

# El debate entre el positivismo metodológico de H.L.A Hart y el iusnaturalismo de Ronald Dworkin y su reflejo en el Derecho civil español. La justicia relacional en la encrucijada\*


*The Debate between the Methodological Positivism of H.L.A. Hart and the Iusnaturalism of Ronald Dworkin and its Reflection in Spanish Civil Law.  
Relational justice at the crossroads*

JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Málaga (España)

jmdetorres@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0001-5807-6655>

**Resumen:** Ronald Dworkin y H.L.A. Hart han mantenido un debate sobre los fundamentos del Derecho que ha perdurado y, medio siglo después de su inicio, aún sigue abierto entre sus seguidores. Por una lado, se proclama la suficiencia del derecho normado, por otro la necesidad de que se justifique en principios superiores. Este debate resulta de especial interés en la era del relativismo, en la que el ser humano busca respuestas a la preguntas que fundamentan su civilización. En el Derecho español, y muy especialmente en el Derecho Civil, simultáneamente se ha desarrollado una controversia paralela entre dos formas distintas de entender el

---

\* Este artículo se corresponde con la ponencia que impartí en el Congreso *Common Law and Continental Law Systems, a double approach for the modernization of Private Law in the Philippines*, que se celebró en la Facultad de Derecho de la University College de Dublin los días 3 y 5 de julio de 2023, en el marco del Proyecto *Erasmus+ CBHE for the Legal and Social Advance in the Philippines (CALESA)*.

---

Recepción: 31/07/2023

Aceptación: 10/11/2023

Cómo citar este trabajo: DE TORRES PEREA, José Manuel, “El debate entre el positivismo metodológico de H.L.A Hart y el iusnaturalismo de Ronald Dworkin y su reflejo en el Derecho civil español. La justicia relacional en la encrucijada”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 8, Universidad de Cádiz, 2023, pp. 113-144, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2023.i8.05>

*Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*

ISSN-e: 2345-3456

N.º 8, julio-diciembre, 2023, pp. 113-144

Derecho, una fundada en la sacrosanta seguridad jurídica y otra en la supremacía de la justicia a través de cláusulas generales. Es también un debate abierto, si bien tanto en el ámbito del *Common Law*, como en el Derecho español prima el positivismo y la seguridad jurídica sobre la noción de justicia. Ante la imposibilidad de cerrar estos debates, termina este trabajo con una propuesta para buscar vías alternativas que puedan guiar la aplicación del Derecho en el camino hacia la justicia.

**Abstract:** *Ronald Dworkin and H.L.A. Hart have held a long running debate on the foundations of law that half a century after its beginning, is still open among their followers. On the one hand, the sufficiency of law is proclaimed, on the other, the need for it to be justified by higher principles. This debate is of particular interest in the age of relativism, in which human beings are looking for answers to the questions that underpin the civilisation. In Spanish Law, and especially in Civil Law, a parallel controversy has developed simultaneously between two different ways of understanding Law, one based on the principle of legal certainty and the other on the supremacy of justice through general clauses. It is also an open debate, although both in the sphere of Common Law and in Spanish Law, positivism and legal certainty prevail over the notion of justice. Given the impossibility of closing these debates, this work ends with a proposal to seek alternative ways of guiding the application of the Law on the path towards justice.*

**Palabras clave:** Ronald Dworkin, H.L.A. Hart, positivismo metodológico, iusnaturalismo, principios jurídicos, dogmatismo, seguridad jurídica, justicia, Derecho Civil, Common Law.

**Keywords:** *Ronald Dworkin, H.L.A. Hart, methodological positivism, iusnaturalism, legal principles, dogmatism, legal certainty, justice, Civil Law, Common Law*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO EN UN CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL MARCADO POR EL RELATIVISMO. 2. PRINCIPIOS Y DOGMATISMO, SU IMPACTO EN EL DERECHO. 3. REFLEJO DEL DEBATE ENTRE EL POSITIVISMO METODOLÓGICO DE H.L.A. HART Y EL IUSNATURALISMO DE RONALD DWORKIN EN EL DERECHO ESPAÑOL. 4. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A PARTIR DE PRINCIPIOS, UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE EL COMMON LAW Y EL DERECHO ESPAÑOL. 5. UNA ALTERNATIVA ANTE UN DEBATE IRRESOLUTO. LA JUSTICIA RELACIONAL EN LA ENCRUCIJADA. 6. CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO EN UN CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL MARCADO POR EL RELATIVISMO

El debate entre Ronald Dworkin y H.L.A. Hart, aún abierto y continuado por sus seguidores tras el fallecimiento de ambos, debe ser contextualizado pues ambos tratan la filosofía del Derecho, que no deja de ser una rama de un robusto árbol. Esto

implica que la evolución y desarrollo del pensamiento filosófico en el primer cuarto del siglo XXI han de tener su reflejo también en el Derecho y en la forma en que nos acerquemos a este debate.

Hasta el siglo pasado la filosofía estuvo guiada por un claro humanismo del que surgieron importantes consensos, uno de cuyos principales éxitos fue la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 1º de diciembre de 1948<sup>1</sup>.

No obstante, este consenso parece ahora sufrir importantes envites tal como nos ilustra Rob Riemen en su obra *To Fight Against this Age*<sup>2</sup>. Para este filósofo estamos en un momento caracterizado por el nihilismo propio de la sociedad de masas<sup>3</sup>, lo cual supone un importante riesgo para nuestra democracia, que ha entrado en crisis debido a la creciente trivialización. El problema es que tal como señala Riemen, se ponen en tela de juicio valores y principios, y puede afirmarse que ignoramos cuáles podrían ser las respuestas a las preguntas fundamentales que constituyen la base de la civilización<sup>4</sup>. Ello es debido al desarrollo de determinadas corrientes filosóficas, entre las que destacan las corrientes posmodernistas<sup>5</sup>, poshumanistas<sup>6</sup> y transhumanistas<sup>7</sup>, caracterizadas por relativizar los pilares en los que hasta ahora hemos sustentado tanto el sistema socio político como la posición del ser humano en la sociedad. Se discute tanto el fundamento del Derecho como de la propia dignidad humana<sup>8</sup>.

---

1 Resolución 217 A III.

2 Rob RIEMEN, *To Fight Against this Age. On Fascism and Humanism*. W.W.Norton & Company, First Ed. New York, 2018, p.32.

3 Fue José ORTEGA y GASSET quien en *La rebelión de las masas*, Espasa, Colección Austral ediciones especiales, 1901, (reedición Barcelona, 1999), acuñó el término hombre-masa, al cual considera como una amenaza a los valores de la democracia liberal y al humanismo, un hombre que deambula por la vida sin pensar, carente de valores, aferrado a la masa.

4 Rob RIEMEN, *To Fight... op. cit.*, p.48.

En palabras de Thomas MERMALL en "Ortega contra Pero Grullo: Estrategias retóricas en Meditación de la Técnica", *Revista Internacional de tecnología, Conocimiento y Sociedad*, vol.I, nº1, 2010, pp.1-10, p.6., "vivimos en un mundo dominado por los *managers* del deseo, los secuestradores de voluntad, diseñadores y dueños de nuestras fantasías, empeñados en la creación de un consumidor necesitado de una plétora de productos tecnológicos para satisfacer los deseos más banales y superficiales".

5 Jean François LYOTARD, en *La condición posmoderna*, Cátedra, (1979), 4ª Ed. 2004.

6 Posmodernismo y poshumanismo pueden ser interpretados como una misma corriente en la que se culmina la absoluta pérdida de valores espirituales y el significado de la vida propios del humanismo, según anunció ya en su día F. Nietzsche.

7 El transhumanismo implica la negación absoluta de toda trascendencia, supone el paso del antropocentrismo al cibercentrismo, un mejoramiento que da sentido a esta nueva "religión".

8 Yuval Noah HARARI niega la existencia de derechos humanos fundamentales: "*Like money, limited liability companies and human rights, nations and tribes are inter-subjective realities. They exist only in our collective imagination... It's imagination*", in *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, 2011, p.406. De hecho, los utilitaristas comparten esta perspectiva, pues no admiten otro derecho que el que devenga del acuerdo alcanzado en la sociedad. Por tanto, los llamados derechos humanos se derivarían exclusivamente de dicho acuerdo.

Ante este panorama Riemen queda perplejo al comprobar que no encuentra hoy filósofos humanistas que presenten batalla a la tiranía del relativismo. Lo cierto es que, como él afirma es difícil luchar con el relativismo cuando no se te deja ni siquiera margen para empatar. Afirma que la mera negación de la existencia de valores universales o de todo tipo de trascendencia implica que se gane la partida por un relativismo que autoproclama su victoria en una partida determinada por un “win-win”: Ante la carencia de toda prueba de la existencia de valores universales, se afirma su inexistencia<sup>9</sup>. Puede resumirse este momento refiriendo a Byung-Chul Han quien señala que la filosofía actual carece por completo de referencias a la verdad y se aparta de la actualidad. Por eso –según él– también es una filosofía sin futuro<sup>10</sup>.

El mundo tras el cambio de milenio vive en una excepcionalidad permanente que ha puesto en jaque al liberalismo. La democracia liberal y los valores de esperanza y humanidad que la avalaron están en jaque por el envite de multitudes de “hombres-masa” radicalizados. Parece como si hubiéramos vuelto al periodo de entreguerras y los escritos de Ortega y Gasset fueran contemporáneos. El populismo de la mano del nacionalismo renace como el ave fénix y se abre camino. De ello deriva que el blindaje de derechos inviolables consagrado por las constituciones occidentales esté en tela de juicio.

Otro riesgo que nos desafía es la revolución digital que como señala Lassalle arrasa el mundo analógico a través de un capitalismo radicalmente desigual, ajeno a toda regulación y dominado por monopolios sacralizados. En esta revolución vemos como la libertad humana queda secuestrada por simples algoritmos. De todo ello se deriva un temor ante el futuro venidero y una frustración al ver que el futuro prometido no se corresponde con el futuro posible, pues como prevé Harari<sup>11</sup> la inteligencia artificial y los cibernéticos llevan ineludiblemente hacia una humanidad sin trabajo, en la que los seres humanos seremos prescindibles y víctimas ingenuas y alienadas de un progreso en el que creyeron<sup>12</sup>.

El propio concepto kantiano de dignidad en el que se fundan los derechos fundamentales está en entredicho<sup>13</sup>. Eilenberger alerta que, de hecho, hace ya bastante tiempo que se puso en tela de juicio el pensamiento kantiano. La *Crítica de la razón pura* salió mal parada de los sucesivos envites que recibió por la teoría de la relatividad de

---

9 Vid. Antonio DIÉGUEZ LUCENA, *Transhumanismo*, Ed. Herder, Barcelona, 2017.

10 Byung-Chul HAN, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*. Ed. Taurus. Traducción Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, 2022, p.90.

11 Yuvah Noah HARARI, *Homo Deus. A brief History of Tomorrow*, Londres, 2015.

12 José María LASALLE RUIZ, *Ciberleviatán, el colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Ed. Arpa Editores, Barcelona, 2019. [https://elpais.com/elpais/2019/06/28/ideas/1561737344\\_535547.html](https://elpais.com/elpais/2019/06/28/ideas/1561737344_535547.html)

13 Se niega el excepcionalismo humano que predica KANT, pues queda desacreditado por DARWIN cuando concluye que respecto a los animales nos separan cualidades de grado y no rasgos exclusivos.

Einstein, la teoría de la evolución de Darwin y de las propuestas de Sigmund Freud<sup>14</sup>. No obstante, podemos preguntarnos por lo que ha cambiado respecto a tiempos anteriores: ¿Qué es lo que hace que la coyuntura actual sea inédita? En palabras de Max Scheler, por primera vez en la historia el hombre ya no sabe lo que es, pero al mismo tiempo sabe que no lo sabe, lo cual lo convierte en un ser problemático<sup>15</sup>. Este relativismo permite al populismo desafiar la propia validez de los derechos humanos. Actualmente, vemos claros retrocesos en EE.UU. e incluso en algunos estados de la Unión Europea<sup>16</sup>. El problema es, como señala Vattimo<sup>17</sup>, que en el posmodernismo lo importante no son los hechos, sino sus interpretaciones, lo importante es el “relato” que imponen los medios de comunicación, independientemente de que sea verdad. Finalmente, el panorama termina de ensombrecerse cuando conocemos a través de los estudios hechos en criminología que no es la opinión pública la que condiciona la agenda política, sino justo lo contrario; que son los políticos los que construyen la opinión pública para justificar sus decisiones<sup>18</sup>. De hecho, los líderes populistas tienen a su servicio una maquinaria insospechadamente útil para crear opinión<sup>19</sup>.

En este difícil momento en que se encuentra el debate filosófico, marcado por un relativismo dominante, resulta de especial interés detenernos en otro debate que ha predominado en el ámbito jurídico durante el último medio siglo. Nos referimos al debate entre Ronald Dworkin y H.L.A Hart, al que nos hemos referido al comienzo de este apartado. Se trata en última instancia de vislumbrar si en el ámbito jurídico se ha construido un dique que pueda contener el empuje de la corriente relativista, o más bien debemos conformarnos con un positivismo que dote al sistema de una fuerte seguridad jurídica, pero que, simultáneamente, lo deje desnudo ante el envite de las nuevas corrientes.

## 2. PRINCIPIOS Y DOGMATISMO, SU IMPACTO EN EL DERECHO

Igualmente el Derecho que tradicionalmente ha sido cimentado sobre los postulados del Derecho natural racional, fundado en la infalibilidad de la razón, conforme

---

14 Wolfram EILENBERGER, *Tiempo de magos*, Ed. Taurus, Madrid, 2019, p.28.

15 Citado por W. EILENBERG, p.29.

16 Destaca la anulación del histórico fallo Roe vs. Wade de 1973 por el Tribunal Supremo Norteamericano de 24 de junio de 2022 para negar el derecho constitucional de la mujer a la interrupción del embarazo. De hecho, el 15 de septiembre de 2022 entró en vigor en Indiana la primera ley restrictiva del derecho al aborto.

17 Gianni VATTIMO, quien lo define como el concepto de posverdad. *Addio a la verità*, Ed. Melteme, Roma, 2009.

18 José BECERRA MUÑOZ, “La toma de decisiones legislativas penales”, *Revista española de derecho constitucional*, año 33, nº99, 2013, pp.125-158.

19 Rob RIEMEN en *To Fight Against this Age. On Fascism and Humanism*. W.W.Norton & Company, First Ed. New York, 2018, acierta en su análisis de cómo el populismo y el que él llama nuevo fascismo está resurgiendo. No obstante, su propuesta para encararlo no termina de ser satisfactoria.

al pensamiento de Hobbes, Locke o Kant, ha sufrido la embestida del postmodernismo, quedando muy debilitada su conexión con la justicia, al ser recluido en el templo de la ley.

Puede pensarse que es necesario buscar una alternativa que supere todo dogmatismo, medieval o totalitario, y que parta de la consciencia de la debilidad de la mente para tomar decisiones que sean propias y no inducidas. Es ineludible referir el debate entre el positivismo metodológico de Hebert HART y el iusnaturalismo de Ronald DWORKIN; debate entre la suficiencia de las meras reglas y la necesidad de principios que permitan al juez tener un criterio para decidir ante reglas contradictorias. Por tanto, nos encontramos entre la construcción teórica “tercera teoría del Derecho” del profesor norteamericano Ronald Dworkin y la teoría liberal del profesor inglés Herbert Lionel Adolphus Hart, conocido como H.L.A. Hart<sup>20</sup>.

La propuesta de Dworkin es explicar y justificar el Derecho sobre una base moral. Por tanto, para él, un juez del *Common Law* no crea Derecho porque ante un caso difícil lo que hace es obtener una salida justificada en unos principios jurídicos generales<sup>21</sup>.

Sin embargo, la postura de Hart es diametralmente opuesta. Considera que debe distinguirse entre dos escenarios distintos a los que se pueda enfrentar un juez a la hora de buscar una solución para un problema jurídico. El primer escenario es que se trate de un supuesto de hecho ya contemplado en el Derecho precedente, para el cual, por tanto, existen criterios preestablecidos. En tal caso el juez deberá aplicar dichos criterios, que no puede modificar. Por otro lado, el segundo escenario será aquel en el que el juez no encuentre norma o precedente aplicable. Para dicho caso en que, por tanto, medie una laguna, Hart considera que el juez tiene plena discrecionalidad para crear derecho, por no mediar un precedente o ley aplicables<sup>22</sup>. Por ello desde este positivismo se considera que ante un caso difícil no existe una respuesta correcta, sino respuestas “diferentes”<sup>23</sup>.

Este enfoque de la función del aplicador del Derecho implica que cuando exista ley previa aplicable o precedente judicial quedará encorsetado por los mismos, sin posibilidad de alterarlos. Recuérdese que las cláusulas incluidas en los contratos tienen

---

20 Matthew H. KRAMER, Claire GRANT, Ben COLBURN, Antony HATZISTAVROU, *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Traducción Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, 2012, Madrid, p.21.

21 Para Agustín SQUELLA NARDUCCI, en *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p.232, se trata de principios generales del Derecho resultado de un trabajo inductivo a partir de las propias normas jurídicas previstas en un ordenamiento jurídico.

22 Adopta, por tanto, una posición que se distancia del positivismo de Kelsen, para quien el Derecho siempre ofrece respuesta porque el juez debe rechazar la demanda cuando no encuentra en el Derecho una norma aplicable. César RODRÍGUEZ, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 5ª ed, Bogotá, 2005, p.302.

23 DWORKIN, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Traducción Claudia Ferrari, ed. Gedisa, Barcelona, 2008, p.12.

la fuerza de ley entre las partes contratantes, esta máxima se aplica con rigor en los países del Common Law, en los que no se permite que el juez pueda modificarlas por virtud de la fuerza correctora del principio de la buena fe. Este hecho convierte estos Derechos y foros en muy fiables para las grandes multinacionales que no desean ver las cláusulas de sus contratos modificadas o anuladas por la autoridad judicial<sup>24</sup>.

Precisamente se afirma que esta es una de las razones por las que los países del Common Law gozan de una clara preponderancia en los litigios sobre Derecho mercantil internacional, tanto en la elección de foro como de Derecho. Varios estudios han señalado que cuando se elige la ley aplicable al fondo del contrato, la ley aplicable más frecuentemente elegida es la ley inglesa (40%), seguida de la ley neoyorquina (17%). Las “otras” leyes incluyen una amplia gama de leyes nacionales<sup>25</sup>.

Para ilustrarlo podemos detenernos en la Sentencia del Tribunal Supremo de Inglaterra de 10 de junio de 2015, caso *Arnold vs Britton*<sup>26</sup>. En este caso los jueces se plantean cómo debían abordar la interpretación de un contrato por el que se alquilaron diferentes chalés. El contrato tenía una duración de 99 años a partir del 25 de diciembre de 1974 y se reservaba una renta de 10 libras anuales que se incrementaba en 5 libras por cada periodo posterior de 21 años. Estos arrendamientos estaban sujetos a una cláusula de gastos de servicio por la que se exigió al arrendatario pagar durante el primer año del plazo una suma fija de 90 libras esterlinas, y para cada año siguiente una suma que representaba un aumento del 10% sobre el año anterior, es decir, un gasto de servicio anual inicial de 90 libras esterlinas, que se incrementaba a una tasa compuesta del 10% en cada año sucesivo.

Por tanto, si partimos de un contrato de arrendamiento concedido en 1980, la carga de servicio sería de más de 2.500 libras en 2015 y de más de 550.000 libras en 2072. Esta subida pareció abusiva a los arrendatarios, al menos a juzgar por cómo se veían las cosas en 2015, momento en el que se acumulaban quince años

---

24 Por lo tanto, a primera vista, parece que las partes en el comercio internacional prefieren las jurisdicciones y leyes del *common law* para dirimir los litigios. ¿Por qué la preferencia por las jurisdicciones de *common law*? Hay diferentes razones posibles, en primer lugar, el idioma, el inglés es hoy la nueva “lingua franca” internacional, pero también otras como las normas estrictas a través de la jurisprudencia, la libertad de las partes para contratar, y quizás la más importante: la comparativamente escasa interferencia judicial en los contratos de las partes. En otras palabras, las jurisdicciones de derecho anglosajón favorecen la seguridad jurídica a la hora de interpretar las obligaciones legales, sin dar cabida, por lo general, a las doctrinas de la “buena fe” o la “equidad”. Hay excepciones a esta regla general: el empleo es un ejemplo destacado. En el marco de los contratos de trabajo, los jueces tienen expresamente en cuenta la desigualdad de poder de negociación de las partes y han introducido implícitamente cláusulas contractuales como la “buena fe” en este tipo de contratos.

25 Paul FRIEDLAND y Loukas MISTELIS, “2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration” White & Case, 2010 School of International Arbitration, Queen Mary University of London, p.11. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>

26 <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0193-judgment.pdf>. Another recent case on contractual interpretation: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/04/literal-or-contextual-what-correct-approach-contractual>

de tipos de interés que no habían superado el 4%. Por tanto, consideraban que el importe del servicio a pagar era desproporcionado en relación con el valor real de los servicios prestados.

Sin embargo, la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo decidieron a favor del arrendador a pesar de las evidentes consecuencias negativas para los arrendatarios de tal decisión. Esto se debe a que los jueces consideraron que no podían apartarse del significado natural de la redacción de la cláusula 3 (2) del contrato de arrendamiento relativa al tipo de interés compuesto, porque supondría insertar palabras que no están ahí. El problema era que los términos de la cláusula parecían claros en cada uno de los contratos de arrendamiento. Los jueces afirmaron que, aunque sería lo lógico que un abogado desaconsejara la incursión de dichas cláusulas, lo cierto es que las partes las incluyeron, siendo ellas soberanas del contenido del contrato por estar bajo su control en el momento en que se perfeccionó. Concluye el Tribunal Supremo que si la cláusula ha sido libremente pactada por las partes, del hecho de que de la redacción clara de la misma se derive una interpretación y resultado desastroso para una de las partes, no puede extraerse una razón para apartarse del significado inequívoco del texto de dicha cláusula. Igualmente consideró que su función y el propósito de la interpretación judicial era identificar lo que las partes habían acordado, y no lo que el tribunal pudiera pensar que las partes deberían haber acordado. Es decir, es responsabilidad de cada parte interesada elegir y pactar las cláusulas que considere adecuadas al acordar un contrato, de forma que si finalmente se demuestra que ha sido negligente, la responsabilidad será suya<sup>27</sup>.

Esto significa que no sea función del juez en las jurisdicciones de *common law*, corregir el contrato conforme a la regla de equidad, aplicando determinados principios éticos, en especial, la doctrina de que debe mediar una buena fe implícita en toda regla contractual. Por el contrario, su papel será atenerse a los principios jurídicos establecidos previstos para la interpretación de las obligaciones contractuales, sin poder desviarse del tenor de las cláusulas contractuales interpretadas. Desde este punto de vista, en la medida en que existe libertad para contratar, el papel de los jueces es simplemente hacer cumplir las obligaciones contractuales<sup>28</sup>.

Si bien Dworkin coincide con Hart en que el pasado determina el presente, es decir, que las decisiones del pasado, ya sean reglas normadas o precedentes judiciales, son los criterios sobre los que construir las decisiones del presente, sin

---

27 Sin duda, subyace la premisa de que cada parte podrá haber contratado a un abogado diligente que haya podido excluir del contrato las cláusulas perjudiciales para su cliente, al no hacerlo habrá incurrido en negligencia y por tanto deberá asumir las consecuencias de un acto libremente realizado en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Nos cuestionamos si esta premisa parte de una presunción errónea, tal cual será que toda posible parte interesada tiene acceso al conocimiento del Derecho o a la contratación de un asesor jurídico.

28 Tony HARVEY, Professor at John Moores University, Liverpool. "Choosing the Jurisdiction for International Commercial Contracts". Workshop taught at Malaga University School of Law on 13 of December of 2014.



embargo, aporta un enfoque bien distintos a la hora de explicar la función del juez como aplicador del Derecho<sup>29</sup>. De hecho, al “Juez Hércules” de Dworkin ante una laguna no le es lícito actuar conforme a su discreción, no es un creador del Derecho, sino que debe limitarse a decidir conforme a los principios vigentes en el ordenamiento jurídico, principios en los que el Derecho encuentra su fundamento y justificación. Es, por tanto, una labor preestablecida, quedando el juez encorsetado por estos principios que le impiden actuar de forma discrecional, pues, aunque no exista norma positiva aplicable a un caso, siempre mediará un principio. Para Dworkin un Derecho que no esté fundado en una sólida justificación, queda deslegitimado<sup>30</sup>.

Por otro lado, para Dworkin también difiere la función del juez en el caso de no mediar laguna, pues cuando tenga que decidir sobre un caso de extremada dificultad podrá verse ante el envite de tener que completar el Derecho positivo, o incluso de corregirlo, con principios jurídicos “legitimadores”<sup>31</sup>. Si bien estos principios carecen de la precisión de una norma, es necesario impedir que sean objeto de interpretaciones arbitrarias, por lo que hay que procurar que la aplicación del Derecho y la impartición de la justicia vengan de la mano mediante la concreción de la respuesta correcta al caso planteado. Esta es la visión con la que contempla Dworkin al “juez filósofo Hércules”<sup>32</sup>.

Esta desconexión entre Derecho y Justicia la refiere Dworkin con una anécdota muy ilustrativa<sup>33</sup>. Relata un conocido encuentro entre el miembro del Tribunal Supremo de Estados Unidos Oliver Wendell Holmes y el juez Learned Hand, dos de las grandes figuras del Derecho estadounidense. Señala que después de almorzar juntos, Holmes accedió a su carruaje para volver al trabajo, momento en el que Hand corrió tras él y gritó: “Haga justicia, señor, haga justicia”. Justo en ese momento, Holmes ordenó que se detuviera el carruaje y reprendió a Hand: “Ése no es mi trabajo. Mi trabajo es aplicar la ley”<sup>34</sup>.

Hay que decir que Hart también critica al juez Oliver Wendell Holmes, pues consideraba que no solo hay que tener en cuenta el punto de vista externo del

---

29 Ronald DWORKIN, *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political Debate*, 2008, Princetown University Press, Princetown N.J., 2008, p. 59.

30 Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Isabel Guastavino Castro, Ed. Ariel, Derecho, Barcelona, 2012, p. 408.

31 DWORKIN considera que cuando el contenido de una decisión política es en cierta forma poco clara, la justicia juega un papel al decidir cuáles son los derechos legales que surgen en realidad de dicha decisión. *El imperio de la justicia...* pp. 79.

32 *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 401-411.

33 Ronald DWORKIN, *Justice in Robes*, Havard University Press, 2008, pp.10 y ss.

34 En esta línea, hay otras frases célebres que se atribuyen al juez Holmes: “Los hombres deben conocer las reglas por las que se rige el juego. Las dudas sobre el valor de algunas de esas reglas no son razón suficiente para que los tribunales no las sigan. No estoy en libertad de considerar la justicia de la Ley”. <https://same-law.livejournal.com/586516.html>

observador privilegiado, sino también el interno de un participante comprometido. No obstante, consideró erróneo intentar hallar la solución a un conflicto en la perspectiva interna del participante comprometido en el sistema jurídico, como hace Dworkin, sino que considera que se debe optar por centrar la búsqueda de la solución en un punto de vista externo, si bien desde una posición moderada, a partir de reglas primarias y secundarias<sup>35</sup>. Por el contrario, Dworkin parte del punto de vista interno, el de los participantes, que encarna un interés práctico, encontrar qué es lo que el Derecho requiere que se haga o tenga en una situación determinada<sup>36</sup>.

Finalmente, Dworkin aporta casos reales sobre los que construir su argumentación. Destaca entre ellos el caso de Riggs v. Palmer, en el que Elmer E. Palmer tras envenenar a su abuelo exige heredarlo por no prever la ley aplicable que dicho acto fuese causa de exclusión de la herencia, al no estar previsto como causa de indignidad para suceder. El abogado de Elmer alegó que en tanto el testamento no violaba el Estatuto de testamentos de Nueva York era válido, y no podía ser sustituido por las convicciones morales del Tribunal enjuiciador<sup>37</sup>.

En este caso, resuelto en 1889 por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, los magistrados debatieron entre dos opciones opuestas<sup>38</sup>. Por un lado, el magis-

---

35 Matthew H. KRAMER, Claire GRANT, Ben COLBURN, Antony HATZISTAVROU, *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Traducción Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, 2012, Madrid, p.21.

36 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, pp. 23-24.

37 Este caso parece de laboratorio, como si fuera extraído de un manual de Derecho. Sin embargo, en fecha reciente se ha dado un supuesto similar que nos resulta muy cercano, por tener lugar en la localidad de Las Gabias, en Granada. Es un caso que alcanzó notoriedad en junio de 2023, cuando se conoció que un hombre había asesinado a su hermana embarazada y a un hijo de ésta, de tres años, por razón de la herencia de sus padres, dándose la circunstancia que el heredero abintestato era el asesino. Se trata de otro supuesto típico para una prueba académica, en el que puede mediar un *ius transmissionis*, un problema de conmorencia y una causa de indignidad ex art. 756.2 CC: “Son incapaces de suceder por cuestión de indignidad el que fuese condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador o de sus descendientes”. Dándose la circunstancia de que el homicida tenía un hijo, a quien finalmente correspondería la legítima por representación. <https://www.ideal.es/granada/detenido-siempre-mostrado-celos-hermana-iba-repartir-20230530002743-nt.html>

38 Philo Riggs, as Guardian ad litem et al., Appellants v Elmer E. eth al., Respondents. Court of Appeals of New York . Submitted June 21, 1889 . Decided October 8, 1889. Riggs vs. Palmer 115 NY 506 Recojo aquí el considerando principal de la sentencia por su relevancia: (*opinion of the Court*): “El 13 de agosto de 1880, Francis B. Palmer otorgó testamento, dejando varios legados a sus dos hijas, la Sra. Riggs y la Sra. Preston, parte apelante, y el resto de su patrimonio a su nieto, el aquí apelado, Elmer E. Palmer. En la fecha del otorgamiento, el testador poseía una granja y un considerable patrimonio. Si bien Francis B. Palmer era viudo, en marzo de 1882, contrajo matrimonio con la Sra. Bresee. Durante el periodo comprendido entre la fecha en que se otorgó el testamento y a la muerte del otorgante, Elmer vivió con el testador, teniendo 16 años en el momento de su óbito. Es hecho probado que Elmer conocía las disposiciones testamentarias hechas a su favor y que a fin de evitar que su abuelo las revocara, una vez que éste manifestó su intención de hacerlo, lo asesinó envenenándolo. Ahora reclama la propiedad, y la única cuestión que se nos plantea es si puede tenerla. El apelado, Elmer, alega que habiendo fallecido el testador y mediando un testamento otorgado en debida forma, debe reconocérsele efectos conforme a la ley aplicable.”

Este sucinto relato de los hechos viene acompañado de unas reflexiones jurídicas clave para entender este caso, reflexiones en las que el juez ponente recurre en primer lugar analiza las consecuencias

trado Gray proponía aplicar estrictamente la ley, pues el derecho de sucesiones del Estado de Nueva York no contemplaba el supuesto como causa de indignidad para suceder. Por otro lado, el magistrado Earl abogaba por buscar principios superiores e intereses de justicia. Finalmente, la opinión mayoritaria se decantó a favor de éste último y el fallo se justificó apelando a la máxima general y fundamental del *Common Law* según la cual “*No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime*”. Señala Dworkin que fue, por tanto, una disputa sobre qué era el Derecho, qué decía en realidad el Estatuto verdadero que los legisladores promulgaron<sup>39</sup>.

Llegados a este punto cabe preguntarse por la esencia de los principios que postula Dworkin, una esencia que los elevaría por encima de la norma positiva. Para ello Dworkin reflexiona que la “máxima general y fundamental del *Common Law*” esgrimida por el tribunal en el caso *Riggs vs. Palmer*, en realidad ni estaba escrito en norma alguna, ni se contenía en algún precedente judicial. Simplemente la redactaron de nuevo cuño para llegar a una solución justa sosteniendo que emanaba de la práctica del Estado<sup>40</sup>. Para Dworkin el Derecho no puede reducirse a una mera aplicación de

---

perversas a la que llevará una aplicación estricta de la ley: “Es muy cierto que si los estatutos que regulan el otorgamiento, prueba y efecto de los testamentos se interpretan literalmente, procedería declarar la validez y eficacia del testamento, y que el mismo no puede en modo alguno y bajo ninguna circunstancia ser modificado, por lo que consecuentemente la herencia correspondería al asesino. Es cierto que el propósito del estatuto que regula las sucesiones es permitir disponer de los bienes *mortis causa*, sin embargo, nunca podría haber sido la intención de los legisladores que un heredero que hubiera asesinado al testador para evitar que revocara una cláusula a su favor pudiera beneficiarse jurídicamente de dicho acto. (...) ¿Qué podría ser más irrazonable? (...) Tal intención es inconcebible.” En segundo lugar, el juez ponente, expresa la *ratio decidendi* de la sentencia, que no es otra que la aplicación de una “*máxima general... fundamentada en la ley universal*”: “Todas las leyes, así como todos los contratos, pueden ser controlados en su aplicación y efecto por las máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá beneficiarse de su propio fraude, o aprovecharse de su propia injusticia, o fundar cualquier reclamación fundada en su propia iniquidad, o adquirir propiedad por medio de su propio crimen. Estas máximas son dictadas por la política pública, tienen su fundamento en la ley universal administrada, en todos los países civilizados, y en ninguna parte han sido reemplazadas por estatutos. Se aplicaron en la decisión del caso *New York Mutual Life Insurance Company contra Armstrong* (117 U.S. 591). Allí se sostuvo que la persona que obtenía una póliza sobre la vida de otra persona, pagadera a su muerte, y luego asesinaba al asegurado para hacer pagadera la póliza, no podía recuperarla. Por las mismas razones, el acusado Palmer no puede ser considerado heredero.”

Finalmente se revoca la sentencia apelada: “Por lo tanto, la sentencia apelada debe ser revocada y debe decidirse de la siguiente manera: Que a Elmer E. Palmer y al administrador se les prohíba adquirir cualquiera de los bienes muebles o inmuebles dejados por el testador en beneficio de Elmer; que las disposiciones testamentarias a favor de Elmer sean declaradas ineficaces; que en razón del delito de asesinato cometido contra su abuelo, el nieto se vea privado de cualquier derecho sobre la herencia; que los apelantes son los verdaderos herederos de los bienes muebles e inmuebles dejados por el testador, a reserva de la carga a favor de la madre de Elmer y de la viuda del testador, en virtud del acuerdo prematrimonial, y que las costas de todos los procedimientos sean a cargo de Elmer”.

39 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, op. cit., pp. 28.

40 De hecho lo que si existía era un precedente que avalaba la decisión apelada. Se trata del caso *Owens v. Owens* (100 N. C. 240), en el que una esposa tras ser condenada como cómplice del

normas a casos concretos, ha de venir impregnado de los valores e ideales que dan sentido a la práctica jurídica. Por tanto, afirma que el Derecho está conformado tanto por reglas como por principios, siendo las prácticas habituales que predeterminan cómo se aplica y se entiende el Derecho en los casos difíciles las que nos muestran esos principios que aportan una solución correcta cuando no hay norma aplicable. En concreto refiere que el origen de los principios: “no reside en una decisión concreta de algún legislador o tribunal, sino en un sentido de lo que es apropiado desarrollado por los profesionales y el público a lo largo del tiempo. Su poder continuado depende de que este sentido se mantenga. Por ejemplo, si ya no pareciera injusto permitir que alguien se beneficie de sus errores o imponer cargas especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios dejarían de tener importancia en los nuevos casos, aunque nunca hubieran sido anulados o derogados”<sup>41</sup>. En último caso, señala Dworkin, los principios jurídicos vinculan a los jueces debido a sus intrínsecas cualidades morales<sup>42</sup>.

La respuesta de Hart y de sus seguidores ha sido que lo que hace Dworkin es argüir que en última instancia la legalidad no está únicamente determinada por los hechos sociales, sino también por los hechos morales, es decir, que la existencia y el contenido del Derecho positivo viene determinado por la existencia y contenido de la regla moral<sup>43</sup>. Ante lo cual alega Hart que la dependencia de la legalidad respecto a la moralidad es solo aparente y en todo caso no socava el fundamento social del Derecho<sup>44</sup>. Para Hart el verdadero fundamento del Derecho se hallaría en una regla fundamental que denominó “regla de reconocimiento” la cual es la que atribuye potestad al legislador. Esto significa que la ley es válida debido a convenciones sociales que implican la aceptación de la comunidad de un esquema de reglas que permiten a un determinado grupo de personas crear leyes válidas. Es decir, una determinada ley es válida no porque el legislador que la sanciona tenga el control de un territorio, sino porque el pueblo la ha aceptado y sigue aceptando el esquema de autoridad desplegado en la constitución nacional<sup>45</sup>.

---

asesinato de su marido, reclamó sus derechos sucesorios en la herencia del mismo. Los cuales le fueron concedidos.

41 Ronald DWORKIN, “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, Vol.35, n.1, 1967, pp.14-46, p. 40.

42 Scott J. SHAPIRO, “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, *Michigan Law, Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, no.77, March 2007, pp.1-54, p.14. Dworkin señala que si un juicio no es justo, entonces la comunidad infringe un daño moral a uno de sus miembros, y advierte de que a menudo la ley se convierte en lo que el juez sostiene que es. Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p. 15.

43 De hecho, Dworkin mantiene que en los juicios se suelen plantear tres tipos de cuestiones: de hecho, de derecho, y de moralidad. Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p.16.

44 Scott J. SHAPIRO, “The Hart-Dworkin Debate...”, *op. cit.*, p. 5.

45 Herbert Lionel Adolphus HART, *The Concept of Law*, 2ªed, Ed. Clarendon Press-Oxford, London, 1994 pp.100-109.

A todo lo cual refuta Dworkin que la cuestión es determinar qué es lo que ha de entenderse por “aceptación de una disposición de reconocimiento”. Trae a colación el caso de muchos oficiales de la Alemania nazi que obedecieron las leyes de Hitler como si fueran válidas solo por temor y se pregunta si de ahí podría colegirse que se trataba de un supuesto de aceptación de una disposición de reconocimiento que permitía establecer tales leyes. La contestación negativa llevaría a proscribir como Derecho todo aquel que se promulgara en un territorio donde la mayoría de las personas afirmaran que existe un Derecho, aunque fuese malo o poco popular<sup>46</sup>. De hecho, en su trabajo “Hart’s posthumous reply” Dworkin afirma que los postulados del positivismo nos llevarían a aceptar que la ley de la Alemania Nazi, o la aplicación del *apartheid* por un juez sudafricano hace unas décadas, fueran simples manifestaciones de la aplicación de leyes vigentes y eficaces que deben permanecer desconectadas de todo principio superior<sup>47</sup>.

La cuestión que subyace es un debate que gira entre un positivismo que defiende que derecho y ética están hechos por reglas semánticas distintas y un derecho natural que afirma que ambos están unidos por estas reglas semánticas<sup>48</sup>, un antiguo debate entendido ahora como lucha entre distintas teorías políticas que implica un debate interpretativo entre concepciones de derecho rivales<sup>49</sup>.

Lo cierto es que, ya fallecidos ambos filósofos del Derecho, el debate sigue abierto y, como señala Shapiro, aunque los detalles han cambiado, la cuestión básica, y su importancia fundamental, sigue siendo la misma hoy que hace cuarenta años. ¿Se fundamenta la ley en última instancia únicamente en hechos sociales, o viene determinada también por los hechos morales la existencia y el contenido de la ley? Para Shapiro sólo el futuro dirá quién tiene derecho a cantar victoria en este debate<sup>50</sup>.

El esfuerzo realizado desde el iusnaturalismo abanderado por Dworkin ha sido meritorio, pero no definitivo. No se ha llegado a aportar un instrumento con el

---

46 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p. 37.

47 Ronald DWORKIN, “Hart’s posthumous reply”, *Harvard Law Review*, Vol.130, 2017, pp.2096-2130, pp. 2125-2130.

48 Quizá el apoyo que encuentra Dworkin en la moral para anclar los principios que conforman el eje de su construcción filosófica no sea el más adecuado. La moral en cierta forma mantiene un atisbo religioso mientras que la ética se conecta con el pensamiento filosófico, siendo un término que se considera neutral.

49 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p.79. De hecho, Dworkin critica cómo desde el positivismo se afirma como postulado de partida que todo debate sobre el Derecho lo es simulado pues parte de la creencia de que todas las partes interesadas están de acuerdo sobre unos mismos criterios a la hora de entenderlo, por lo que en realidad la discrepancia lo sería sobre distintas cuestiones, pero no sobre el Derecho. pp. 44-45.

50 Scott J. SHAPIRO, “The Hart-Dworkin Debate...”, *op. cit.*, p.54. No obstante, Shapiro considera que debería prevalecer el pensamiento de Hart. Postura contraria la de Mauricio BEUCHOT, que en “Derecho y moral. El caso de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 38, 1998, pp. 51-68, aboga por una vuelta al Derecho natural como fundamento ontológico del Derecho de la mano de Dworkin.

que dotar al filósofo humanista de una respuesta al envite existencialista. Desde el posthumanismo y el transhumanismo se exige que, si es cierto que existen unos principios superiores, se pruebe. Ante el silencio que obtiene por respuesta, considera ganada la partida. Como señala el propio Dworkin “seguimos aguardando una iluminación”<sup>51</sup>.

Mientras este debate sobre la teoría jurídica sigue vivo<sup>52</sup>, el relativismo se extiende entre distintas teorías filosóficas. Uno de sus reflejos ha sido la recepción del pragmatismo como actitud escéptica ante el concepto del Derecho. El pragmatismo se desvincula de las decisiones políticas del pasado y busca la justificación de la capacidad coercitiva del juez en la eficiencia, la justicia u otras circunstancias contempladas en la propia decisión coercitiva. El pragmatismo alienta a que el juez siga su propio punto de vista, evitando atender a decisiones tomadas por otros jueces o por el legislador en el pasado. El juez, por tanto, podría anular o ignorar precedentes judiciales o leyes que considerase anticuadas, al igual que considerará inútil tratar de vislumbrar la intención del legislador al aprobar una determinada norma. Podemos resumir afirmando con Dworkin que el pragmatismo es una concepción escéptica del Derecho porque rechaza los derechos legales genuinos afirmando que los jueces puedan seguir cualquier método que produzca lo que ellos creen que sea lo mejor para la sociedad en el futuro. Todo ello implica que rechace que las personas puedan tener derechos subjetivos bien definidos, pues estos derechos para el pragmatismo no serían sino sirvientes para un mejor futuro, instrumentos contruidos para dicho propósito sin fuerza propia o independiente<sup>53</sup>.

Por un lado, el pragmatismo como teoría de cómo decidir judicialmente tiene a Richard Posner<sup>54</sup> como uno de sus principales representantes en la actualidad, autor que contempla el pragmatismo como una herramienta capaz de alcanzar cualquier fin, especialmente en una democracia constitucional. Por otro lado, el pragmatismo jurídico normativo propone normas jurídicas contextuales, instrumentales,

---

51 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, p. 24.

52 Resulta de interés la propuesta de Miguel Reale quien considera que el Derecho y la Sociedad, solo pueden ser explicados a partir de los valores, de los que él llama verdaderos valores, que son los que dotan de significado a las acciones humanas. Por tanto, inicialmente es una posición cercana a la Dworkin al colocar en los valores el primer fundamento, al igual que Dworkin lo pone en los principios. Sin embargo, el problema lo encontramos al intentar determinar estos valores, pues ya el propio Reale señala que no son entidades que existan en sí mismas, sino que han de ser considerados como apreciaciones que el ser humano realiza sobre los bienes, que únicamente se convierten en realidad porque el individuo y la sociedad los reconocen y eligen como tales. Planteamiento que nos evoca la regla de reconocimiento de Hart. En todo caso Reale centra su trabajo en la persona, el verdadero valor fuerte y el que afirma ser el más valioso que se pueda encontrar entre los entes existentes en este mundo. Néstor Alejandro RAMOS, *La filosofía de Miguel Reale*, Universidad Fausta Ediciones, Mar de Plata, 2011, pp.129-130. *Vid.* Miguel REALE, *Teoría Tridimensional del Derecho*, ed. Tecnos. Trad. Ángeles Mateos, Madrid, 1997.

53 Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, *op. cit.*, pp. 115-123.

54 Richard A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard, 2003.

orientadas hacia el futuro y sometidas a perspectiva<sup>55</sup>, postura que ha sido objeto de importantes críticas<sup>56</sup>.

### 3. REFLEJO DEL DEBATE ENTRE EL POSITIVISMO METODOLÓGICO DE H.L.A. HART Y EL IUSNATURALISMO DE RONALD DWORKIN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Puede afirmarse que este debate ha tenido una vida paralela e independiente en el Derecho español gracias a la obra del profesor José María Miquel González, quien fue el primero en traer a colación una doctrina nacida en Alemania hace ya un siglo que encontró su refrendo en la reforma del Título Preliminar del Código Civil, llamada reforma de las cláusulas generales<sup>57</sup>. La doctrina de las cláusulas generales se centra en el principio de la buena fe y puede sintetizarse en el hecho de que el ordenamiento jurídico no puede tutelar actos cometidos en contra de los dictados de la buena fe, actos abusivos por tal motivo. A diferencia de la construcción iusnaturalista de Dworkin, en esta línea doctrinal no se hace referencia alguna a la moral como fundamento de sus postulados. Por el contrario, el debate ahora se centra entre dos conceptos que se erigen como primordiales para una correcta teoría del Derecho, pero que llevan a concepciones antagónicas del mismo. Por un lado, la seguridad jurídica, que se esgrime como piedra angular de todo sistema jurídico que se precie. Por otro lado, la justicia, elemento sin el cual se afirma que el sistema jurídico queda desnudo y sin soporte que lo justifique. Se trata pues de una disputa paralela a la producida en el ámbito anglo-norteamericano, pero desarrollada en el Derecho continental europeo. En última instancia vuelve a ser una respuesta al positivismo rígido que afirma que la ley no necesita ser justa, pues basta con que esté positivizada por el Estado, reiterando el pensamiento de Austin según el cual la ley no depende de la razón, sino de la voluntad o el postulado de Bobbio, cuando señala que el Derecho no es sino una técnica aplicada a la sociedad<sup>58</sup>.

Esta teoría de las cláusulas generales nació en la Alemania de entreguerras como respuesta a una situación puntual en la que la inflación galopante dio lugar a que mantener el principio nominalista para los pagos pendientes suponía un evidente abuso de derecho. Ante la oposición del gobierno a la actuación del

---

55 Joana TAVARES DA SILVA PAPOZO, *Pragmatismo y neoconstitucionalismo: una contribución a la recepción de la filosofía pragmatista en el nuevo paradigma constitucional*, Tesis doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha, 2013, pp. 7-8.

56 Richard A. EPSTEIN, *The Perils of Posnerian Pragmatism*, 71 U Chi L Rev 639, 2004, pp. 639-658.

57 José María MIQUEL GONZÁLEZ, “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 1997, pp. 306-307.

58 Mauricio BEUCHOT, en “Derecho y moral. El caso de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 38, 1998, pp. 51-68, p. 53.

Tribunal Supremo alemán que permitió que los acreedores pudieran negarse a la cancelación de las hipotecas si se le pagaba solo el valor nominal<sup>59</sup> en virtud de lo dispuesto por el artículo 242 BGB<sup>60</sup>, el tribunal pronunció una de sus resoluciones más trascendentes: “la idea de la buena fe está por encima de toda ley, por encima de toda disposición jurídica positiva... El legislador no puede frustrar por el poder de su palabra un resultado que la buena fe exige imperativamente”. Había nacido la doctrina de las cláusulas generales. Doctrina que fue recogida por el Tribunal Supremo español y se sustanció en la reforma del Código Civil de 1974, con la nueva redacción del artículo 7 CC. No es este el lugar para explicar cómo funcionan las cláusulas generales, ni la recepción y evolución de las distintas doctrinas jurisprudenciales que las han acogido, pues a ello he dedicado un artículo doctrinal<sup>61</sup>. Lo que nos importa ahora es dejar constancia de que cierta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo ha optado por seguir esta corriente doctrinal, otorgando prioridad a la justicia, mediante una técnica que al encontrar principios generales normados en el propio CC, le permite al juez aplicarlos directamente, e incluso confrontarlos con otras normas igualmente positivas. Desde esta perspectiva puede entenderse que por esta vía el aplicador del Derecho encuentre herramientas para neutralizar la aplicación de normas que puedan dar lugar a un resultado “injusto”, precisamente por favorecer comportamientos abusivos o contrarios a la buena fe. La doctrina de los propios actos o del retraso desleal son fiel reflejo de esta actividad judicial<sup>62</sup>. Igualmente, en el ámbito del Derecho de familia, una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo ha acogido el mecanismo de la cláusula general al aplicar el principio del Interés Superior del Menor<sup>63</sup>.

---

59 Téngase en cuenta que en julio de 1922 un marco-oro (Goldmark) costaba, calculado sobre la base del dólar, 177 marco-papel (Papiermark) y en diciembre de 1923 alcanzó el billón de marco-papel. BOEHMER (1959: 457-614) citado por GARCÍA SALGADO, María José, “Determinar lo indeterminado: Sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, *Anuario de Filosofía del Derecho*. N<sup>o</sup>XX. Enero 2003. pp.105-129, p.105.

60 El artículo 242 del Código Civil alemán (BGB) contiene el principio general de la buena fe

61 José Manuel DE TORRES PEREA, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, n<sup>o</sup>8737, 2016, pp.1-9.

62 Me refiero a la prohibición de ir contra los propios actos y la doctrina del retraso desleal o *verwirkung*, en cuya virtud resulta inadmisibile que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal, es decir, cuando el comportamiento omisivo de una parte genera unas expectativas en la otra, que le permiten impugnar el tardío ejercicio del derecho por antijurídico.

63 La vigente redacción del artículo 92.8 del Código Civil indica al indicar que “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo (no media mutuo acuerdo), el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. Sin embargo, en un nutrido grupo de sentencias del Tribunal Supremo se ha considerado de forma reiterada que la custodia compartida, sea pedida por uno o por ambos padres, no es una medida de carácter excepcional, sino que por mandato del Interés Superior del Menor debe ser la regla general a la que debe aspirarse. Jurisprudencia iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2013, (JUR 2013\3269), Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. Reflejo de ello son las palabras del juez ponente de esta sentencia, que resume esta



En todo caso, puede afirmarse que el desarrollo de estas líneas jurisprudenciales es corto, y en total solo podemos contar con unas decenas de sentencias del Tribunal Supremo que la hayan aplicado. De hecho, aunque formalmente esta técnica está aceptada en el derecho español, encontramos una cierta reticencia a un uso generalizado de la misma, pues se teme que este hecho equivaldría a otorgar un amplio margen de discrecionalidad al juez, por el carácter abstracto de los principios que encarnan las cláusulas generales.

Finalmente nos encontramos, también en el Derecho español, en una situación incómoda porque no termina de alcanzarse un maridaje óptimo entre seguridad jurídica y justicia; siendo las posturas positivistas las que, hoy en día, predominan claramente.

#### 4. LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A PARTIR DE PRINCIPIOS, UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE EL COMMON LAW Y EL DERECHO ESPAÑOL

Si bien los vientos fluyen de cara al positivismo, si bien la filosofía humanista parece vivir su propio éxodo, quisiera terminar con un humilde alegato a favor de un positivismo moderado en el que puedan encontrar su sitio los principios que lo fundamenten. Quizá sea la búsqueda de la fórmula de la cuadratura del círculo, pero sería conveniente ir abriendo válvulas de escape por las que los sistemas jurídicos puedan respirar y adaptar el derecho normado a la realidad social y al supuesto de hecho concreto en que se aplique la norma. Estas válvulas de escape pueden ser los mismos principios generales. De hecho, tanto en el ámbito anglosajón, como en el continental europeo podemos vislumbrar que estas válvulas, al menos están presentes, y si bien no gozan de gran predicamento, han sido muy útiles para hacer avanzar el Derecho en momentos de zozobra. Además, a través de los principios podemos encontrar puentes entre los distintos ordenamientos, por muy variados sistemas de fuentes de que hagan uso.

A título de ejemplo podemos contemplar el desarrollo de dos construcciones jurídicas paralelas que han dado respuesta a un mismo tipo de problemas tanto en el Common Law, como en el Derecho español haciendo uso de principios generales.

Me refiero a la doctrina del *promissory estoppel*, principalmente en el Derecho Norteamericano, y la doctrina de las donaciones obligacionales, que de forma incipiente se ha desarrollado en el Derecho español.

---

doctrina con una sola frase: “El interés del menor puede mover montañas”. José Antonio Seijas Quintana, Encuentro Judicial Internacional sobre Derecho de Familia, Universidad de Málaga, 6-7 de noviembre de 2014.

En ambos ordenamientos se contempla la donación como una forma de adquirir la propiedad, por tanto, con naturaleza real y no obligacional. No obstante, tanto en el Derecho Norteamericano como en el español han tenido que resolver casos en los que parecía injusto no reconocer naturaleza obligacional a determinadas promesas de donación que habían sido aceptadas y consideradas como válidas por el donatario, que en consideración a ellas habría realizado determinados actos perjudicando su situación económica, casos en los que no aceptar la naturaleza de las obligaciones de dichas donaciones podía dar lugar a consecuencias injustas. Pues bien, en ambos ordenamientos de la mano de los principios se ha encontrado un cauce satisfactorio para llegar a resultados justos.

Me refiero, por un lado, a la doctrina del *promissory estoppel*, creada por la jurisprudencia anglo-norteamericana a fin de permitir resultados “justos” allí donde la estricta aplicación del Derecho lo impediría. En el Common Law la “*consideration*” es un elemento esencial de todo contrato, por lo que su ausencia produce que el contrato sea un “*unenforceable contract*”.

Esto implica que todo “contrato” derivado de una promesa de donar, por carecer de “*consideration*” no puede dar lugar a una pretensión jurídica. No obstante, la jurisprudencia norteamericana ha contemplado determinados supuestos en los que como consecuencia de la promesa de donar y la confianza puesta en el donante, el donatario, tras aceptarla, realizaba actos que empeoraban su situación económica, por lo que se podía llegar a un resultado injusto si finalmente dicha promesa de donación no da lugar a un contrato válido.

Para dar respuesta a estos casos en los que conviven la falta de “*consideration*” y un sacrificio económico de la persona a quien se le ha hecho la promesa de donar, aceptada y que genera consecuencias económicas, se construyó la doctrina del *promissory estoppel*. Esta doctrina da relevancia al hecho de que una parte de buena fe cambie su situación jurídica, (empeorándola o quedando en un estado desventajoso), en consideración a una promesa de atribución gratuita que le hace la otra parte, por lo que permite exigir el cumplimiento en dichas promesas gratuitas que han sido aceptadas y han dado lugar a determinadas consecuencias económicas. Esta doctrina tiene su origen en un célebre caso de 1898, se trata de *Ricketts v. Scothorn*. De hecho esta doctrina nace en la jurisprudencia norteamericana en distintos supuestos en los que se consideraron exigibles las promesas de donaciones realizadas a una Iglesia, Universidad u otras instituciones cuando dichas instituciones hubieran asumido responsabilidades en la confianza de recibir las donaciones, siempre que de no cumplirse lo prometido quedarán injustamente perjudicadas. En tales supuestos dichos perjudicados podrían exigir el cumplimiento de las donaciones prometidas<sup>64</sup>.

---

64 57 Neb. 5. Andrew D. Ricketts, executor, v. Katie Scothorn. no. 8326. filed december 8, 1898. 57 Neb. 51 77 N.W. 365 (1898) *Ricketts v. Scothorn*. Caso resuelto por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Nebraska en 1898, siendo juez ponente SULLIVAN, J. Se trataba de una apelación de la sentencia dictada por el tribunal de distrito del condado de Lancaster, en la que se dictó sentencia a favor de la demandante Katie Scothorn, siendo parte demandada Andrew D. Ricketts,

Por otro lado, en España, la tesis tradicional rechaza la admisión de la donación obligacional, si bien no se deja de apuntarla como una posibilidad teórica. De hecho, se deduce del art. 609 Cc que por la donación se transmite directamente la propiedad, no tratándose por tanto de un supuesto en el que la transmisión pueda hacerse mediante un contrato seguido de *traditio*. Por tanto, la doctrina entiende que la donación es un acto dispositivo que provoca la transmisión del dominio, sin que tenga una naturaleza obligacional. Es decir, o bien la donación cumple con los requisitos de los arts. 632 y 633 Cc (que incluyen una formalidad *ad solemnitatem*) o bien carece de validez.

No obstante, encontramos distintos pronunciamientos judiciales que dan validez a la donación obligacional, especialmente si se ha producido por un cónyuge a favor del otro con ocasión de un convenio matrimonial. Se trata de reconocer validez a la

---

como albacea de la última voluntad y testamento del fallecido, John C. Ricketts. La acción se fundó en un documento firmado por el fallecido en el que se refería que: “Primero de mayo de 1891. Prometo pagar a Katie Scothorn 2.000 dólares, a razón del 6 por ciento anual. J. C. RICKETTS.”

En la sentencia del Tribunal Supremo se consideraron como hechos materiales indiscutibles los siguientes: “John O. Ricketts, el emisor del “pagaré”, era el abuelo de la demandante. A principios de mayo, presumiblemente el día en que el pagaré lleva la fecha, la visitó en la tienda donde ella trabajaba. El Sr. Flodene, uno de los testigos de la demandante, describió así lo que ocurrió entre ellos: “el anciano caballero sacó un trozo de papel en forma de nota y le dijo a la señorita Scothorn: “He arreglado algo para que usted no tenga que trabajar más. Ninguno de mis nietos trabaja y usted no tiene por qué hacerlo”. La señorita Scothorn notificó inmediatamente a su empleador su intención de dejar el trabajo y poco después abandonó su ocupación. No hubo promesa por parte de la demandante de hacer o dejar de hacer nada. Su derecho al dinero prometido en el pagaré no se hizo depender de un abandono de su empleo con Mayer Bros, y la futura abstención de servicios similares. El Sr. Ricketts no puso ninguna condición, requisito o petición. No exigió ningún *quid pro quo*. Dio la nota como una gratificación y no esperaba nada a cambio. Hasta donde revelan las pruebas, su propósito era colocar a la demandante en una posición de independencia en la que pudiera trabajar o permanecer ociosa a su elección. El abandono de la Srta. Scothorn de su puesto de contable fue totalmente voluntario. No fue un acto realizado en cumplimiento de ninguna obligación contractual asumida cuando aceptó el pagaré. El instrumento en litigio se dio sin ninguna contraprestación valiosa, no era más que una promesa de hacer un regalo en el futuro de una suma de dinero.”

Lo importante es la *ratio decidendi* de esta sentencia en el cual se formula el fundamento de la teoría del *promissory estoppel*. El juez ponente en primer lugar señala que “Normalmente, este tipo de promesas no son ejecutables, incluso cuando se presentan en forma de pagaré.” Sin embargo, de seguido se pregunta: “En las circunstancias de este caso, ¿existe un impedimento equitativo que debería impedir al demandado alegar que el pagaré en litigio carece de uno de los elementos esenciales de un contrato válido? Creemos que sí. Un *estoppel* que se define como “un derecho derivado de actos, admisiones o conductas que han inducido un cambio de posición de acuerdo con la intención real o aparente de la parte contra la que se alegan”.

A mayor abundamiento se señala en la sentencia que: “Según la prueba no controvertida, el abuelo le sugirió a su nieta que podría abandonar su empleo y confiar en el futuro en la recompensa que le prometía, (...) deseando que abandonara su ocupación, pero tanto si lo hizo como si no, es totalmente cierto que la Srta. Scothorn contempló tal acción por su parte como una consecuencia razonable y probable de su regalo. Habiendo influido intencionadamente en la demandante para que cambiara su posición a peor, basándose en la fe de que el pagaré se pagaría a su vencimiento, sería gravemente injusto permitir que el otorgante, o su albacea, se opusieran al pago basándose en que la promesa se hizo sin contraprestación. La petición imputa los elementos de un impedimento equitativo, y las pruebas los establecen de forma concluyente. Si hubo errores en el juicio, no pudieron ser perjudiciales. Un veredicto a favor del demandado no estaría justificado. La sentencia apelada es correcta y debe ser confirmada.”

donación obligacional para poder dar al conflicto una solución justa. El paralelismo con la doctrina del *promissory estoppel* es evidente. De hecho, Diez-Picazo y Gullón Ballesteros no encuentran inconveniente para aceptar en abstracto la existencia de una donación obligacional fundada en la aplicación conjunta de los arts. 1254 y 1274 Cc<sup>65</sup>. El razonamiento es claro: del hecho de que el Código Civil regule la donación traslativa no puede interpretarse que no admita la obligacional<sup>66</sup>. El principal argumento es el propio art. el artículo 1274 Cc cuando afirma que en los contratos de pura beneficencia se entiende por causa la mera liberalidad del bienhechor<sup>67</sup>.

Sirva a título de ejemplo de aplicación de esta doctrina minoritaria la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 22 de diciembre de 1994<sup>68</sup>, en la que se admitió una donación obligacional consecuencia de un pacto del convenio regulador aprobado judicialmente en el que un cónyuge prometía donar al otro un inmueble. Podemos concluir que cuando la donación se realiza por un cónyuge a favor del otro en un convenio regulador en puridad no encontramos obstáculo legal para poder interpretar el Código Civil en el sentido de calificar como donación obligacional la contraída en el convenio por mutuo acuerdo y que por tanto dicha obligación puede ser generadora de una obligación lícita y exigible. Evidentemente se trata de una posición doctrinal minoritaria, si bien no podemos ignorar la realidad que subyace, pues al concurrir la negociación de un convenio regulador, es fácil deducir que la donación habrá dado lugar a algún tipo de sacrificio asumido por el donatario por razón de la donación que va a recibir. El paralelismo con la doctrina del *promissory estoppel* es patente, y también lo es el hecho de que en ambos casos el juez ha optado por “corregir” la ley para llegar a un resultado justo, por vía de un principio que en ambos ordenamientos podría identificar con la buena fe, la prohibición de actuar contra los propios actos y la regla *alterum non laedere*, que pueden llevar a “corregir” la ley. En todo caso, a través de los principios es posible dotar de significado al Derecho y crear puentes entre ordenamientos con sistemas jurídicos divergentes.

No obstante, se trata de soluciones puntuales para casos concretos en dos ordenamientos en los que el positivismo y la seguridad jurídica prevalecen sobre el iusnaturalismo y la doctrina de las cláusulas generales.

---

65 También en los artículos 1341 y 1363 se habla del “que prometiere”.

66 Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, Madrid 2005, pp.306-308.

67 La doctrina mayoritaria considera que dicha norma se refiere solo a determinados contratos de carácter gratuito como el comodato, mandato y el depósito; si bien nada impediría, al menos teóricamente, poder incluir en su supuesto de hecho las donaciones obligacionales.

68 22 de diciembre de 1994, (AC 1994\2548), Ponente Ilmo. Sr. Don José Julián Huarte Lázaro.

## 5. UNA ALTERNATIVA ANTE UN DEBATE IRRESOLUTO. LA JUSTICIA RELACIONAL EN LA ENCRUCIJADA

No es nuestro cometido dar una respuesta a los debates aquí planteados, pero, ya que no podemos aportar un camino hacia la justicia que ponga fin a este debate por vía de la reflexión académica, quizá sí podamos intentar alcanzarla por otro medio. Me permito la licencia de traer aquí una posible fórmula para tratar problemas aparentemente irresolubles. Señala Anil Seth, reconocido neurocientífico, que el estado actual del conocimiento científico no nos permite hoy explicar el “problema de la conciencia”, cómo la experiencia consciente, la experiencia de ser uno mismo, nace de una base física y crea una vida interna<sup>69</sup>. Pero afirma que, si aceptamos que la conciencia existe, podemos explicar distintas propiedades fenomenológicas que le son propias, propiedades del cerebro, y a partir de ellas identificar correlaciones entre distintos patrones de actividad cerebral que acompañan a ciertos tipos de experiencias conscientes, y de esta forma crear puentes entre los mecanismos que observamos y la fenomenología que producen, que poco a poco van aportando luz en el camino de la comprensión de la conciencia<sup>70</sup>. De igual modo, no hemos encontrado esa “iluminación” que nos permita aportar prueba cumplida de la existencia de unos principios superiores, que se nos piden desde posiciones posthumanistas<sup>71</sup>. Tampoco puede decirse que los debates teóricos entre positivismo e iusnaturalismo, entre los defensores de la justicia, como esencia del Derecho, y los defensores de la seguridad jurídica, como salvaguarda del Derecho, hayan llevado a conclusiones claras. Seguimos como estábamos cuando comenzó el debate entre Dworkin y Hart y, según las preferencias personales, se podrá optar por adherirse a una y otra concepción del Derecho.

Es por ello que en fechas recientes se ha propuesto realizar un enfoque novedoso y distinto. Quizá la solución esté en un momento previo al de la intervención judicial, que ya sabemos que quedará mediatizada por un debate irresoluble. Si ante un caso difícil, dudoso, el juez antepone la seguridad jurídica a la justicia, puede crearse un claro resquemor, una sensación de impotencia. Exactamente igual que si opta por la otra alternativa. Quizá la solución esté en pasar de la cultura de la imposición a la

---

69 David J. CHALMERS, “The puzzle of conscious experience”, *Scientific American*, 273 (6) 80-6, 1995, pp. 80-86.

70 Anil SETH, *Being you. A New Science of Consciousness*, Ed. Faber & Faber (ff) London, 2022, pp. 271-272.

71 El posthumanismo es una corriente en expansión que derrumba los cimientos del pensamiento filosófico clásico, relativizando por tanto sus fundamentos. El posthumanismo parte del hecho de que el hombre no es medida de todas las cosas, tal como había proclamado el humanismo. Nos parecen muy interesante el enfoque que aporta Francesca Ferrando sobre el pensamiento posthumanista, pues en su intento de “desglamurizar” el pensamiento humanista clásico, tan arraigado en la civilización occidental, nos ofrece una visión alternativa que a partir del posthumanismo, el transhumanismo y el antihumanismo, construye lo que llama una “filosofía de nuestro tiempo”. Francesca FERRANDO, *Philosophical Posthumanish. Theory in the new Humanities*, Series Editor: Rosi Braidotti, Bloomsbury Academic, 2019.

del quehacer constructivo. Como señala Cobacho Gómez, hemos crecido en una tradición cultural de intransigencia, que proviene de la tradición romanista que parte de un sentido unívoco de lo justo, de una bipolaridad que discrimina entre buenos y malos, de una patrimonialización ideológica de la verdad. Frente a ello se propone optar por una resolución natural de los conflictos, verlos como una oportunidad para acomodarse a los cambios<sup>72</sup>. De hecho, existe una fuerte convicción social de que las sentencias judiciales son injustas en muchas ocasiones.

No se puede aplicar el Derecho, si no se entiende la naturaleza humana, si no se comprende que presentar una demanda en un juzgado equivale a hacer una declaración de guerra. Una guerra en la que la victoria se convierte en derrota por las consecuencias de la batalla, por el enorme desgaste personal y económico, por el hecho de que la contraparte no quedará convencida. El problema proviene de las tradiciones autoritarias que parten de la premisa de que sólo se negocia la rendición del adversario en busca de una capitulación sin condiciones. Hemos convertido al ciudadano en un ser anestesiado que deja la gestión de sus problemas más importantes en manos ajenas, las de los profesionales del derecho. Ante esta realidad ha surgido un sentimiento colectivo que exige un cambio de mentalidad, que pide que los ciudadanos se puedan liberar de las discrepancias por medio del diálogo, que exige dejar atrás el ring de boxeo. Se trata de una corriente que aboga por buscar el interés común y que a lo largo de las últimas décadas ha ido consolidándose a través de los llamados métodos de resolución alternativa de conflictos “ADR”. Se trata de no echar más leña al fuego y de intentar encontrar una solución pacífica en la que no haya ni vencedores, ni vencidos, pues las sentencias pueden ser imprevisibles, y la autonomía de las partes puede prevalecer. El problema evidente es que las interpretaciones son subjetivas y distorsionan la realidad, por lo que puede ser muy útil intentar llegar a una mediación, que si se procura desde la honestidad, dará siempre lugar a una respuesta aceptable para ambas partes<sup>73</sup>.

Quizá el problema sea el enfoque con el que se aborda la búsqueda de la justicia por los teóricos y prácticos del Derecho. Exceptuando los casos extremos en los que no se debe negociar, ante un conflicto real, ante dos posiciones inicialmente antagónicas, el único resultado satisfactorio es el que sea aceptado por ambas partes. Sin duda, ese resultado estará más cerca de la noción de lo justo que cualquier otro resultado impuesto, y además será un resultado con vocación de permanencia que aportará estabilidad, evitando posteriores apelaciones judiciales por la parte perdedora. Se trata pues de un mecanismo que cierra el conflicto no solo en el ámbito legal, sino también en el personal.

---

<sup>72</sup> José Antonio COBACHO GÓMEZ, Prólogo a la obra de Pascual Ortuño Muñoz, *Justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018, pp. 11-13.

<sup>73</sup> Recojo en este párrafo el pensamiento de Pascual ORTUÑO MUÑOZ, en su obra *Justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018, pp. 15-82.

Es cierto que encontramos críticas que acusan a los defensores de la mediación de haber descubierto el mediterráneo<sup>74</sup>, sin duda la mediación, como los otros medios de ADR tiene un largo recorrido, lo nuevo ahora es la mentalidad con la que se observa la misma por la sociedad y las nuevas funciones que se le están dando desde una concepción del Derecho posibilista.

La importancia que tienen las soluciones consensuadas como medio para llegar a la justicia queda clara desde el enfoque que aporta la justicia relacional. Se trata de encontrar la justicia en la propia relación jurídica, para lo cual es necesario tener en cuenta tres elementos clave: la reciprocidad, la socialidad y la Institucionalidad. Desde esta perspectiva las técnicas de ADR son consideradas como mecanismos que van mucho más allá del mero ahorro de tiempo o dinero. Se les considera como parte de una corriente filosófico-jurídica que da relevancia a los mecanismos voluntarios de resolución de conflictos que fomentan la responsabilidad de las partes<sup>75</sup>. La idea de justicia relacional se construye a partir de giro relacional de la Sociología de Pierpaolo Donati<sup>76</sup> y de la noción económica de reciprocidad de Luigino Bruni<sup>77</sup>. Conforme a Antonio Márquez es la obra de Bruni, *Le nuove virtu del mercato nell'era dei beni comuni*, la que presenta la justicia relacional conectada con la idea de virtud, y más concretamente, con el principio de buena fe. De esta forma, se identifica la justicia relacional como una categoría de justicia, como una nota que puede estar presente o ausente en toda relación jurídica<sup>78</sup>.

Señala María Salas que el enfoque aportado por la Justicia relacional ha surgido como una reacción al cataclismo que supuso el fin de la modernidad para el Derecho<sup>79</sup>, es

---

74 Andrés DE LA OLIVA SANTOS, *Los ADR o el redescubrimiento del agua caliente*, Revista Ius et Praxis, Año 22, No 2, 2016, pp. 417 -424.

75 En esta línea Lucía Aragüez Valenzuela, ponencia: “ADR from the Relational Justice Perspective: Changes in their Functionality”, que se presentó en el Congreso sobre “New Challenges in Alternative Dispute Resolution” que tuvo lugar en la Universidad de San Agustín, en Iloilo, entre los días 5-8 de septiembre de 2023.

76 Pierpaolo DONATI, *Repensar la sociedad. El enfoque relacional*, traducción Pablo García Ruiz, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2006. Autor que señala que fue en Alemania con Georg Simmel, Max Weber, Leopold von Wiese, Martin Buber y Edmund Husserl cuando se sustanció el giro relacional a las ciencias sociales, dando primacía al pensamiento relacional, pp. 65-66.

77 Luigino Bruni, *Le nuove virtu del mercato nell'era dei beni comuni*, Città Nova, Roma, 2012.

78 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, pp.117-134.

79 María SALAS PORRAS, “The Added Value of the Relational Justice Approach”, ponencia presentada en el Congreso sobre “New Challenges in Alternative Dispute Resolution” que tuvo lugar en la Universidad de San Agustín, en Iloilo, entre los días 5-8 de septiembre de 2023. Señala Salas que el Derecho natural racional –que a su vez había sustituido al Derecho natural metafísico–, basado en las distintas versiones del contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant...), representaba un sólido marco de referencia para la concepción moderna de la justicia. Sin embargo, dicho marco se vio desbordado por una enorme proliferación de concepciones ideológicas y éticas diversas (hecho del pluralismo), unido a la insondable complejidad generada en los ámbitos económico y social, lo que supuso, en términos de marco jurídico, una embestida de efectos arrolladores contra la concepción de la justicia. Añade Salas que este desmoronamiento de la concepción moderna de la justicia estaba

decir, el fin de un consenso que veía en el derecho natural racional un fundamento sólido para la justicia.

Este desamparo se ha querido solventar por medio de la racionalidad procedimental, en sus dos versiones más conocidas: La de John Rawls y la de Jürgen Habermas<sup>80</sup>. Señala Salas que en realidad media una concepción de justicia, compartida por ambos, entendida como justicia como resultado y no como fundamento *a priori* del Derecho. Así, en este contexto, puede entenderse la propuesta por la justicia relacional, es decir, la justicia como resultado emergente de la relación jurídica.

Volvemos a los tres ejes sobre los que gira la justicia relacional: La institucionalidad abarcaría el conjunto de normas, instituciones jurídicas, contratos, derechos, obligaciones, así como acuerdos o decisiones que buscan regular el comportamiento de las partes. Es decir, la institucionalidad garantiza el principio de legalidad inherente al Estado de Derecho. La institucionalidad se ha visto también como generadora de una vinculación y dependencias mutuas entre las partes de la relación<sup>81</sup>.

Por su parte, la reciprocidad, o conducta recíproca de las partes, sería la verdadera vocación y orientación del Derecho, en tanto cauce para regular conductas. Esto permitiría analizar si, dentro de la relación, la conducta recíproca entendida como grado de implicación y actuación de las partes está orientada –o no– hacia la justicia, para lo cual sería fundamental analizar si las partes actúan de buena fe y procurando el diálogo. De esta forma la justicia encuentra sentido en el vínculo recíproco determinado por unos valores, unas motivaciones y unos objetivos en una relación bilateral simétrica. Advierte Antonio Márquez del riesgo de caer en el error de enfocar lo jurídico en base únicamente a las normas, pues cuando restrictivamente se piensa el Derecho como norma, se cae en el riesgo de que la norma suplante la justicia. Es como si el Derecho huyera del posible fracaso de tener que atender a la justicia en las relaciones jurídicas<sup>82</sup>.

---

directamente relacionado con el desmoronamiento de la infalibilidad de la razón, en la que pretendía apoyarse. Por tanto, los intentos filosófico-jurídicos de superar el desastre tendrían que centrarse en el procedimiento de toma de decisiones, cuidando al mismo tiempo de restringir significativamente el ámbito de pronunciamiento sobre los contenidos de lo justo.

80 Por un lado la visión contractualista de Rawls, con su nueva versión del contrato social, centrada en un planteamiento procedimental, que por medio de condiciones procedimentales genera una “justicia como equidad” mediante un hipotético acuerdo. Por otro lado, Habermas centra su análisis de la legitimidad y validez moral del derecho en la racionalidad de los procedimientos jurídicamente institucionalizados, entrelazando Derecho y Moral -una moral de carácter procesal, en correspondencia con un Derecho procesal.

81 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, p. 120. Ya en Roma se sabía que *summa ius, summa iniuria*, y es por ello que se construyó el concepto de equidad.

82 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, pp. 120-121. Señala que ha de buscarse la justicia no solo desde la institucionalidad, sino también desde la reciprocidad. Afirma que si reducimos el Derecho a lo normativo y a su cumplimiento, dejamos fuera la “libertad plural de actuar colectivamente conforme a lo justo”.



Por tanto, si bien para la justicia relacional la reciprocidad viene alimentada de “motivación”, gracias a la institucionalidad dicha motivación se convierte en “responsabilidad”. Simultáneamente, la institucionalidad existe en función de la reciprocidad, es decir, las normas tienen sentido en la medida en que incluyen conductas orientadas a la justicia.

Finalmente, la socialidad supone que las partes se conectan entre sí para generar una relación que a su vez se configure en la conciencia colectiva de justicia. Por tanto, la interrelación entre las partes implicaría la conexión del derecho de unos respecto al de otros, haciendo que la relación se entienda en un contexto social con valores de grupo. La socialidad debe su denominación al hecho de que la relación tiene lugar en un espacio social, en un contexto de sociedad y viene conectada con la calidad ambiental, el clima de confianza y de cooperación existente cuando la relación tiene lugar. Es decir el juego entre norma y comportamiento tiene lugar en un marco de relaciones jurídicas y sociales generales, si bien cuando hablamos de socialidad respecto a una relación jurídica concreta se atiende también a los específicos intereses en juego y la flexibilidad necesaria para llegar a un resultado justo. En todo caso la socialidad es el contexto en el que surge la motivación para relacionarse y el contexto que aporta un criterio de buena fe y de justicia. Por su parte la “calidad ambiental relacional” vendría determinada por la orientación hacia la justicia de los sujetos de la relación y la respuesta que la propia relación ofrezca<sup>83</sup>.

Puede afirmarse que dentro de la reciprocidad se incluye la institucionalidad, al establecer una serie de pautas y/o limitaciones que reorientan el comportamiento de las partes, ya sea de forma directa o involuntaria. Asimismo, dentro de la socialidad se incluyen el resto de dimensiones, es decir, reciprocidad e institucionalidad, debido a que en las propias relaciones jurídicas las partes están conectadas con valores grupales y comunitarios.

En la mediación parece existir una fuerte reciprocidad entre las partes, es decir, es un mecanismo que gira en torno a su comportamiento, el cual parte de la voluntariedad al someterse a este procedimiento y la confianza en el consenso una vez finalizado. Mediante esta vía no sólo se permite crear una paz o solución momentánea, sino que además supone una intervención que hace que las partes mantengan un recuerdo de la relación fundando en un sentimiento de consenso y armonía, con lo cual se garantiza la paz y la dignidad humana.

Sin embargo, podemos encontrarnos con algunas lagunas de equidad durante el procedimiento de mediación: Por ejemplo, puede darse una relación jurídica asimétrica, pensemos en el caso de mediación entre trabajador y empresario. El hecho de que el trabajador esté subordinado a las directrices del empresario significa que éste tiene supremacía sobre el trabajador. Esto puede socavar la consecución de un acuerdo justo para ambas partes. Por ello, el acuerdo que pusiera fin al conflicto puede verse

---

83 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, p. 124-126.

menoscabado por el nivel de implicación de las partes. Para ello, sería fundamental mantener un verdadero diálogo social.

Ahora bien hay que superar la visión reduccionista de la socialidad, pues ésta no solo no tiene un sentido reduccionista de las interacciones, sino que va más allá. Se trata de ponerse en el lugar del otro, tal como hace el mediador, como criterio principal para establecer la justicia. La cuestión es que si no hay verdadero diálogo social, empatía o confianza en el proceso, puede que no se llegue a un acuerdo o, si se llega, que no haya compromiso de cumplirlo, por lo que la institucionalidad puede ser socavada.

El consenso y el conflicto aparecen como consustanciales a las relaciones humanas pues forman parte de la propia esencia del ser humano. Conflictos que se agudizan por los intereses contrapuestos que las partes tienen en la relación. Pero el conflicto puede entenderse como el cauce que mantiene viva la propia relación entre las partes (por ejemplo, una relación laboral). De hecho, a partir del conflicto y mediante la interacción y participación recíproca las partes pueden intentar llegar a un consenso para acercar posturas a fin de evitar la ruptura total de la relación. Se trata de un intercambio para fomentar el diálogo a fin de resolver el conflicto, como vía para mantener viva la relación. Consecuentemente, desde la justicia relacional se afirma que debe procurarse igualar a las partes intervinientes en la búsqueda insaciable de una mayor “simetría” por medio de una continua participación e interacción recíproca.

Finalmente a la relación circular entre estos tres elementos que configuran la justicia relacional se le llama círculo virtuoso, y a su falta, círculo vicioso. Este último solo puede llevar a un vacío de justicia. Este entendimiento del Derecho como una construcción de consensos no solo casa muy bien con su definición como instrumento de regulación de conductas, sino que también se erige como el mecanismo más útil para resolver conflictos de forma definitiva y por tanto duradera.

Puede plantearse que la justicia relacional peca de ingenuidad al fundar sus postulados en conceptos tales como buena fe, confianza o cooperación, sin embargo si atendemos a la “tragedia de los bienes comunes”<sup>84</sup> nos damos cuenta que esta propuesta puede llegar a ser imprescindible para garantizar la sostenibilidad<sup>85</sup>, imprescindible para la subsistencia de la humanidad. Los bienes comunes no solo son los bienes de los que depende la calidad de vida de los seres humanos, sino también la propia supervivencia del planeta. De hecho se prevé que el crecimiento demográfico planetario alcance pronto cifras insostenibles. En esta coyuntura solo una cultura de cooperación y confianza podrá hacer viable el devenir humano. En esta línea

---

84 See Garry HARDIN, “The tragedy of the Commons”, *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1248.

85 Debe observarse el equívoco al que nos puede llevar expresiones como “desarrollo sostenible” por suponer una contradicción en sí misma, pues en la lucha contra el calentamiento global se ha llegado a un punto en el que se advierte la incompatibilidad con modelos basados en un desarrollo o continuo estado de crecimiento. Se trata de un oxímoron tal como pudieran ser las expresiones “muerto viviente”, “tensa calma” o “dulce amargura.”

se orientan los nuevos intentos filosóficos de redefinir el papel del ser humano, así desde el posthumanismo nos recuerdan, que el hombre no es en absoluto la medida de todas las cosas, hay otras medidas que deben tenerse en cuenta desde la perspectiva de la ontología y en la era del Antropoceno que vienen determinadas por la ecología sostenible. El giro posthumano hace un llamamiento global al cambio social, a una ciencia responsable y la coexistencia del ser humano con múltiples especies<sup>86</sup>. Como señala Antonio Márquez<sup>87</sup> desde la teoría de juegos podemos ver varios ejemplos claros de la necesidad de cooperar cuando los bienes comunes son escasos. Igualmente podemos apreciar las consecuencias a las que llevan no generar un clima de confianza no solo en las relaciones, sino en la explotación de recursos. La necesidad de reeducar a la sociedad y convertir una cultura de enfrentamiento en una cultura de cooperación es imperiosa, lo que puede estar en juego es la misma subsistencia de la humanidad. No en vano, ya señaló Hardin en 1968 que el problema de la sobrepoblación humana no tiene una solución técnica, sino que requería fundamentalmente de una solución “moral”<sup>88</sup>.

Frecuentemente se visualizan las relaciones como una manifestación verbal de un campo de guerra o de un ring de boxeo. Ring en el que cada parte lucha hasta conseguir lo que quiere, en el que no hay otra opción de la victoria o la derrota. Más oportuno nos parece el símil de la lucha en las artes marciales orientales, como por ejemplo en el aikido o tai chi, en los que el objetivo no es vencer a la fuerza del oponente, sino redirigirla. No se opone fuerza a fuerza, sino que se alinea una fuerza con otra para dirigirla en una única dirección. La flexibilidad y la buena fe son la clave para construir relaciones sólidas y resolver los conflictos

---

86 Francesca FERRANDO, *Philosophical Posthumanish. Theory in the new Humanities*, Series Editor: Rosi Braidotti, Bloomsbury Academic, 2019.

87 Antonio MÁRQUEZ PRIETO, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, pp. 122-124. Pone como ejemplo los conocidos supuestos del “dilema del prisionero” o el de “la caza del ciervo”.

88 Garry HARDIN, “The tragedy of the Commons”, *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1248. Señala que se aumentará enormemente la miseria humana si no se asume, durante el futuro inmediato, que el mundo disponible para la población humana terrestre es finito. Un mundo finito sólo puede soportar una población finita; por lo tanto, el dilema de la población en constante aumento es un problema humano. Subraya que podemos avanzar poco en la consecución de una población óptima hasta que no exorcicemos explícitamente el espíritu de Adam Smith en el campo de la demografía práctica. La tragedia de los bienes comunes la resume Hardin como sigue: “Cada hombre está encerrado en un sistema que le obliga a aumentar su patrimonio sin límite en un mundo que es limitado. La ruina es el destino hacia el que se precipitan todos los hombres, cada uno persiguiendo su propio interés en una sociedad que cree en la libertad de los bienes comunes, libertad que trae la ruina para todos... El análisis del problema de la contaminación en función de la densidad de población pone de manifiesto un principio de moralidad no reconocido generalmente, a saber: la moralidad de un acto está en función del estado del sistema en el momento en que se realiza. Resulta revelador, que el propio HARDIN señala que se inspiró para desarrollar su tesis en el artículo de Jerome B. WIESNER and Herber F. YORK “National Security and the Nuclear-test Ban”, publicado en *Science*, 211, (no. 4), 27, October 1964, cuya conclusión era que si las grandes potencias continuaban buscando la solución únicamente en el avance de la ciencia y la tecnología, el único resultado posible era empeorar la situación que suponía la carrera armamentística en una era nuclear.

relacionales. Lo cierto es que el modelo competitivo en el que hoy está fundado nuestra sociedad es muy limitativo<sup>89</sup>. Si se ve al otro como un competidor, se parte de un marco mental viciado, hay que construir desde el acuerdo, no desde el conflicto, aprender a alinear fuerzas antes que a oponerlas, aprender a ser flexibles.

## 6. CONCLUSIÓN

El debate sobre el fundamento del Derecho y su conexión con la justicia que se ha desarrollado durante buena parte del siglo XX y parte del XXI entre Ronald Dworkin y H.L.A. Hart sigue vivo entre sus seguidores, sin que se vislumbren visos de entendimiento entre unas y otras posturas. Igualmente en el Derecho español se produce un debate paralelo que tiene como telón de fondo la aplicación del principio de la buena fe como cláusula general y la posible neutralización de la aplicación de la ley cuando no sea conforme a la buena fe.

No obstante, desde el Derecho privado se aprecia una clara vocación a favor del positivismo y la seguridad jurídica que encarna, por más que ello pudiera implicar la sustitución de la justicia por la norma. Esta tendencia es obligada una vez que el Derecho natural racional ha sucumbido ante los envites del postmodernismo y el relativismo que le acompaña. Estamos en una época en el que el hombre sabe que desconoce las respuestas a las preguntas fundamentales que dan sentido a nuestra sociedad, y ello desmorona los sólidos muros con los que el Derecho fue construido y alimentado durante dos milenios. Seguimos esperando a Godot y su iluminación, una iluminación que nos permita encontrar una fórmula que acerque la aplicación del Derecho a la Justicia sin caer en la arbitrariedad de la falta de seguridad jurídica.

Quizá la mejor fórmula sea superar debates infructuosos y centrarse en las relaciones humanas, su regulación y el procedimiento para construirlas y resolver sus conflictos. Desde este enfoque se aprecia que los mecanismos de ADR son útiles para llegar a soluciones duraderas y satisfactorias para las partes, lo cual es un resultado que se acerca a lo justo. Es por tanto en el procedimiento donde podemos encontrar la justicia, siendo la propuesta que se realiza desde los planteamientos de la justicia relacional una de las más coherentes que hoy encontramos a la hora de dar una respuesta a la necesidad de aunar lo normativo con la justicia.

---

89 Señala Michael J. SANDEL en *The Tyranny of Merit. What's become of the Common Good?*, wd. Allen Lane-Penguin books, London, 2020, p. 24 y ss, que la meritocracia en la que está hoy sumergida nuestra sociedad genera arrogancia entre los vencedores y humillación y resentimiento entre los perdedores. Se genera la percepción de que los que llegan arriba lo hacen por méritos propios olvidando todos los golpes de fortuna que les llevaron al éxito. Igualmente, se hace creer a los que no progresaron que son ellos los responsables de su mala fortuna, que se la merecen.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BECERRA MUÑOZ, José, “La toma de decisiones legislativas penales”, *Revista española de derecho constitucional*, año 33, nº99, 2013, pp.125-158.
- BEUCHOT, Mauricio, “Derecho y moral. El caso de los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 38, 1998, pp. 51-68,
- Bruni, Luigino, *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, Città Nova, Roma, 2012.
- CHALMERS, David J., “The puzzle of conscious experience”, *Scientific American*, 273 (6) 80-6, 1995, pp.80-86.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio, Prólogo a la obra de Pascual Ortuño Muñoz, *Justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018, pp. 11-13.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Los ADR o el redescubrimiento del agua caliente*, Revista Ius et Praxis, Año 22, No 2, 2016, pp.417 -424.
- DIEGUEZ LUCENA, Antonio, *Transhumanismo*, Ed. Herder, Barcelona, 2017.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, Volumen II, Madrid 2005.
- DONATI, Pierpaolo, *Repensar la sociedad. El enfoque relacional*, traducción Pablo García Ruiz, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Traducción Claudia Ferrari, Ed. Gedisa, Barcelona, 2008.
- DWORKIN, Ronald, “The Model of Rules”, I, *The University of Chicago Law Review*, Vol.35, n.1, 1967, pp.14-46.
- DWORKIN, Ronald, *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political Debate*, 2008, Princetown University Press, Princetown N.J., 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Isabel Guastavino Castro, Ed. Ariel, Derecho, Barcelona, 2012.
- EILENBERGER, Wolfram, *Tiempo de magos*, Ed. Taurus, Madrid, 2019.
- EPSTEIN, Richard A., *The Perils of Posnerian Pragmatism*, 71 U Chi L Rev 639, 2004. pp.639-658.
- FERRANDO, Francesca, *Philosophical Posthumanish. Theory in the new Humanities*, Series Editor: Rosi Braidotti, Bloomsbury Academic, 2019.
- GARCÍA SALGADO, María José, “Determinar lo indeterminado: Sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”, *Anuario de Filosofía del Derecho*. Nº XX. Enero 2003. pp.105-129.

- HAN, Byung-Chul, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*. Ed. Taurus. Traducción Joaquín Chamorro Mielke. Madrid, 2022.
- HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus. A brief History of Tomorrow*, Londres, 2015.
- HARARI, Yuval Noah, *Sapiens. A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, 2011.
- HARDIN, Gary “The tragedy of the Commons”, *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1248.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, 2º ed, ed. Clarendon Press-Oxford, London, 1994.
- KRAMER, Matthew H.; CGRANT, Claire; COLBURN, Ben; HATZISTAVROU, Antony, *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Traducción Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, 2012, Madrid.
- LASALLE RUIZ, José María, *Ciberleviatán, el colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Ed. Arpa Editores, Barcelona, 2019.
- LYOTARD, Jean Françoise, en *La condición posmoderna*, Cátedra, (1979), 4ª Ed. 2004.
- MÁRQUEZ PRIETO, Antonio, “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de pensament i anàlisi*, núm.14, 2014, pp.117-134.
- MERMALL, Thomas, “Ortega contra Pero Grullo: Estrategias retóricas en Meditación de la Técnica”, *Revista Internacional de tecnología, Conocimiento y Sociedad*, vol.1, nº1, 2010, pp.1-10.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*,1997, pp.306 y ss.
- ORTEGA y GASSET, José, *La rebelión de las masas*, Espasa, Colección Austral ediciones especiales, 1901, (reedición Barcelona, 1999).
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, *Justicia sin jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 2018.
- POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard, 2003
- RIEMEN, Rob, *To Fight Against this Age. On Fascism and Humanism*. W.W. Norton & Company, First Ed. New York, 2018.
- RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Ed. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 5ª ed., Bogotá, 2005.
- SANDEL, Michael J. en *The Tyranny of Merit. What’s become of the Common Good?*, wd. Allen Lane – Penguin books, London, 2020
- SETH, Anil, *Being you. A New Science of Consciousness*, Ed. Faber & Faber (ff) London, 2022, pp.271-272.
- SHAPIRO, Scott J., “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”,

Michigan Law, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, no.77, March 2007, pp.1-54.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

TAVARES DA SILVA PAPOZO, Joana, *Pragmatismo y neoconstitucionalismo: una contribución a la recepción de la filosofía pragmatista en el nuevo paradigma constitucional*, Tesis doctoral, Universidad de Castilla-La Mancha, 2013.

TORRES PEREA, José Manuel de, “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, nº8737, 2016, pp.1-9

VATTIMO, Gianni, *Addio a la veritá*, Ed. Melteme, Roma, 2009.