como vengo reiterando, estrechamente relacionados con los requisitos de la moral interna del Derecho según Fuller, para evitar confusiones sea mejor referirse a ellos como rasgos de lo jurídico. Por idénticas razones H. Hart se refería a ellos en términos de principios de legalidad. Vid. HART, H.L.A., "Lon L. Fuller: The Morality of Law", en HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 347.

<sup>29</sup> Vid. ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, cit, p. 317.

<sup>30</sup> Vid. ASÍS ROIG, R. DE., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, cit., pp. 47 y ss. Vid. en este sentido GARCÍA MANRIQUE, R., "Acerca de la intrínseca moralidad del Derecho", cit., pp. 207 y ss.

der y que sirve para expresar esa forma de compaginar voluntad y razón a la que antes me referí<sup>31</sup>. El modelo de conexión implica, por un lado, considerar al Poder como determinante de la eficacia del Derecho y por otro a éste último como limitador de la actividad del primero. La idea del Derecho como límite al Poder surge lógicamente de la misma idea de Derecho que estamos manejando. La existencia de un sistema de normas supone el establecimiento de unos límites a la actuación del Poder. Pero eso sí, como he venido destacando, y esto es lo que me parece esencial en esta relación, el sistema posee una serie de notas que van a caracterizar el sentido básico de esos límites. Es decir, el modelo de conexión supone afirmar que el Derecho se apoya en el Poder y que a la vez que lo limita, y que esta limitación se hace desde el respeto a los presupuestos de la coherencia, unidad, plenitud y publicidad (y a los criterios que de ella se derivan).

Este modelo, que implica, como acabamos de ver, que la validez del Derecho descansa en el Poder pero que éste está limitado por el Derecho, participa por tanto de los rasgos que sirven para identificar a los llamados modelo de identificación y al modelo de supeditación. Con el primero comparte la importancia de la voluntad, con el segundo la de la razón, que le sirve por otro lado para diferenciarse del primero. La diferencia fundamental con el modelo de supeditación se produce porque las dimensiones de racionalidad no poseen naturaleza moral; se deducen de la función que se atribuye al Derecho.

<sup>31</sup> Vid. PECES-BARBA, G., (et al)., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1995, pp. 321 y ss.