
SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO MODERNA

VUELTA A LOS CLÁSICOS Y EL DESCONCIERTO ACTUAL
UNIDADES DIDÁCTICAS ADAPTADAS AL PLAN DE BOLONIA

Santiago Carretero Sánchez



tirant
lo blanch
manuales

PÁSATE A CONECT@

**Web de apoyo para los
estudiantes de Derecho**

www.conectaderecho.com



Materiales:

Textos útiles para conseguir un aprobado.



Libros en préstamo

Por que leer ha dejado de ser caro.



Librería:

Libros con precios exclusivos para suscriptores



Foros:

Intercambia experiencias con otros compañeros



Tirant TV:

La Tele jurídica más dinámica



Base de datos

Toda la legislación, jurisprudencia y documentos que necesitas, junto a un completo índice que recorre todas las materias, para facilitarte el desarrollo de tus actividades académicas.



Consigue nuestro tablet *conect@* con la aplicación ya instalada!



Disponible en App
Android!

SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO MODERNA
VUELTA A LOS CLÁSICOS Y EL DESCONCIERTO ACTUAL
UNIDADES DIDÁCTICAS ADAPTADAS AL PLAN DE BOLONIA

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN M. FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO MODERNA

VUELTA A LOS CLÁSICOS Y EL DESCONCIERTO ACTUAL

UNIDADES DIDÁCTICAS ADAPTADAS AL PLAN DE BOLONIA

SANTIAGO CARRETERO SÁNCHEZ

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Rey Juan Carlos*

tirant lo blanch

Valencia, 2017

Copyright © 2017

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Santiago Carretero Sánchez

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-1565-2017
ISBN: 978-84-9143-904-2
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Díjole entonces Pilatos: «Así, pues, ¿eres tú Rey?». Contestóle Jesús: «Tú lo dices, que yo soy rey. Yo para esto he nacido, y para esto he venido al mundo, para dar testimonio a favor de la verdad todo aquel que procede de la verdad escucha mi voz». Dícele Pilatos: «¿Qué es la verdad?».(Jn, 18,37-39).

Índice

Lección 1

CONCEPTO DE DERECHO: DIFICULTADES DE ORDEN SEMÁNTICO

I. HETERONOMIA DEL DERECHO.....	19
II. DEFINICIÓN DE DERECHO	20
III. LA CONTROVERSIACERCA DEL CONCEPTO DE FILOSOFÍA.....	21
1. Controversia acerca del fenómeno jurídico: de orden semántico e ideológico.....	22
2. Otra característica distingue la ciencia y la Filosofía	22
3. Los criterios de caracterización de una ciencia, de un campo de conocimiento o disciplina científica.....	23
1.1. Los primeros autores.....	24
1.2. Los negadores de la filosofía como ciencia.....	24

Lección 2

LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO: LA FACTICIDAD

I. LA SOCIEDAD COMO RED DE RELACIONES	27
II. PRECURSORES.....	29
1. Comte (1782-1837)	30
2. Claude de Saint-Simon (1760-1825)	30
3. Comte (Auguste) (1798-1857)	31
4. Spencer y el evolucionismo.....	32
5. Tönnies	32
6. Durkheim (1858-1917).....	33
7. Gumplowicz (1838-1909).....	34
8. Erlich (1862-1922).....	34
III. LOS CRITERIOS DE CARACTERIZACIÓN DE UNA CIENCIA.....	35

Lección 3

DEBATE FILOSÓFICO EN EUROPA

I. EL DEBATE EN TORNO A LA NATURALEZA Y LA TEMÁTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO ITALIANO CONTEMPORÁNEO	39
1. Icilio Vanni (1855-1903).....	39
2. Del Vecchio (1878-1970)	40
3. Bobbio (+2004).....	41
II. LAS CONCEPCIONES A PROPÓSITO DE LA FILOSOFÍA GENERAL DE L. WITTGENSTEIN (1889-1951), M. SCHLICK (1882-1936) Y R. CARNAP (1891-1970)	42
1. Wittgenstein.....	42
2. Schlick	42
3. Carnap.....	42
III. LA APORTACIÓN DE LA CORRIENTE NEOEMPIRISTA.....	43

*Lección 4***PUNTO DE VISTA FORMAL: EL MÉTODO TRIDIMENSIONALIDAD EN EL ESTUDIO DEL DERECHO**

I. LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	48
Orden jurídico y Sistema jurídico	48
II. ORDENAMIENTO JURÍDICO: CONCEPTO	49
III. LOS PRECURSORES DEL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO	51
1. Kelsen	51
2. Hart como precursor en el concepto de Sistema	52
IV. PROBLEMAS QUE RESUELVE LA CONSIDERACIÓN DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	54

*Lección 5***LA PERSPECTIVA DE LA RELACIÓN JURÍDICA**

I. RELACIÓN Y DERECHO	58
II. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA	58
III. LA RELACIÓN JURÍDICA EN SAVIGNY	59
IV. ESTRUCTURA DE LA RELACIÓN JURÍDICA	61
V. PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA DE LA RELACIÓN JURÍDICA	61
1. El elemento causal de la relación jurídica	62
2. Los hechos jurídicos	63
3. Los actos jurídicos en sentido estricto	63

*Lección 6***LA PERSPECTIVA DE LA NORMA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO**

I. CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA	67
II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA JURÍDICA	68
III. TEORÍAS DE LA NORMA Y EL ORDENAMIENTO	69
1. Teoría imperativa o imperativista de la norma	69
IV. EL DERECHO DE LA PROPOSICIÓN NORMATIVA	71
V. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS	73
1. Normas generales y normas particulares	73
2. Normas imperativas y dispositivas	74
3. Normas jurídicas completas e incompletas	76
4. Normas jurídicas restrictivas	76
5. Normas jurídicas remisivas	77
6. Normas jurídicas aclaratorias	77
VI. LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA JURÍDICA	78
VII. SUPUESTO DE HECHO DEFINICIÓN	78
VIII. CLASES DE SUPUESTO DE HECHO	79
IX. LA CONSECUENCIA JURÍDICA CONCEPTO	79
X. CLASES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS	81

*Lección 7***RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL**

I. DIFERENCIAS ENTRE DERECHO Y MORAL	83
II. OBJETO DE LA VALORACIÓN MORAL	84
III. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEL DERECHO Y LA MORAL.....	84
IV. DERECHO Y NORMAS SOCIALES O DE TRATO SOCIAL: CONCEPTO.....	86

*Lección 8***CONSIDERACIÓN ANALÍTICO-LINGÜÍSTICA DE LA NORMA JURÍDICA**

I. ANTECEDENTES DE ESTE PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS	89
II. LENGUAJE DEL DERECHO Y METALENGUAJE.....	90
III. LAS FUNCIONES DEL LENGUAJE.....	91
IV. LA NORMA JURÍDICA COMO PROPOSICIÓN PRESCRIPTIVA.....	92

*Lección 9***LA FORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO: TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO**

I. LAS FUENTES DEL DERECHO: CONCEPTO	95
II. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO	95
III. TEORÍA GENERAL DE LA FUENTE DEL DERECHO	96
IV. EL CONCEPTO DE LEY	97
V. CARACTERES DE LA LEY	98
1. Legalidad	98
2. Generalidad	98
3. Publicidad.....	98
VI. CLASES DE LEYES EN NUESTRO SISTEMA	99
1. La Constitución	99
2. Leyes de referéndum	99
3. Leyes orgánicas.....	99
4. Leyes ordinarias.....	99
5. Legislación delegada	99
6. Legislación de urgencia	100
7. Iniciativa legislativa popular	100
VII. LA COSTUMBRE JURÍDICA	100
1. Concepto	100
2. Notas características de la costumbre.....	101
3. Elementos de la costumbre.....	102
4. La relación entre la Ley y la costumbre.....	102
VIII. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	103
1. Concepto	103
2. Misión de los Principios Generales del Derecho	104
3. Concepción iusnaturalista y positivista. Principios expresos e inexpressos.....	105
IX. LA JURISPRUDENCIA	106
X. VALOR NORMATIVO.....	107
XI. LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INGLÉS.....	108
XII. BASE FILOSÓFICO-JURÍDICA DEL NEGOCIO JURÍDICO.....	108

*Lección 10***LA INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO**

I. INTERCONEXIÓN ENTRE LOS PROCESOS DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO	111
II. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN.....	112
III. CLASES DE INTERPRETACIÓN	112
IV. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.....	113
V. CRITERIO LITERAL O FILOLÓGICO	113
VI. CRITERIO LÓGICO-CONCEPTUAL	114
VII. CRITERIO SISTEMÁTICO.....	115
VIII. CRITERIO HISTÓRICO	115
IX. CRITERIO TELEOLÓGICO	116
X. CRITERIO SOCIOLÓGICO.....	116
XI. LA INTERPRETACIÓN Y LAS DIRECTRICES INTERPRETATIVAS DEL CÓDIGO CIVIL	117
1. Los antecedentes históricos y legislativos	118
2. La realidad social. Para la evocación de la realidad social se convierta en un método de interpretación se requieren tres condiciones.....	119
3. El espíritu y la finalidad	119
XII. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y LA DISCRETIONALIDAD DEL JUEZ..	119
XIII. MÁRGENES PROTEGIDOS Y NO PROTEGIDOS DE LAS DISCRETIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS JUECES.....	120
XIV. LAS DIRECTIVAS INTERPRETATIVAS EN LA TEORÍA DE LA SUBSUNCIÓN	121
1. Directivas lingüísticas.....	121
2. Directivas sistemáticas	122
3. Directivas funcionales	122
XV. LAS DECISIONES INTERPRETATIVA SOBRE LOS HECHOS PROBADOS ...	122
1. Criterios para la determinación del hecho interpretable	123
2. Interés público o privado	123
3. Teorías sobre la aceptación de las pruebas	124
XVI. INTERPRETACIÓN COMO ACTIVIDAD RACIONAL	125
XVII. EL PRECEPTO DE INTERPRETACIÓN «CONFORME» O «DESDE» LA CONSTITUCIÓN.....	126

*Lección 11***LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

I. LA ANALOGÍA: CONCEPTO.....	129
II. CLASES DE ANALOGÍA.....	129
III. MÉTODO ANALÓGICO	130
IV. LA EQUIDAD	130
1. Concepto	131
2. Funciones de la Equidad	132
3. La «equity» angloamericana	133

*Lección 12***LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LAS LAGUNAS JURÍDICAS**

I. TEORÍA DEL ESPACIO JURÍDICO VACÍO	135
II. TEORÍA DE LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA.....	136
III. TEORÍA DEL NON LIQUET	136
IV. PRINCIPALES MEDIOS PARA INTEGRAR LAS LAGUNAS: AUTOINTEGRA- CIÓN Y HETEROINTEGRACIÓN.....	137

*Lección 13***LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO. LAS ANTINOMIAS JURÍDICAS**

I. CONCEPTO DE ANTINOMIA.....	139
II. CLASES DE ANTINOMIAS	139
III. CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS ENTRE NORMAS ..	140
1. Criterio cronológico.....	140
2. Criterio jerárquico	141
3. Criterio de la especialidad.....	141
IV. CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS ENTRE CRITERIOS.....	141

*Lección 14***LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA VALIDEZ DEL DERECHO**

I. CONCEPTO DE VALIDEZ. CONVENIENCIA DEL ENFOQUE TRIDIMEN- SIONAL.....	143
II. LA EXISTENCIA DEL DERECHO: LA LEGALIDAD.....	144
III. VALIDEZ MATERIAL O LEGITIMIDAD: LA JUSTICIA DEL DERECHO	145
IV. LA JUSTICIA DEL DERECHO COMO FIN Y COMO VALOR	146
V. LA VALIDEZ SOCIOLÓGICA O EFICACIA: LA OBEDIENCIA AL DERE- CHO	149

*Lección 15***FUNDAMENTO IUSNATURALISTA DE LA VALIDEZ**

I. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y RELIGIÓN O VISIÓN TRANSCEN- DENTE.....	153
II. EL IUSNATURALISMO DE SUÁREZ	154
III. LA TEORÍA DE LA LEY EN SANTO TOMÁS DE AQUINO.....	156
IV. CARACTERES DE LA LEY NATURAL	156
V. LEY HUMANA Y BIEN COMÚN EN SANTO TOMÁS.....	157
VI. TEORÍA DEL DERECHO	158
VII. EL VOLUNTARISMO O SUBJETIVISMO JURÍDICO	158
VIII. LOS TEÓRICOS DE SOCIEDAD Y EL CONTRATO SOCIAL: HOBBS Y LOCKE	159
1. Hobbes	159
2. Locke.....	160
IX. J.J. ROUSSEAU (1712-1778): EL MAESTRO DEL CONTRATO SOCIAL.....	161
X. OTRAS CONCEPCIONES	162
1. La Teoría psicológica de la validez de Leon Petrazycki.....	162

- | | |
|---|-----|
| 2. Radbruch y el binomio seguridad-justicia | 162 |
| 3. La teoría antipositivista de Ronald Dworkin..... | 163 |

Lección 16

FUNDAMENTO POSITIVISTA DE LA VALIDEZ

I. ¿COMO UN SISTEMA ES INDEPENDIENTE DE LOS DEMÁS?	166
II. LA RELACIÓN ENTRE EL PLANO DEL «SER» Y EL DEL «DEBER SER»	167
III. TRES ENFOQUES DE LO JURÍDICO CADA UNO CON SU CARGA HISTÓ- RICA	169
IV. PRINCIPALES TEORÍAS POSITIVISTAS: LA TEORÍA DE HANS Kelsen (1881-1973)	169
1. Teoría de la norma	169
V. LA TEORÍA DE H. HART Y LA «RULE OF RECOGNITION»	171
VI. VON WRIGHT Y LAS NORMAS SOBERANAS	172
VII. GEORG JELLINEK Y EL «PODER» SOBERANO.....	173
VIII. EL SOBERANO COMO SUJETO: TEORÍAS DE BENTHAM Y AUSTIN	174
1. John Austin (1790-1859)	174
2. Raz, J. (1939).....	176
IX. LA TEORÍA JURÍDICA DE FRANÇOIS OST	177
1. Las diferentes formas de sistematización	177
2. Sistemática lineal y circular	178
3. Sistematización formal y material	179
X. SISTEMATICIDAD FORMAL	179
1. Carácter deductivo.....	180
2. Carácter formalizado	180
3. Carácter axiomatizado.....	180
XI. COHERENCIA.....	181
XII. COMPLETUD	181
XIII. SISTEMATICIDAD MATERIAL	182
XIV. LAS FUNCIONES DEL DERECHO	182
XV. LA TEORÍA DIALÉCTICA DE FRANÇOIS OST	184

Lección 17

EL REALISMO JURÍDICO Y SUS IDEAS

I. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.....	185
1. Benjamín Cardozo (1870-1938).....	186
2. Austin (1790-1859).....	186
3. K. Llewellyn	186
4. J. Frank	187
II. REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO.....	187
1. Alf Ross	188
2. Crítica de la Teoría de Ross.....	189
3. K. Olivecrona.....	189
III. LAS TEORÍAS DE LA INSTITUCIÓN O INSTITUCIONALISTAS.....	192

*Lección 18***EL DERECHO SUBJETIVO COMO CONTENIDO DE LA RELACIÓN JURÍDICA**

I. LA SITUACIÓN JURÍDICA	195
II. LA CONTRAPOSICIÓN DE DERECHO OBJETIVO (<i>NORMA AGENDI</i>) Y DERECHO SUBJETIVO (<i>FACULTAS AGENDI</i>)	196
III. EL DERECHO COMO ACCIÓN	197
IV. PRINCIPALES AUTORES DEL DERECHO SUBJETIVO	198
1. El derecho subjetivo en Ockam	198
2. Hugo Grocio (1583-1645)	199
2. El Derecho en Samuel Pufendorf (1632-1694)	201
3. El derecho subjetivo como facultad moral: la Escolástica española	201
4. Noción de derecho subjetivo de Savigny	202
5. Noción de derecho subjetivo de Windscheid (1790-1859).....	202
6. Noción de derecho subjetivo de R. Ihering (1818-1892)	203
7. Noción de derecho subjetivo de G. Jellinek (1851-1911).....	203
8. Noción de derecho subjetivo de León Duguit (1859-1929)	204
9. La concepción del derecho subjetivo del realismo jurídico. Los autores del realismo norteamericano.....	204
10. Olivecrona	205
11. Ross	205
12. El derecho subjetivo en Kelsen	205

*Lección 19***LA CIENCIA JURÍDICA EN SENTIDO AMPLIO: CONCEPCIONES MODERNAS**

I. TESTIMONIOS CRÍTICOS SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA	207
1. Lundstedt (1882-1955)	208
2. Jaehner (el mito en el Derecho)	208
II. LA ESCUELA SUDOCCIDENTAL: LASK Y RADBRUCH.....	209
1. Radbruch.....	209
2. Dilthey (1831-1911) y Rickert (1863-1936).....	210
3. Edmundo Husserl (1859-1938).....	211

*Lección 20***INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA JURÍDICA. DIVERSAS CONCEPCIONES.**

I. LUIS RECASENS SICHES Y LA LÓGICA DE LO RAZONABLE	213
II. L.J. LOEVINGER.....	215
III. G. KLUG	215
IV. LÓGICA Y TÓPICA EN T. VIEHWEG	216
V. PERELMAN Y LA NUEVA RETÓRICA.....	217
VI. STRUCK	218

*Lección 21***LÓGICA Y SEMIÓTICA JURÍDICA**

I. APORTACIONES DE LA FILOSOFÍA ANALÍTICA: EL GRUPO DE OXFORD (AUSTIN, STRAWSON, HARE, HART)	219
II. GRUPO DE CAMBRIDGE: VON WRIGHT, WISDOM	219
III. SEMIÓTICA Y LÓGICA DEÓNTICA EN GEORGES KALINOWSKI.....	220

*Lección 22***METODOLOGÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA**

I. FORMALISMO CONCEPTUAL ALEMÁN	221
1. La Escuela alemana de los conceptos	221
II. LA REVUELTA ANTIFORMALISTA	222
1. La Escuela científica francesa: F. Géný.....	222
2. La Escuela Sociológica francesa: León Duguit.....	223
3. Kantorowicz	224
4. Ehrlich	224
III. EL ANTIFORMALISMO CONCEPTUAL: LA JURISPRUDENCIA DE INTE- RESES	225
1. Ihering	225
IV. EL ANTIFORMALISMO JURISPRUDENCIAL.....	226
1. Roscoe Pound	226

*Lección 23***LOS VALORES CLÁSICOS DEL DERECHO**

I. LA JUSTICIA COMO VIRTUD PERSONAL Y COMO VALOR SOCIAL	227
II. CLASES DE JUSTICIA.....	228
III. TEORÍAS SOBRE LA JUSTICIA Y EL DERECHO	230
IV. AUTORES MODERNOS Y TEORÍAS DE LA JUSTICIA	231
1. Alemania: Apel y Habermas.....	231
2. Estados Unidos: Nozick	232
V. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PAZ SOCIAL	232
VI. LA LIBERTAD	233
VII. CONCEPTO DE IGUALDAD	234
VIII. LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.	235
IX. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA	236
X. EL PLURALISMO POLÍTICO	237
 PANORAMA DE LA FILOSOFÍA DEL SIGLO XX	 241
BIBLIOGRAFÍA POR TEMAS UTILIZADA PARA ESTA MONOGRAFÍA.....	245

Lección 1

CONCEPTO DE DERECHO: DIFICULTADES DE ORDEN SEMÁNTICO

La palabra DERECHO posee múltiples acepciones; se habla de los estudios de derecho, o de la ciencia del derecho, del derecho de un país determinado o que tenemos «derecho» a gozar de una vida holgada... o que no hay derecho a... lo que expresa que la palabra «Derecho» no expresa un concepto unívoco, pues expresa diversas cosas en el vocablo. Se ve por parte de la Filosofía analítica una cuestión de puro lenguaje. No es posible en este nivel determinar un concepto unívoco del derecho. El problema es saber si subsiste una estructura subyacente a las distintas significaciones de la que pueda predicarse la condición de «jurídica». Entre Derecho como ciencia, norma, facultad, ideal de justicia existe una vinculación profunda ontológica puesto que el derecho es o constituye la elaboración de aquellas normas de Derecho en las cuales se fundan los derechos que cada cual puede afirmar como suyos y que expresan un ideal ético de justicia; en términos escolásticos podrá decirse —señala LEGAZ— que el Derecho es un concepto análogo que depende de las distintas concepciones filosófico-jurídicas, pues para las concepciones subjetivas o personalistas el derecho será, fundamentalmente facultas para los normativistas será LEX y para los eticistas id QUOD IUSTUM EST.

Parece evidente —dice Legaz— que todo autor establece su concepto de Derecho dándole un concepto sintético¹. Todo concepto y definición de Derecho está condicionado por una previa opción metafísica que se proyecta en la idea que de él se tiene y que puede considerarse también como una idea, punto de vista o perspectiva sobre la Justicia. Los analistas del Lenguaje niegan ese denominador común que se pretende. El Derecho se expresa en un lenguaje en español está palabra como Droit o Diritto expresa lo que en latín expresaron Directum y como Ius. En un sentido normativista se ha entendido siempre este vocablo: El Derecho visto como NORMA. El ius no tenía al principio, un sentido normativo, significaba lo que no daña a los hombres, lo que se puede hacer; los romanos hablaron siempre del Derecho que se usa. Pero el término evolucionó se hizo patente un cambio de sentido de Ius como normativista, el concepto de IUS se convierte en LEX. Ahora bien, la palabra que expresa rotundamente el sentido normativista es Directum, a juicio de SFORZA triunfó el sentido ético, dice GARCÍA-GALLO este Directum significó el predominio de una concepción formalmente normativista, es decir aquello a que se laude no es a la justicia de la norma, sino a la

¹ Legaz Lacambra, L. Filosofía del Derecho. Barcelona: ed. Bosch, 1975, páginas 12 y ss.

misma ordenación que dirige, al origen de la norma y no a su rectitud. La Ciencia jurídica moderna ha ido realizando un proceso de simplificación y restringe la realidad jurídica como a la Normatividad incurriendo así en el convencionalismo de equiparar Derecho, Norma, y regla impuesta por el poder coactivo del Estado. Ha sido esta una etapa irreversible en la formación de DERECHO, como indica LEGAZ, que no se puede desconocer.

Hay elementos de la realidad jurídica que tienen carácter estructural que integran la estructura del Derecho: una estructura tiene un carácter formal.

Estos elementos NO son solamente las normas, sino también las realidades sociales de esas normas y las valoraciones y sistemas ideológicos que en ellas se expresan. En el planteamiento lingüístico se usa la expresión «A tiene derecho...» expresando:

- 1) que aquello a lo que se tiene derecho le está reconocido expresamente en alguna norma como atribución o competencia
- 2) que eso a que se tiene derecho no está mencionado en ninguna norma como prohibido,
- 3) que, respeta el orden jurídico y la cadena de consecuencias jurídicas
- 4) aquello que se reclama es considerado como justo objetivamente por el que solicita.

Pero estos sentidos son todos coincidentes porque toda Norma tiene el sentido objetivo de atribuir derechos. Sobre todo —siguiendo al maestro Legaz— implica la norma Justicia la justicia además por sus notas de Alteridad, generalidad, igualdad y proporción. La alteridad sin la que no es posible una relación de justicia, implica la relación de sujetos que son personas, y en cuanto tales, poseen algo suyo que les es debido y que les tiene que ser reconocido por normas que les tribuyen derechos y facultades. Se delinea así una estructura de la esencia de lo jurídico. En qué se apoya esa esencia es lo que se debe mostrar.

La justicia en sí es un valor; las normas son una entidad lógica, pero también son socialización de los comportamientos humanos. El ámbito de ubicación del Derecho es, pues el de la vida y la relación social. El Derecho no se agota en la idea de acción, pues se proyecta en el ámbito de la conducta habitualizada, el Derecho es vida humana, que es vida de la PERSONA, que es la realidad jurídica fundamental. La persona es el verdadero ser del hombre. La persona constituye lo más perfecto en la naturaleza y es, en cualquier sentido, contraria a la noción de «parte».

En eso consiste su eminente «dignidad» y ahí está la base de esa dimensión de la persona que es de algún modo afirmada por todas las doctrinas y que posee una gran relevancia en el campo de la ética: la autonomía el *ser sui iuris*, dueña y señora de sus actos, con la exigencia de atenerse a esa condición en sí mismo y en los demás. La persona tiene constitutivamente «social». Dice ZUBIRI vivir es con

las cosas, con los demás y con nosotros mismos en cuanto vivientes. Scheler había también expresado esta idea en términos éticos al hablar de una «solidaridad de las personas». La idea de persona implica la de relación. La persona no existe, sino siendo con los demás, dice Javier CONDE que la persona está sometida al estatuto del CON el cual constituye una categoría ontológica y hace que de la Alteridad consista propiamente en ínter-subjetividad relación entre sujeto y sujeto. ORTEGA habla de vida realmente vivida por el individuo y otro. La vida es de seres que coexisten lo esencial es la alteridad.

La vida social es vida socializada. EL derecho es una forma necesaria del vivir social, lo mismo que la vida social es una forma ineliminable de la existencia humana. Desde el momento en que hay hombres en mutua relación existen relaciones jurídicas entre ellos, esto lo vieron claro los autores de la Doctrina del Contrato social (SPINOZA y HOBBS), en este sentido el Derecho es la forma misma de la sociedad, la cual es a, su vez, una de las formas de la vida humana; El Derecho no tiene existencia en la vida personal, en esta existe como MORAL, el Derecho es un hacer social cristalizado en formas rígidas y estables que resisten la espontaneidad móvil de cuyo seno proceden y a la que encauzan en determinada dirección. En el Derecho —nos dice LEGAZ— se constituye la libertad social de la persona: resulta ser la libertad personal el punto de convergencia de los diversos elementos que constituyen la realidad jurídica. Libertad desde las instituciones de la vida social; libertad hacia los valores de la vida coexistente; libertad hacia la coexistencia común². RECASENS dice que el «Derecho es vida social objetivada». Recasens aclara que el Derecho es vida humana objetivada cuando lo contemplamos en cuanto normas jurídicas preestablecidas y preformuladas. Es fórmula, modelo de actuación, del hombre medio que vive en la sociedad, actualmente informatizada, robotizada, pero en vida social igual³.

I. HETERONOMIA DEL DERECHO

Para crear esas Normas debe el Derecho obedecer a una racionalidad superior a la de otras normas sociales (encauzar los litigios a través de los procedimientos en el Orden civil, penal contencioso-administrativo, laboral...) Las normas sociales son irracionales no por su contenido, sino por su formación y proceso, el Derecho requiere, sus prescripciones, una aceptación más explícita por parte de la sociedad para calibrar su vigencia; la vida moral de la persona fluye y reobra sobre las normas jurídicas de modo más activo que sobre otras formas de vida

² Legaz Lacambra, L. Filosofía del... ob. cit. pp. 26 y ss.

³ Recasens Siches, L. *Vida humana, sociedad y Derecho*, edición de la Biblioteca Virtual universal en su páginas de introducción, 2003 como año de la digitalización.

social. Una dosis de racionalidad es requerida para la efectividad del derecho. El Derecho es HETERÓNOMO O AUTÁRQUICO; la heteronomía constituye una dimensión formal de lo jurídico; el derecho persigue un «mínimum de eficacia» como indica Kelsen⁴.

El Derecho propone proyectos de vida social, no puede renunciar a imponer una racionalidad en la misma. El derecho posee y requiere autonomía, en el sentido de que si por nadie es reconocido cesa de ser Derecho vigente, se impone no obstante de modo general con absoluta autarquía y heteronomía. Su misión es salvaguardar las condiciones elementales de subsistencia de la sociedad en que está vigente.

Está transido de «Eticidad», a su vez. Ha de ser aplicado pero obedeciendo a un ideal de Justicia. Ese contenido se plasma en la atribución de licitud y deberes, conjugando las exigencias institucionales del bien común y las de la autonomía individual. Cada cual sabe el margen de vida social juridificada que posee. Esa vida social no excluye la libertad.

Entre esos elementos que apoyan su Heteronomía en la realidad jurídica son:

- a. Un complejo de formas sociales de vida (Usos) que son «vigencias», que presionan a la vida humana y la sujetan a la normatividad.
- b. Una idea de justicia de la que esa realidad social constituye una perspectiva vital o punto de vista y a la que influye una normatividad.
- c. Una «Heteronomía» o «autarquía» que se traduce técnicamente en la aplicación del Derecho por los tribunales.
- d. Una delimitación de lo lícito y lo obligatorio.
- e. Un sistema de proposiciones normativas formuladas por la autoridad creadora del Derecho que se llama Legalidad.

II. DEFINICIÓN DE DERECHO

Sobre estas bases anteriores, LEGAZ define el Derecho:

«Una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico»⁵.

⁴ Cevantes Ahumada, R. «Sobre el concepto del Derecho» en la revista de ciencias jurídicas, portal de revistas de Costa Rica, número 4, 1964.

⁵ Legaz Lacambra, L. Filosofía del... ob. cit. p. 85 haciendo un resumen de todas las concepciones del Derecho y llegando a esta definición.

- Desgranar definición: forma de vida, justicia, lícito y deber, legalidad, valor autárquico.

Se podría dar una definición algo más acorde con nuestra estructura como aquel conjunto de normas que una sociedad se dota a sí misma, para ella misma y su funcionamiento y sus ciudadanos, que establece lo que se debe hacer o no, y las consecuencias jurídicas de ello, todo ello creado y aplicado por los órganos que la propia sociedad decide democráticamente.

- Desgranar: norma, sociedad, funcionamiento, ciudadanos, consecuencias, órganos de aplicación

III. LA CONTROVERSIA ACERCA DEL CONCEPTO DE FILOSOFÍA

Indica Legaz Lacambra que el concepto de Filosofía del Derecho no es más que una variación del problema conceptual que es la Filosofía en general como Ciencia. El jurista no puede dejar de filosofar y así lo indica el propio Aristóteles el cual decía que no se puede dejar de hacer filosofía, pues incluso para negarla como concepto hay que justificarlo ideológicamente. Sustraerse a los problemas de la filosofía es imposible; desde Platón a Hegel, todos los filósofos han visto en el Derecho su campo de actuación y aplicación de sus teorías. Ahora bien, desde el siglo XVII, la Jurisprudencia ha sido relacionada con la «ciencia». BURKE en Inglaterra y Blackstone indicaban que la jurisprudencia era sustituida por la «Filosofía de la Jurisprudencia».

HEGEL es el que plantea un dualismo en el pensamiento sobre el Derecho. La Jurisprudencia era una parte de la Filosofía; a esta Jurisprudencia la llamaba «filosófica»; en tanto que a la otra Jurisprudencia, la positiva, su misión es estrictamente explicar qué es y cómo se regula un determinado Derecho positivo. Hegel habla del recelo que existía en los tiempos de Roma entre juristas y filósofos, recabando ambos un concepto diferente de actuación y ámbito de estudio. El origen está en la depurada técnica de los juristas romanos, que siguen lo alemanes en el fenómeno histórico de la Recepción, en tanto que la vocación espiritual del filósofo, su propia actitud vital, eran dos cualidades difícilmente compatibles en el mismo hombre, al decir de Legaz. Todos estos razonamientos han ido dejando ver un desplazamiento de la Filosofía hacia el ámbito científico, persiguiendo una homologación de la Filosofía como Ciencia.

Por ello, se puede decir que La Filosofía que se ocupaba de temas fundamentales es «invadida» por la Jurisprudencia, concebida como ciencia de lo jurídico. Pese a ser muchos los negadores de la ciencia de la Filosofía, en ello se encuentra

la característica que hace de esta Ciencia la más grande: reflexiona sobre su propia existencia y sólo con ello basta para concebirla como Ciencia⁶.

1. *Controversia acerca del fenómeno jurídico: de orden semántico e ideológico*

Encontramos que en los términos «ciencia» y «Filosofía» existe una relación distinta entre una y otra respecto a su objeto.

Así, la ciencia trabaja con un objeto determinado, la ciencia quiere conocerlo, desde el aspecto formal, sabe a qué objeto atenerse, cuál es su camino de investigación, aunque no sepa cómo es el objeto.

- La filosofía empieza por ignorar el objeto propio, no forma parte de la previa posesión del objeto en sí; puede trabajar sin objeto previo; desde el Ente de Parménides, y la idea de Platón, y ente analógico de Aristóteles, Kant y sus cuestiones o condiciones trascendentales y Hegel: todos ellos han empezado su sistema por el Objeto.
- Ciencia: su objeto es concreto y delimitado.
- Filosofía: busca su objeto, puede ser se cualquier realidad, sea empírica o no.

La ciencia versa sobre un objeto sobre el que encuentra claridad, la Filosofía en un constante abrirse paso. Este objeto marca la dificultad intelectual también⁷.

2. *Otra característica distingue la ciencia y la Filosofía*

La Ciencia se caracteriza o pretende en su «seguridad». La Filosofía completa ese conocimiento incompleto que proporciona la Ciencia, dice D'Ors, pero desde una forma de saber menos segura en el detalle, la filosofía no nace con la ciencia es anterior y superior a ellas, está en otro ámbito espiritual, así dice Ortega que la Filosofía es mucho más.

⁶ Hernández Marín, R. «Concepto de Filosofía del Derecho», en Anuario de Filosofía del Derecho, número X, pp. 175, 190, 1993. El autor se inclina por una Filosofía del Derecho estricta: ciencia jurídica y Teoría General del Derecho, al margen de la Filosofía general.

⁷ Kolakowski, L; Ruiz-Ramón, G. La Filosofía positivista (ciencia y filosofía). Madrid: ed. Cátedra, 1979, pp. 23 y ss.

La Filosofía nace con la reflexión del hombre sobre sí mismo. Las ciencias obran, la Filosofía pretende saber la razón del obrar. Las verdades científicas si-guen presentando parte de la «verdad», verdad que persigue la Filosofía⁸.

Así, la Filosofía es saber del saber, es ciencia del saber científico, del problema total del universo, de lo absoluto del problema. En resumen, está en íntima con-ección con las ciencias las cuales le nutren de reflexiones y objeto, pero no sólo es «filosofía o teoría de la ciencia» ni tampoco es «sólo ciencia».

3. *Los criterios de caracterización de una ciencia, de un campo de conoci-miento o disciplina científica*

La cuestión es saber si puede tener la Filosofía un campo de conocimiento propio distinto al de la ciencia; si la Filosofía es «esa toma de posición» ante la realidad parece que es previa a toda ciencia. Ideas previas de las que partimos desde el punto de vista histórico:

1. Por tanto, el campo de actuación es el mismo que el de la Ciencia.
2. Muller entiende que la coincidencia no le excluye ser ciencia porque tiene objeto y método propio, estudia las «causas» de los demás objetos.
3. Proviene del latín, scire, scientia, saber, en la etimología alemana wissens-chatf, el significado viene a ser el mismo.
4. Hasta el siglo XVIII la ciencia y la Filosofía han ido unidas.

El origen de la Filosofía (en los presocráticos), coincide con el surgimiento del pensamiento científico en Grecia. La filosofía aristotélica renueva el saber cientí-fico de su época, y la filosofía cartesiana promueve un nuevo saber científico en la edad moderna⁹.

La ciencia, sin embargo, avanza rápidamente y va dejando atrás a la Filosofía, indica Bobbio que ese divorcio marca también la evolución de la Filosofía. Se dice frecuentemente, pero es cierto, la separación entre Ciencia y Filosofía (religión en muchos siglos y cristiana) es el gran paso para que la Filosofía en sí también adquiriera una delimitación conceptual.

⁸ Heidegger, M. Introducción a la Filosofía. Madrid: ed Universidad de Valencia, 1999, pp. 25 en adelante todas las reflexiones sobre ciencia y filosofía y su evolución posterior.

⁹ Bunge, M. La investigación científica. México: ed. Siglo XXI, 2004, pp. 3-41, donde el autor diserta sobre todos las herramientas científicas de la filosofía.

1.1. Los primeros autores

- HEGEL propugnaba el abandono de ese amor al saber para ser «saber efectivo».
- KANT es quien acerca la Filosofía a esa ciencia verdadera.
- HUSSERL aspira a una ciencia de verdades o evidencias apodícticas y absolutas, lo que implicó por supuesto a DESCARTES, el gran filósofo de la Ciencia.
- RUSSELL indica que será verdadera ciencia cuando no sólo adopte los conocimientos y métodos de las otras ciencias, sino que tenga método propio para obtener sus propias proposiciones generales.
- En el Positivismo lógico la teoría kantiana y neokantiana del conocimiento es eliminada como residuo metafísico.
- Así CARNAP indica que sólo son posibles dos clases de objetos científicos:
 - Los empíricos: cosas, sucesos, hechos. De ellos tratan las ciencias de la realidad.
 - Los Lógicos, las formas del lenguaje, que competen al análisis lógico, sintáctico, es misión de La Filosofía tiene su objeto científico que no ha de claudicar ante la opción cientista. Filosofar consiste, a juicio de Legaz, en constituir activamente el propio objeto. Las ciencias considera las cosas que son; la Filosofía en cuanto son. El objeto es la propia reflexión y debate.

1.2. Los negadores de la filosofía como ciencia

Por ese diferente objeto, hay autores que han hablado de la muerte de la Filosofía; MARX, estudiado por ALTHUSSER, entiende que en un momento científico, la Filosofía queda dentro del conocimiento de las ideologías, lo que repudia. Pero MARX se ha referido a la Filosofía de la conciencia, que es sólo un campo de la Filosofía.

Indica TRIAS que la Filosofía es una estructura subyacente, una unidad que confiere perennidad al discurso filosófico, girando en torno al saber y no saber, inclinándose los pensadores por uno u otro.

El neopositivismo ha negado a la Filosofía del ámbito del conocimiento de forma sustantiva, así CARNAP o WITTGENSTEIN («Tratado Lógico Filosófico», 1922) indica que la Filosofía no es doctrina sino una actividad que no enuncia proposiciones, sino que simplemente las aclara: su misión es terapéutica cura los males metafísicos, algo que ha seguido centrada en el análisis del lenguaje la Filosofía analítica.

Se puede decir que, pese a esos ataques (Sociólogos del Francfort, MARCUSE, los filósofos marxistas) se ha producido una defensa de su conocimiento y disciplina científica:

La Filosofía no ha de ajustarse a los cánones de la científicidad, pero no deja de ser racional, pues es razón y crítica, su misión es operar con ideas, en reflexión, desde Platón, fundador de la Dialéctica, éste es el material con que se trabaja¹⁰.

¹⁰ Schulz, W. Wittgenstein: la negación de la Filosofía. Madrid: colección Molino de Ideas, G, del Toro, 1970, pp. 6-19.

Lección 2

LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO: LA FACTICIDAD

La expresión Sociología del Derecho (sociología jurídica) sirve para designar indica TREVES «una disciplina que tiene por objeto de estudio las relaciones del Derecho y la Sociedad, y, que, precisamente por esta razón es designada por los autores anglosajones también como Derecho y sociedad (Law and society) y sociología (Law and Sociology)».

I. LA SOCIEDAD COMO RED DE RELACIONES

El Derecho no es solamente una forma de vida social, sino que es —dice LEGAZ— en sentido sociológico una forma de realidad social porque es:

- Es un modo de patentizar dicha realidad y conducirla por cauces racionales.
- Es una fuerza configuradora de la realidad social, entre otras
- La Estructura de la realidad social es fundamental para un derecho que predique una «acción legal efectiva».
- Toda sociedad, por primitiva que sea, cuenta con unos elementos comunes, «sujetos», «autoridad» titular del «poder» para servir la «bien común» de la comunidades, para repartir unos bienes económicos, unas normas jurídicas organizadoras de ese reparto.

En la Sociología del Derecho moderna, existe una dicotomía «sociedad» y «comunidad» debida a TOENNIES. SCHELER distingue entre:

- «Masa» que se forma por contagio e imitación involuntaria.
- Comunidad de vida que se forma como complejo mutuo de vivencias.
- Sociedad basada en la relación exterior de personas.
- Personalidad colectiva basadas en el amor y los fines comunes.

GURVITCH distingue entre la *sociabilidad directa o espontánea tanto por interpenetración o fusión parcial en el nosotros como la sociabilidad por simple interdependencia entre el yo tú y él*, y la *sociabilidad organizada y reflexiva*, referida a conductas cristalizadas en esquemas coactivos que resisten a la espontaneidad móvil del psiquismo colectivo y que sirven de modelos previamente fijados a conductas jerarquizadas y centralizadas. Distingue entre comunidad (integración social) dentro de ella (masa, comunidad, comunión) y sociedad (coordinación),

pero esta visión tenía una base capitalista, FREYER dice que la sociedad es un grupo de relaciones (dentro de ellas están las jurídicas) de dominación (militar, económica, cultural o político) y habla de Organización como categoría aparte que se caracteriza por la subordinación jerárquica algo que tuvo reflejo en el régimen comunista marxista.

GURVITCH al hablar de formas sociales y relaciones de Derecho distingue: Sociabilidad por interdependencia como Derecho individual, y sociabilidad por interpenetración como Derecho social basado en el grupo colectivo defendiendo sus intereses.

Según LEGAZ, esta terminología es equívoca se olvida que todo Derecho es por naturaleza SOCIAL. Derecho social es según GURVITCH un derecho de integración objetiva en el nosotros en la totalidad que hace participar directamente en el todo a los sujetos a quienes se dirige. Derecho social: los derechos subjetivos se penetran y forman un todo indisoluble. En el Derecho individual chocan y se limitan entre sí sobre todo en el llamado derecho de SUBORDINACION, en que es la sumisión del Derecho social a las relaciones del Derecho individual;

El Derecho de un grupo (en el llamado «Estado Autónomo» en el contrato de trabajo) es negado en beneficio de ciertas situaciones de integración de ese grupo es negado en beneficio de ciertas situaciones de Derecho individual (régimen de la Empresa capitalista para GURVITCH). LEGAZ considera que la distinción en interindividual y social debe establecerse en las relaciones jurídico-sociales según la relación que se establezca. El hombre NUNCA es un individuo aislado por lo que la realidad jurídica debe partir de ese dato. Participa en sociedad puede ser considerado de diversas formas:

- El hombre como un igual: relación asociativo-contractual
- En una relación de superioridad: organización.
- Inferioridad: como ciudadano de esa organización
- Persona: un órgano de la comunidad.

Por tanto, existe

- Derecho de Coordinación: relación contractual.
- Derecho de subordinación: organización.
- Derecho de integración: comunidad.

En la realidad social estos compartimentos sociales y jurídicos aparecen mezclados y se complementan.

GURVITCH establece la existencia de *un Derecho al margen del Estado*. La Juridicidad no es necesario identificarla con si parte de un órgano estatal, el derecho surge en la sociabilidad, como forma de éste, no es preciso que el derecho se estatal, todos los grupos sociales quieren crear su propio Derecho. Un Estado

es una situación de equilibrio entre diversas fuerzas sociales, que resulte de una unidad política de decisión. La vida es una lucha de diversas formas sociales que aspiran a romper el equilibrio del Estado y la voluntad unitaria de éste, según GURVITCH, no es necesario que todo Derecho se estatal, cada grupo tiene el suyo lo puede tener y se quiere constituir en Estado, pretensión que no casa con nuestro orden jurídico. Es difícil en un grupo social y sus relaciones jurídicas dónde se delimita la coordinación o la subordinación. La persona es igual o súbdito por momentos muy instantáneos. El Derecho social no es contrario al Derecho legislado como creía Gurvitch por su pensamiento antiestatista, el derecho del grupo no estatal hoy está regulado por el Derecho legislado. No puede cualquier grupo crear su propio Derecho si no tiene cierto cauce de institucionalización¹.

II. PRECURSORES

La sociología del Derecho en su breve historia se caracteriza por haber tenido en varias ocasiones como punto de referencia polémico la doctrina del Derecho Natural. Se separa del Derecho positivo al igual que la doctrina de Derecho Natural, pero diferentes son sus objetivos y sus métodos de trabajo. Indica GURVITCH en su «Sociology of Law» que Aristóteles ya planteó las bases del estudio sociológico del Derecho y además de este autor otros como Grocio, HOBBS, SPINOZA, LOCKE...

Indica TREVES que dos son los autores de la escuela moderna de la doctrina del Derecho Natural que marcan más definitivamente los precedentes:

- VICO (1668-1744) contribuye a la fundación de la Sociología sometiendo a crítica al racionalismo que inspiraba la doctrina del Derecho natural moderno estableciendo como base que el criterio de conocimiento sólo es de aquello que se conoce. En su obra «La Scienza nuova» llegó a considerar como único objeto de conocimiento el mundo «civil» el mundo de las naciones o la historia. En su obra, Vico indica que el análisis de la historia es de tres etapas: la de los dioses, la de los héroes y la de los hombres. Se corresponden tres tipos de Derecho natural el divino, el derecho de los hombres primitivos, creado por un Dios (gobierno teocrático); el Derecho Natural heroico basado no tanto en la religión como en la fuerza de las leyes (gobiernos de élites o aristocráticos); finalmente, el Derecho Natural humano basado en la razón humana completamente desarrollada (gobiernos de

¹ Páez Díaz de León, L. La escuela francesa de la sociología: ensayos y textos. México: Escuela Nacional de Estudios profesionales Campus Acatlán, 2002. Se estudia el Tratado de Filosofía de Gurtvich.

repúblicas libres de igualdad de los hombres). Posee una concepción cíclica de la historia, según la cual, a cada avance sigue fatalmente un retroceso, como ocurrió del paso del Imperio romano y las invasiones bárbaras.

- CHARLES DE SECONDAT (MONTESQUIEU) (1689-1755), efectuó una valiosa aportación a la ciencia de la Sociología del Derecho. Persigue una ciencia empírica de la sociedad, más que un estudio histórico al estilo de Vico. Va más allá del mundo clásico, fijándose en otras culturas Japón, China, India...

Su obra maestra «L'esprit des Lois» (1748) posee una idea central entre otras: las leyes deben adecuarse al orden social en que se aplican. Analiza las relaciones de las leyes con el contexto social, económico, incluso las razones climáticas. Trata de la relación de las leyes con la realidad comercial, con la religión, ley civil... en definitiva, la relación entre las leyes y las condiciones reales de la sociedad, de manera que, con razón, dice TREVES, debe ser considerado como precursor de una sociología del Derecho o sociología de la Legística con un propósito científico².

1. Comte (1782-1837)

Se le considera el padre de la Sociología del Derecho. «Traité de Legislation» es su principal obra. En ella, influido por Bentham y otros autores entiende que el Derecho es reducible a hechos observables y verificables. Hay que estudiar leyes y hechos correspondientes a esas leyes con la misma importancia. La Ley obedece a una multiplicidad de fuerzas que llevan a un gobierno a intentar un equilibrio de los intereses sociales en una u otra dirección. El Derecho es un sistema dependiente de la sociedad como idea central.

En cuanto a la relación con las ciencias de las leyes y las ciencias en general, Comte indica que aunque el Derecho ha avanzado menos que las otras, es necesario un método que observe los hechos y los clasifique de forma sistemática, tan sistemática que Comte es considerado como un gran positivista, por el procedimiento de reflexión sobre el Derecho.

2. Claude de Saint-Simon (1760-1825)

Considerado por algunos autores como el verdadero fundador de la sociología como ciencia partiendo del estudio de la historia. Divide la historia en épocas or-

² Álvarez Gardiol, A. Derecho y realidad, notas de teoría sociológica. Rosario: editorial iuris, 2005, pp. 45 y ss. sobre Montesquieu y toda su repercusión sociológica.

gánicas aquellas en que la vida se despliega armónicamente sostenida por un sistema de ideas bien construidas y universalmente aceptadas que hacen referencia a una organización social (época feudal, medieval y teológica); las épocas críticas son las que las ideas indicadas resultan atacadas, contestadas y rechazadas, el orden social se tambalea y derrumba (representada por la Revolución francesa para este autor), para llegar a una sociedad industrial. La sociedad debe ser dirigida por los hombres productores, no por ociosos, ni metafísicos. El Derecho y toda su organización depende de esta concepción de la sociedad, ese contraste entre ociosos y productores, no se aviene con la ideología liberal de la era revolucionaria, la nueva jerarquía será industrial y no militar, donde la educación será el medio más potente de la sociedad y la legislación constituirá su complemento.

3. Comte (*Auguste*) (1798-1857)

Discípulo del autor anterior, pronto se separó de las doctrinas sustentadas por su maestro. El cambio de la sociedad industrial ha de venir precedido de un cambio revolucionario de la moral, «sólo se pueden cambiar las instituciones después de haber cambiado las opiniones, todo régimen social está fundado en un sistema filosófico». Su obra cumbre es el «Cours de philosophie positive» (seis tomos escritos entre 1830-1842). Cada conocimiento y sector pasa por tres etapas:

- A) estadio teológico o ficticio dominado por las explicaciones sobrenaturales de las cosas.
- B) estadio metafísico en el que los agentes sobrenaturales se sustituyen por fuerzas abstractas, verdaderas y propias. Inherentes a los diversos seres del mundo.
- C) el estadio científico o positivo en el que el «espíritu humano» renuncia a las causas y se dedica a descubrir sus leyes de razonamiento y las relaciones de sucesión y de semejanza.

Comte es al estadio científico el que más importancia le concede. La física social la divide en la estática social, observando los hechos desde el Derecho, el problema del aseguramiento del orden de las relaciones sociales, para conseguir la armonía del todo; analiza las instituciones que componen el sistema social y, entre ellos, la familia que es la unidad básica fundada en el principio de subordinación de los sexos y la edad. En la parte dedicada a la dinámica social, Comte cree que se pasa por tres etapas diferenciadas:

- A) La etapa teológica y militar, dominada por los teólogos y las leyes de la teología como explicación de los movimientos y acontecer social.
- B) La etapa metafísica o jurídica, los teólogos son sustituidos por los hombres de leyes, se trabaja sobre abstracciones y teorías ficticias, pero estos hom-

bres de leyes han justificado el despotismo y se han centrado en un equilibrio mecánico, pero en el fondo, inestable.

- C) La edad positiva que debe seguir a la metafísica, deberá dar lugar a una reorganización industrial que no deberá ser de los hombres de leyes, sino de los científicos. La palabra «derecho» deberá ser eliminada por ser sustentadora de la ideología liberal e individualista. La moral del deber de cada ser humano ganará terreno y la política se pondrá al servicio de la humanidad y el individuo se confundirá en sus intereses en los de la colectividad. No es hostil al Derecho en sí, sino al Derecho de sus contemporáneos, basado en las garantías individuales; predica una moral, no sólo a los obreros, sino a los patronos para cuidar del cuerpo de trabajadores.

4. *Spencer y el evolucionismo*

Este autor inglés (1820-1903) pone las bases de la sociología evolucionista en este país europeo. Su compendio «First Principies» es extenso y el primero de los volúmenes se titula «A system of Synthetic Philosophy». Contactos con Comte tiene muchos en cuando a la concepción de una sociedad industrial, pero su orientación es individualista y liberal. Está influido por los estudios de Darwin, todo el mundo orgánico y superórgánico (en éste incluye el mundo social) está sometido a las leyes de la evolución animal y de selección. Para Spencer el Derecho se desarrolla pasando del tipo de sociedad militar organizada al tipo de sociedad industrial en un régimen de contrato, en ese status (terminología de MAINE otro gran autor del evolucionismo en su obra «Ancient Law»). La figura del contrato se centra en la organización social. El Derecho acumula de formas cristalizadas de costumbres de los antepasados. Se ocupó de la evolución de la familia, de la condición jurídica de mujeres y de hijos, de la propiedad común a la individual, las organizaciones políticas, y trató de las profesiones jurídicas, el rol de los Abogados y de los jueces y sus orígenes sociales como grupos determinados³.

5. *Tónnies*

Considerado (1855-1936) uno de los fundadores de la Sociología del Derecho alemana. Su obra más importante es «Gemeinschaft und Gesellschaft» (Comunidad y sociedad) publicada en 1887. El antagonismo principal de la historia es entre la sociedad de tipo individualista y de tipo socialista. La diferenciación importante es entre comunidad y sociedad. La comunidad parte del presupuesto

³ Espina, A. Presentación: el darwinismo social: de Spencer a Bagehot, Madrid: revista española de investigaciones científicas, número 110, 2005, pp. 175-187.

de la unidad de los seres humanos como estado originario o natural que se ha conservado, el hombre y la mujer, padres e hijos...el consensus, la comprensión, es un modo de sentir esa unión como necesaria. Así habla de las diferentes casas (urbanas, rurales...)

La teoría de la sociedad se basa en la separación de los hombres y sus intereses. Las relaciones de cambio propician el unirse las voluntades en el contrato, pero sólo con ese fin. Plantea diversos temas, el comercio, el capital, el aspecto psicológico de los trabajadores y capitalistas

En su tercer libro llamado «Presupuestos sociológicos del Derecho natural» mantiene la diferenciación entre comunidad y sociedad. Esa distinción da lugar a diferentes conceptos jurídicos: el sujeto individual, la posesión inmobiliaria, el suelo, por otro, la persona, el patrimonio. Define dos tipos de Derecho natural:

El comunitario basado en la vida familiar y el patrimonio y su moral basada en la religión.

El societario tiene sus propios presupuestos naturales en el ordenamiento convencional del comercio y sus leyes y su moral producto de la opinión pública y de las relaciones contractuales.

La sociedad es un paso más avanzado que el de la comunidad, lo que le llevó a predicar una moral del movimiento obrero y que viera con simpatía al marxismo por su carácter societario.

6. *Durkheim* (1858-1917)

Su obra es «La división du travail social». Este profesor de Burdeos basa su idea sociológica en la observación de que el hombre cuanto más se individualiza más depende de la colectividad como fenómeno que tiene que explicar. Para este autor, el Derecho y la Sociedad se hallan unidos de forma indisoluble: todas las formas de comportamiento tiende a regularse y organizarse. El Derecho implica esa organización. Dos formas de Derecho se observan:

1. Reglas que conllevan sanciones y reprobación (Derecho represivo)
2. Reglas que conllevan sanciones restitutivas para restablecer las cosas originarias (derecho restitutivo).

A ello se une el doble carácter de la estructura social:

Solidaridad mecánica que implica semejanza entre los individuos y que es posible únicamente en la medida en que la personalidad individual resulta absorbida por la personalidad colectiva. (El Derecho penal es el que vela por este tipo de relaciones)

Solidaridad orgánica que implica diferencia entre los individuos que deriva de la división social, y es posible si cada uno tiene su campo de acción determinado y personalidad. (El Derecho de las personas con las cosas y de las personas con las personas, Derecho de propiedad, Derecho de familia, procesal, administrativo y constitucional)⁴.

7. *Gumplowicz (1838-1909)*

Es el autor del Derecho concebido como conflicto. La Sociología es la ciencia que estudia la interacción de los grupos. Grupos que se intentan invadir; así el Estado surge del sometimiento de un grupo frente a otro, una minoría que ha invadido el poder. Al ser minoría, el dominio es inestable, para que no lo sea surge el Derecho, para remediar y regular el choque hostil entre grupos sociales. En esas concesiones diversas entre grupos, surge el contrato. Frente al Derecho contrasta la Moral, ésta se basa en la igualdad y en la validez del comportamiento interno de un grupo. Para este autor, el Derecho surge del Estado, no fuera o ante él, como sería el Derecho Natural. Es el padre de la teoría conflictiva o conflictualista del Derecho.

8. *Erlich (1862-1922)*

El autor del Derecho creado por la sociedad, del Derecho vivo. El Derecho nace en la sociedad. «Grundlegung der Soziologie des rechts» es su obra más importante. La Sociología no describe lo abstracto, sino los hechos, lo concreto. El «Derecho vivo» es el que interesa, el jurisprudencia!, el contratista, la observación directa de la vida social y de sus usos y de los grupos que pueden crear Derecho. Defiende el Derecho más allá o de espaldas al Derecho estatal; el derecho nace antes en la sociedad, familiar, matrimonial...el Derecho es organización de los grupos sociales, que nace en sí mismos. El dominio del hombre sobre el hombre y la cosa, la costumbre, la declaración de voluntad, son normas de organización que hacen nacer Derecho. El Derecho como normas de decisión, nace para llenar lagunas, resolver conflictos... y ambos se complementan. Es interesante su concepción del Estado como un órgano más que crea Derecho, pero que no personifica el Derecho (así su obra genial «Juristische Logik»). Las bases de la investigación libre del Derecho las establece este autor, que luego seguiría HECK.

Ataca dogmas del Derecho: la subordinación del juez a la ley, y concibe la Ley como resultante de un proceso de intereses preponderantes y de interpretación de esos intereses. Autor prolífico e influyente en la investigación de los hechos en

⁴ Durkheim, E. Las reglas del método sociológico. Madrid: Ed. Akal, 2001, pp. 40 y ss.

el Derecho (Rechtstatachenforschung), que luego siguieron autores de prestigio NUSSBAUM, HIRSCH; REHBINDER... en el célebre Instituto de Sociología del Derecho, hoy en la Universidad de Bielefeld, desde la de Berlín...

III. LOS CRITERIOS DE CARACTERIZACIÓN DE UNA CIENCIA

Cuando en el pensamiento jurídico se habla de Ciencia jurídica se hace referencia —dice el maestro LEGAZ— a un tipo de saber que recae sobre un objeto dado como presente, es una experiencia, objetos que pueden ser hechos de la naturaleza o creaciones humanas, pero en todo caso hechos que tienen la característica (sean de la naturaleza o creaciones humanas) de la temporalidad y que se trata de describir, explicar o comprender. Toda ciencia, se dice, se basa en la experiencia y el Derecho será objeto de ciencia en el sentido de susceptible de consideración «científica», en cuanto sea objeto de la experiencia, dice LEGAZ.

El Derecho es lo que es en su realidad y este su ser no puede ser alterado al constituirse en objeto de la ciencia jurídica; ahora bien, ésta no tiene como misión mostrar o patentizar ese qué en que objeto su objeto consiste, sino conocer y tratar de actuar sobre él. En todo caso, la Ciencia jurídica siempre puede contar con un objeto de «experiencia», puesto que la legislación positiva es un hecho real. Esta es la interpretación más obvia del fenómeno jurídico y es perfectamente posible conjugar esta posición con una contestación metafísica del Derecho, o sea, con la concepción de que el ser del Derecho no pertenece al mundo de la realidad sino al del valor; y cabe también que el jurista positivo lo crea así incluso si admite como necesario, primario y aun exclusivo objeto de su saber el conocimiento de la ley positiva. Real es todo aquello con lo que «hay que contar»; y hay que contar con todo aquello con lo que de un modo u otro se encuentra uno en la vida, y en la forma en que lo encuentra: delitos, fenómenos naturales... todo eso se da de algún modo en la vida, en nuestra vida. La Ontología moderna (la Ciencia jurídica que estudia los Valores en el Derecho) ha sustituido la antigua concepción de un ser unitario construido sobre un tipo único y particular de los datos de nuestra experiencia, por una concepción «pluralista» del ser, en armonía con la enorme multiplicación de datos y sectores de nuestra experiencia y vivencia.

La Ontología moderna es una parte de la Filosofía que, yendo tras la experiencia, se preocupa de determinar por vía inductiva la estructura ontológica de todas las esferas, capas y regiones de lo real. Hay «categorías regionales» en el ser y en el pensamiento, en función unas de otras y con una raíz común en el seno de la realidad.

Las regiones fundamentales del ser son las del ser sensible y el ser no sensible: al primero pertenecen las regiones del mundo inorgánico, del mundo orgánico y

del mundo psíquico, tradicionalmente interpretado como «naturaleza»; al no ser pertenecen los objetos y las leyes lógicas (objetos ideales) y los valores (éticos, estéticos, religiosos). Entre ese ser sensible y el no sensible está el Espíritu Objetivo (llamado por Hegel) a ese mundo a la realidad social pertenece el Derecho; se le arrojó al Derecho al mundo no-sensible, pero modernamente no ocurre esto, pues si lo ha hecho se construye una teoría pura del Derecho, como «geometría del fenómeno jurídico», y es que ha dado como indiscutible el concepto positivista de la ciencia, según el cual no hay más que de «hechos», o mejor, del enlace legal-causal de los hechos⁵.

E. HUSSERL señala que la experiencia es algo necesario para ser Ciencia y ello implica la presencia de cuatro elementos:

- Signo: de una experiencia jurídica serán las palabras de la ley.
- Significación: el sentido del signo de lo que las palabras significan.
- Objeto: significación de la norma.
- Intuición: en una norma no es posible, pues es un objeto ideal.
- Otra doctrina es la Egológica del Derecho, sustentada por COSSIO. Es una especie —dice LEGAZ— de Existencialismo jurídico que afirma que la libertad es lo fundamental en el ser del hombre, esa libertad se materializa en la conducta, que es el dato primero del Derecho. De ahí decir egología de «Ego», se hace referencia al yo como conducta viva. El signo son las palabras de la ley; la significación es el sentido de la norma jurídica; el objeto la conducta humana y la intuición es posible porque la conducta humana es real, existencial, temporal. El objeto de la ciencia no son las normas, sino la conducta humana. El Derecho no consiste en normas, sino en conductas. Las normas sólo son el instrumento conceptual del conocimiento jurídico. Se identifica la norma con el significante y el objeto regulado por la norma con el significado. Se dice que la norma es conocimiento, pero la conducta se convierte en el objeto de la ciencia.

La norma, se dice que no es Derecho, es un objeto de la Lógica del Derecho: la norma es lógica (proposición con entidad lógica formulada en una proposición normativa cuya estructura sólo puede ser estudiada con procedimientos lógicos). Para LEGAZ el Derecho pertenece al mundo cultural-espiritual histórico bajo el modo de ser de una forma de vida social. Ha de ubicarse el Derecho —establece LEGAZ— en el ámbito Ontológico de la conducta humana, de la vida humana en dimensión de Socialidad. A esta vida le pertenece no sólo ser conocida a través de normas, sino el tener ella misma un carácter normativo. La vida social entraña el

⁵ Bech, J. M. De Husserl a Heidegger: la transformación del pensamiento fenomenológico, Barcelona: Universitat de Barcelona, 2001, pp. 35 y ss.

Derecho como pautas del comportamiento, tiene la estructura normativa, aunque no sólo es igual a grupos normativos. El «ser norma» es cualidad esencial del Derecho. Ese Deber ser es un conjunto de significantes de Justicia su conocimiento pertenece a la Ciencia Jurídica que no sólo conoce, sino que valora las conductas efectivas⁶.

Los sistemas Normativos son sólo un elemento de una realidad más amplia y compleja, en la que entran realidades socialmente estructuradas y sistemas ideológicos y valorativos.

Esa realidad es lo que se puede llamar Experiencia jurídica, que es el verdadero objeto de la Ciencia jurídica, desde dos puntos de vista: filosóficamente y dogmáticamente.

Es posible de esa experiencia la intuición sensible bajo una reflexión conceptual o con una reflexión filosófica.

Esta dimensión ontológica es formal, porque se trata de «cualquier» Derecho. Pero la Filosofía del Derecho no puede quedarse en ese terreno formal: su misión es señalar el punto de vista exacto sobre la justicia o establecer los criterios válidos para una valoración objetivamente preferible, por más progresiva, a otra. El objeto de la Ciencia jurídica implica acaloración, el Derecho —dice LEGAZ— es valoración, pero la Ciencia jurídica, la dogmática y la lógica no tendría que valorar esa valoración que el derecho es. La Lógica no es una disciplina valorante. Su tarea es de índole meramente conceptual y no es estimativa, el derecho puede ser más objeto de la lógica del corazón que de la lógica del derecho; pero la lógica del derecho no es toda la Ciencia jurídica y el jurista tiene que crear Derecho. La Ciencia jurídica —dice BIONDI— la Jurisprudencia de las Justicias. El método para esa creación debe existir, pero no puede confundir lo jurídico con lo moral y lo político, aunque esto interesa al jurista, el jurista está obligando a la legislación y la reforma del derecho positivo. GOLDSCHMIDT ha indicado que bajo el imperio del positivismo se ha olvidado la misión más noble del Jurista en la legislación, el jurista es alguien que participa de una cosmovisión que, sin duda, Filosófica. La Filosofía persigue el ideal de la Justicia, la elaboración de la política del Derecho, es la misión urgente que tienen los juristas. No existen opiniones pacíficas así GUASP, que indica que la Ciencia Jurídica debe renunciar a toda pretensión valorativa, consiste en una sistematización de las formas de lo jurídicamente posible.

RECASENS SICHES sostiene que el jurista también tiene la misión de orientar las futuras leyes o reglamentos nuevos, criticando las normas vigentes y las tiene que «conocer» como protagonista no como espectador. De este modo se pierde

⁶ Cossio, C. La teoría egológica del Derecho y el concepto de libertad. Madrid; ed. Losada, 1944, pp. 25...

la rigidez de la barrera divisoria entre la Ciencia y la Filosofía del Derecho y el vínculo entre el papel de la dogmática se fortalece. La Filosofía y la Ciencia versan sobre la misma realidad que llamamos Derecho, pero contemplado desde perspectivas diversas, pero el saber filosófico no puede reputarse como un saber previo a la Ciencia, así como el saber científico no puede vivir de espaldas al filosófico. La Filosofía retoma en los planos generales que le son propios los problemas que afloran de la descripción científica del derecho. El saber científico incorpora criterios de la Filosofía y, sobre todo, tiende a producir vibraciones filosóficas.

Lección 3

DEBATE FILOSÓFICO EN EUROPA

I. EL DEBATE EN TORNO A LA NATURALEZA Y LA TEMÁTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO ITALIANO CONTEMPORÁNEO

1. *Icilio Vanni (1855-1903)*

Puede ser considerado como positivista, en el sentido del positivismo filosófico. Se califica un positivismo crítico. Entiende que la Filosofía tiene tres campos de investigación tras haber fijado los tres géneros de problemas de que se ocupa: problemas relativos al saber, al ser y al obrar¹.

Saber: el objeto de la Filosofía es la ciencia jurídica, a la que correspondería la «investigación crítica». Dirigida a determinar los conceptos utilizados por la ciencia jurídica.

- Ser: el objeto de la Filosofía es el Derecho en su evolución al que le correspondería una investigación sintética fenomenológica.
- Obrar: el objeto es el Derecho tal y como debiera ser idealmente, investigación deontológica.
- La investigación crítica se resuelve en una función metodológica.

La indagación fenomenológica resulta ser una investigación de carácter sociológico, la única de las tres a la que se atribuye esa condición.

- El Derecho es un fenómeno que se produce en la sociedad tras un dilatado proceso de formación histórica, asume en cada momento y lugar una modalidad; el conjunto de esas transformaciones constituye lo que se conoce como fenomenología del Derecho y es el objeto de las ciencias jurídicas particulares.
- Finalmente, la indagación deontológica o valorativa asumirá una tarea práctica, proponiéndose determinar cuáles son los fines de la acción humana en la sociedad, con lo que se le atribuye una significación política (ya que la determinación de los fines de la acción humana en la sociedad no deja de tener implicaciones políticas).

¹ Rodríguez Pérez, M.A. «El tridimensionalismo jurídico y protección de datos personales a su tratamiento automatizado» en Revista Saberes, de estudios jurídicos, económicos y sociales, volumen I, año 2003.

- Es la investigación ética o deontológica, además de conocer la realidad, debe ser valorada. Se concibió como la Filosofía constructiva de un orden y Derecho racional; pero se ha superado ello, y se ha caído en la cuenta de que el Derecho es un dato de estudio y no un hecho que nos propongamos construir científicamente. La filosofía del Derecho es la ciencia que al mismo tiempo que integra las ciencias jurídicas en la unidad de sus principios más generales, incluye el Derecho en el orden universal, en relación al cual explica su formación histórica en la sociedad humana e indaga, desde el punto de vista ético, sus exigencias racionales.

Obra: *La filosofía y las escuela*, 1888. *Lezioni di filosofia del diritto*, 1920.

Filosofía morale e sociale, 1882.

2. *Del Vecchio (1878-1970)*

Puede ser considerado como neokantiano. Dentro de la Filosofía del Derecho distingue tres formas de investigación: La investigación Lógica, la investigación fenomenológica, y la deontológica.

- Investigación Lógica: posibilidad o no de determinar el concepto del Derecho. Se pregunta si es posible definir el Derecho; y cómo se establecerá esa distinción. Considera que el concepto universal del Derecho es anterior lógicamente a los fenómenos jurídicos empíricos. El concepto de Derecho para este autor es la «forma» lógica a priori de la experiencia jurídica. El Derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento.
- Investigación fenomenológica: entiende que se configura entre la Historia del Derecho y la Sociología jurídica. Se basa en el desarrollo histórico del Derecho. El Derecho como fenómeno en todos los pueblos y tiempos; es un producto necesario de la naturaleza humana.
- Investigación deontológica: estudio de la Justicia. La justicia constituye la «idea del Derecho»; lo que el Derecho debiera ser, frente aquello que es; se contrapone una verdad ideal frente a una realidad empírica.

La Filosofía del Derecho comprende la disciplina que «define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón».

Obra: *Lezioni di filosofia del diritto*, 1965.

3. *Bobbio (+2004)*

Pretendió acercarse a Kelsen al neoempirismo. Es difícil incardinar a Bobbio en un grupo de investigación (positivista? Neoempirista?) realmente un autor de los más importantes del siglo XXI. En sus primeros escritos se acercó a la fenomenología, «*Scienza e tecnica del diritto*» y «*L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*».

La Filosofía queda dividida en tres partes:

- Teoría General del Derecho
- Teoría de la Justicia
- Teoría de la ciencia jurídica.

La Teoría del Derecho tiene como objeto fundamental la determinación del concepto, y debe ser una teoría del Derecho entendido como Ordenamiento, esto es un conjunto de normas. Cinco partes distingue:

1. Composición del Ordenamiento jurídico.
2. Formación del Ordenamiento jurídico.
3. Postulado de la plenitud del Ordenamiento jurídico.
4. Cohesión y coherencia del Ordenamiento jurídico.
5. Relaciones entre Ordenamientos jurídicos diferentes.

La Teoría general del Derecho niega el carácter filosófico a la teoría general del Derecho, a la que atribuye el carácter de ciencia. Bobbio la identifica con la teoría de la justicia. Se habla de una fenomenología de la justicia, dentro de la cual se entiende que el término justicia al conjunto de valores, bienes o intereses, para cuyo incremento o protección recurren los hombres a esa técnica de convivencia que convencionalmente se denomina Derecho. Hay una segunda comprensión analítica de los juicios de valor, metodología que asigna el Derecho Natural². La teoría de la justicia cubre el área correspondiente al ámbito deontológico de la Filosofía del Derecho, destacándose tres momentos: El fenomenológico, el analítico, y el ideológico o deontológico en sentido estricto.

Para terminar, Bobbio analiza el papel de la teoría de la ciencia jurídica a la que atribuye el estudio de los esquemas intelectuales o procedimientos empleados por los juristas para depurar, interpretar, integrar, y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico: Bobbio es un pensador más allá del Derecho, es un filósofo universal.

² Bobbio, N. *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis, 1994, pp. 185 y ss.

En resumen, se dice que los ámbitos de la Filosofía del Derecho:

- a) Teoría del Derecho (ámbito ontológico).
- b) Teoría de la justicia (ámbito deontológico).
- c) Teoría de la ciencia jurídica (ámbito metodológico), excluyéndose a la Sociología del Derecho.

II. LAS CONCEPCIONES A PROPÓSITO DE LA FILOSOFÍA GENERAL DE L. WITTGENSTEIN (1889-1951), M. SCHLICK (1882-1936) Y R. CARNAP (1891-1970)

1. *Wittgenstein*

Para este autor el objeto de la Filosofía jurídica es la aclaración lógica del pensamiento en su «Tractatus lógico-philosophicus» (1921). La Filosofía debe esclarecer y delimitar con precisión los pensamientos; toda la Filosofía del Derecho es crítica del Lenguaje. (Se ampliará en el neoempirismo)³.

2. *Schlick*

La Filosofía es análisis lógico y no ciencia que produzca sus propias proposiciones, sino actividad mediante la cual se aclara o determina el sentido de los enunciados de las ciencias. Las ciencias consideran la verdad de los enunciados, la Filosofía se ocupa de lo que los enunciados significan. Su famoso artículo «El viraje de la Filosofía», 1930 es su aportación más original.

3. *Carnap*

En su obra «Sintaxis lógica del lenguaje» (1934), establece una doble distinción que impregna su obra:

- Problemas objetivos: los que se plantean con respecto a los objetos del campo en cuestión, a sus propiedades y relaciones.
- Problemas lógicos: se refieren a las proposiciones, términos y teorías que atañen a los objetos dados: sí en zoología serían las proposiciones de ese sa-

³ Pattaro, E. «Neoempirismo y realismo» en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 75, pp. 735-762.

ber como ciencia, conexiones entre las mismas, definiciones lógicas, teorías e hipótesis.

Por esta diferenciación, el autor obtiene una serie de conclusiones:

- a) En muchas filosofías se encuentran problemas objetivos que hacen referencia a objetos ficticios, que resultan ser pseudoproposiciones, valores, metafísica, suscitan sentimientos y voliciones en quienes los escuchan.
- b) En la Filosofía hallamos problemas objetivos que se refieren a objetos de otras ciencias empíricas: humanidad, lenguaje, el espacio, tiempo...
- c) La filosofía puede y debe ocuparse sólo de problemas lógicos, la filosofía es Lógica de la ciencia, los problemas de la metafísica son pseudoproblemas, y es ilusorio contestar sobre los objetos desde la propia metafísica.
- d) La filosofía conserva una función terapéutica, de liberación de dudas, adivinanzas, perplejidades, y confusiones lingüísticas que de la misma nacen; el instrumento de la liberación ya no sólo es la Lógica, sino una consideración del uso efectivo de las expresiones lingüísticas y de sus objetivos.
- e) La deontología no es parte de la Filosofía del Derecho, pues porque trabaja con juicios de valor, ni ante juicios de hecho ni de ambos.

Por ello, para Carnap la Filosofía del Derecho comprende:

1. El estudio de la ciencia jurídica, conceptos por ella empleados, metodología, una lógica de la ciencia jurídica.
2. El estudio lógico-analítico de los juicios de valor, en una lógica de las concepciones de la justicia, y en su metodología⁴.

III. LA APORTACIÓN DE LA CORRIENTE NEOEMPIRISTA

Resulta usual distinguir, dentro del empirismo, entre Neopositivismo lógico y Filosofía Analítica.

- El Neopositivismo lógico considera de la incumbencia de la filosofía del análisis del lenguaje científico, es decir, el lenguaje de cada una de las Ciencias, indica PATTARO. La filosofía se identificará con la lógica de las ciencias, y determina las condiciones generales y formales que hacen posible un lenguaje.

⁴ Carnap, R. *Logical syntax of language*, 1937, reprinted 2001, Park Square, Milton Park, Abingdon.

- La Filosofía analítica, entiende que lo que está propiamente a cargo de la Filosofía es el análisis del lenguaje común. Se trata de analizar no el lenguaje ideal de la Lógica sino los diferentes «juegos» del lenguaje que encontramos en el lenguaje común.

El neopositivismo Lógico en sentido estricto, que se desarrolla entre 1920-40, encontró su expresión inicial en el «Círculo de Viena»(Schlick, Carnap...) extendiéndose hasta «grupo de Berlín» (Reinchenbach, Hempel, Von Mises...) y el grupo de Lwow Varsovia (Lukasiewicz, Tarski...)

El Neopositivismo lógico atribuye a la Filosofía la aclaración de los conceptos y métodos científicos mediante el análisis del lenguaje de la ciencia, excluyendo de su propia consideración a los discursos no verificables empíricamente o no tautológicos (no lógicos), pues los considera privados de significado.

Pero tropieza con dos obstáculos esta corriente:

1. Niega el carácter científico a los tratados de Derecho, Moral, a la Sociología del derecho, desde su posición científica.
2. No sólo se deben analizar los discursos significantes, sino los no significantes al menos a los efectos de aclararnos la falta de significación y para comprender su utilidad.

Pero el neoempirismo evolucionó de sus rígidos esquemas fundacionales.

En EEUU, tras la diáspora de los autores tras el desastre de la segunda contienda mundial, entró en una cultura con el obrar práctico del hombre; y de las disciplinas que le afectan. Se enriqueció y se abrió el campo de los lenguajes no científicos como tema propio de su quehacer filosófico y la revisión de sus postulados originales, como el de que el significado empírico de las oraciones individuales aisladas pueda decidirse mediante el criterio de verificabilidad.

Tomó contacto con la filosofía pragmática que también analizaba el lenguaje, James, Dewey, Lewis, o del lenguaje conductista (como el estudio de Lewis, «Signs, Language and behaviour», 1946); o del lenguaje moral estudiado por Stevenson («Ethics and language», 1944). El neoempirismo se desarrolla en Inglaterra y con la evolución del pensamiento del último Wittgenstein, permaneciendo su interés por el lenguaje, en su obra «Las investigaciones filosóficas» se acentúa esta inquietud. La nueva filosofía analítica se asienta en torno a la Universidad de Oxford, incluso surge el «grupo de Oxford» (Ryle, Austin, Urmsom...) se les llama «lingüistas», esta corriente ha producido obras sobre la moral y el Derecho como «The language of morals», 1952, de Hare, o «The concept of love», 1961 de Hart. La obra de Wittgenstein tiene su sucesión en Von Wright y Wisdom. Wright es el iniciador de la lógica deóntica contemporánea, en la que se propone un estudio de lógico-formal de los conceptos normativos, en una lógica de las normas para aclarar los enigmas que produce la defectuosa utilización de la lógica; Wisdom

se centra más en las proposiciones filosóficas y las complejidades del lenguaje. En este repaso somero habría que tratar de la «escuela escandinava» (Hagerstrom, Lundstedt, Olivecrona, Ross...) a los cuales sobre todo Hagerstrom, se le puede calificar de «neoempirista» al hablar de los conceptos vacíos de la metafísica, en otros lenguajes, religioso, moral o jurídico, y la crítica a la que somete términos como «deber jurídico», «obligación», «facultad», demostrando la poca referencia de estos términos en el mundo empírico.

Lección 4

PUNTO DE VISTA FORMAL: EL MÉTODO TRIDIMENSIONALIDAD EN EL ESTUDIO DEL DERECHO

Son múltiples las teorías que ponen de relieve la naturaleza «tridimensional» de la experiencia jurídica, diferenciando en ella, tres elementos, «factores», «momentos» (la diversidad de los términos denota las diferencias de concepción), pero lo cierto es que esos tres elementos son el Hecho, la Norma, Valor, estudiada y algunos dicen que creada formalmente como teoría por el profesor Reale («Teoría tridimensional del Derecho». Madrid: Tecnos, 1997, trad.A Mateos).

La experiencia jurídica posee una significación compleja y problemática que no consiente fáciles y artificiosas simplificaciones. El término «Derecho» —indica Pérez Luño— suele aludir a las conductas dirigidas a crear, aplicar, o cumplir esas normas; al resultado de esa actividad formalizada en un conjunto de normas o reglas sociales de comportamiento; así como unos valores para la convivencia que inspiran u orientan un Sistema jurídico. Se puede definir al Derecho como «conjunto de acciones sociales creadoras “de” o reguladas “por” normas, que deben establecer un orden justo en un determinado contexto histórico» (Pérez-Luño). Existe una cuarta dimensión que señalan varios autores cual es la dimensión cronológica o del tiempo¹.

El Derecho posee una incuestionable significación social, normativa y axiológica. Estas tres dimensiones están implicadas entre sí. Las tentativas doctrinales que quieren borrar esa índole social y axiológica y sólo potencian el factor sistemático y jurídico están llamadas al fracaso. En cualquier experiencia jurídica (la muerte de una persona atropellada por un automóvil, por ejemplo) tenemos reflejadas estas tres dimensiones. Por ello estamos ante una concepción clásica del Derecho. Contó con seguidores en todos los países de nuestro entorno. Así, en Alemania, fue fuerte el contraste entre los iusnaturalistas empeñados en la fundamentación de los valores, y los positivistas, defensores a ultranza de los valores desde la experiencia histórica.

LASK y RADBRUCH fueron seguidores de esta perspectiva del Derecho. En Italia tampoco pasó desapercibida esta teoría, así, desde VANNI y DEL VECCHIO. Así BOBBIO a raíz de este «tridimensionalismo genérico» realizó una triple dimensión distinguiendo:

¹ Otero Parga, M. *Valores constitucionales: introducción a la Filosofía del Derecho, axiología jurídica*. Santiago de Compostela: Universidad, Servicios de Publicaciones, 1999, pp. 90 y ss.

1. Filosofía del Derecho: estudiaría la Metodología y la Teoría de la Justicia.
2. Sociología del Derecho: indagaría los medios que han de ser empleados para alcanzar mejor los fines.
3. Teoría General del Derecho: estudiaría la forma a que deben atenerse los medios para alcanzar los fines.

BOBBIO enfoca la experiencia jurídica, según los prismas de fin, medio y forma.

PASINI cual distingue o actualiza de la siguiente forma:

- a) Realidad jurídica en un momento condicionante (Hecho).
- b) Momento teleológico o funcional (Valor).
- c) Momento normativo o estructural (Norma).

En España, la teoría tridimensional tuvo gran acogida. Ese «perspectivismo tricotómico», que indica REALE, fue seguido por LEGAZ LACAMBRA, GARCÍA MÁYNEZ, COSSIO, RECASENS.

Así Recasens entiende que las tres dimensiones indicadas van indisolublemente unidas entre sí en las relaciones de implicación esencial. El Derecho no es un valor puro, ni es forma con ciertas características especiales, ni es simple hecho social; es Derecho «una obra humana social (hecho) de forma normativa destinada a la realización de valores».

En Portugal, es Cabral de MONCADA quien añade algo a la teoría indicando que:

- a) La costumbre es el hecho de la conducta humana.
- b) La norma legal es el pensamiento del deber ser definido por el Legislador.
- c) La Jurisprudencia tiene como fin la realización de los valores.

I. LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Orden jurídico y Sistema jurídico

Se habla —dice el profesor VERNENGO— de órdenes jurídicos positivos o globales, como de órdenes jurídicos parciales. Y también se habla de Orden jurídico internacional.

Un orden jurídico positivo es «un conjunto de Normas». En H. KELSEN el Derecho en su esencia es una técnica normativa, y un sistema de normas. Hacen falta para todo análisis, establecer los elementos del Sistema. Pero esta idea en sí misma es banal —al decir del profesor VERNENGO— pues un conjunto de nor-

mas puede ser formado con cualquier criterio (las que se refieren a la autoridad). Un Orden jurídico positivo podría ser un conjunto de normas dotadas de alguna característica común relevante: las normas del Sistema contarían con fundamentos de validez comunes, o relacionados entre sí, cree KELSEN. Cuál es el criterio seguido para saber si una norma pertenece a un cierto sistema jurídico positivo es la clave para despejar.

- * Un criterio sencillo —dice VERNENGO— es que si aceptamos que un individuo cuenta con la autoridad suprema EN EL GRUPO, aceptaremos en consecuencia que todas las directivas que establezca son normas obligatorias para los demás miembros del grupo.
- * Ciertas normas forman un conjunto delimitable en la medida en que han sido creadas por un mismo sujeto autorizado. La forma de la creación es el criterio de individualización de las normas.
- * Una norma de Orden está bien regulada en su modo de creación, será válida, en el grupo, es la norma que ha sido creada y formulada por la persona a la que se ha otorgado autoridad suprema, y mediante los procedimientos que la comunidad se otorgue a sí misma.

Un Orden jurídico es un conjunto de enunciados (normas jurídicas) relacionados entre sí de alguna manera específica. Según TARSKY, el Sistema está formado por el conjunto formado por un número finito de enunciados y sus consecuencias².

II. ORDENAMIENTO JURÍDICO: CONCEPTO

El sistema normativo no está constituido por enunciados declarativos, verdaderos o falsos, sino por enunciados modales normativos, por normas. Estas, no son verdaderas o falsas. Son modalmente obligatorias, permitidas, prohibidas o facultativas. Se puede pensar que el sistema es un conjunto de normas que rigen las actividades de un grupo o de una sociedad constituya un orden normativo sistemático. En la tradición cultural, la Jurisprudencia, como conocimiento científico del Derecho, pretende ser asimilada en algunos aspectos a los conocimientos de una ciencia axiomatizada.

Es característico proceder dogmáticamente a partir de demostraciones, inferencias, etc... de ciertas premisas aceptadas como válidas sin necesidad de prueba: del material normativo creado por el legislador histórico. La Ciencia del Derecho encara las normas positivas dadas como axiomas o dogmas, intentando clasifi-

² Vernengo, R. La interpretación litera de la ley. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, pp. 30 y ss.

carlas, sistematizarlas, ordenarlas conforme a criterios controlables. De ahí que pretenda eliminar las contradicciones en que pueda haber incurrido el legislador, y se sistematiza la elaboración de ese material normativo amorfo.

La Sistemática a que aspira el conocimiento jurídico permitía prever —dice VERNENGO— cuáles sean las futuras normas que los órganos de creación y aplicación puedan crear, en cuanto las mismas tendrán que ser derivaciones racionales de normas anteriores conocidas: en sus conceptos, instituciones, ramas del Derecho...elementos del Sistema.

Normalmente, se hace increíble que una autoridad, o el legislador histórico, puedan haber establecido normas incompatibles, puesto que ello significaría tanto como no regular es forma alguna la conducta del grupo.

La afirmación de que un Sistema está teñido de Coherencia rara vez es llamada en estos casos a demostración formal. Es vista la coherencia como requisito para que un sistema de prescripciones pueda cumplir su *función motivadora*.

No está dicho ni probado —dice VERNENGO— que un Sistema jurídico (o moral) necesita ser elaborado Sistemáticamente para cumplir una mayor función de CONTROL SOCIAL, como indicaba Pound³.

El hecho de que una misma autoridad no puede dictar normas incoherentes entre sí, no es un hecho de carácter indiscutido (la idea se ha sostenido en sistemas de carácter religioso o basados en esas ideas).

Se puede considerar algo acerca de la completitud o Exhaustividad de los sistemas morales y jurídico positivos: entonces no existiría acción que no estuviera deónticamente prevista por el Derecho Positivo. En el fondo, late la idea metafísica de un poder supremo capaz de regular toda la vida humana, o si se quiere, todo el Orden del universo: si la divinidad es vista como autoridad todopoderosa, sería contradictorio con esa tesis que existan aspectos del comportamiento humano que escapen a la regulación divina.

Dicha ideología —dice VERNENGO— se refleja en el Derecho Positivo en políticas como la de la Codificación que pretende abarcar todo lo regulable en ciertos sectores sociales: el ideal utópico de la Exhaustividad.

Otra pretensión es que el sistema sea racional, sobre todo en el sistema occidental. Existe, por lo tanto, en el plano precientífico, la tendencia a postular una suerte de axiomatización de los sistemas de normas morales y jurídicas que obedezcan a una unidad sistemática.

³ Pound, R. Jurisprudence. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2000, pp. Sociological Jurisprudence, pp. 289 y ss.

III. LOS PRECURSORES DEL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO

1. *Kelsen*

Siempre ha existido en la Dogmática una idea de sistema, orden... desde Ihering, Windscheid, Savigny... pero hay que fijarse en los antecedentes más modernos. Entre ellos KELSEN, para este autor, el Sistema está exclusivamente compuesto por un conjunto de normas jurídicas y una supuesta norma fundamental que le asegura de su unidad y validez. Establece la identidad entre el Sistema jurídico y la colectividad jurídica en dicho orden (en el caso de Ordenamientos relativamente centralizados, el Estado), el Sistema jurídico puede asimismo ser presentado como un conjunto de órganos creadores del Derecho.

Las relaciones entre los elementos del Sistema jurídico

Se trata de garantizar la articulación de las normas, a este respecto, KELSEN va aquí a distinguir dos principios de unidad en su Sistema: un principio estático y uno dinámico. Por el primero las normas derivan las unas de las otras en virtud de un procedimiento deductivo: como lo particular se deduce de lo general, así de la norma superior se deduce el contenido de la norma inferior. En cambio, los sistemas jurídicos responden, generalmente, a un principio de estructuración dinámica: contentándose la norma fundamental con habilitar a la autoridad suprema del Sistema para crear derecho. Una consecuencia negativa de esto, es que cualquier «contenido puede ser derecho» y la relación entre los elementos es de naturaleza puramente formal, y la positiva, que el derecho presenta la característica esencial de «regular su propia creación y aplicación»: en esto, precisamente, radica su carácter sistemático.

KELSEN posee un sistema en forma lineal y jerárquica: lo superior siempre fundamenta o habilita lo inferior. Las normas de un orden jurídico, no forman un conjunto de normas en vigor apiladas unas junto a las otras, sino una pirámide o jerarquía de normas que se superponen o subordinan entre sí. En su sistema la articulación de las normas entre los órganos no descansan en alguna observación o empírica o comodidad práctica: responden verdaderamente a postulados de la teoría del conocimiento. Para el pensamiento kelseniano la norma fundamental es la que habilita a la autoridad suprema a crear el derecho, es la garante de la efectividad de estos postulados, en tanto en cuanto confiere al conjunto de normas a la par la unidad, la no contradicción y el fundamento de validez. Cada acto de aplicación de una norma superior es al tiempo, parcialmente, creación de derecho nuevo, ya que la norma inferior no es pura y simplemente «deducida» de la precedente. La norma superior es más bien como un marco abierto a diversas posibilidades de indeterminación, todas igualmente regulares desde la

perspectiva del conocimiento jurídico, compitiendo al intérprete, en función de un acto de voluntad que se inspira en consideraciones extra-jurídicas, la elección de una de ellas. Por lo que el juez y el administrador no están, por lo que a esto concierne, en situación esencialmente diversa a la que tiene el legislador cuando en conformidad con la Constitución desarrolla una norma general. Respecto a las relaciones del Sistema jurídico y Moral, en este pensamiento, de una separación entre el derecho y la moral, que si bien no impide la evaluación desde una u otra moral del contenido del derecho, implica, al menos, el hecho de que la validez de los ordenamientos jurídicos positivos sea independiente de su conformidad con un sistema moral. Los sistemas jurídicos y los morales no derivan de la misma norma fundamental, por lo que en el caso de que se surjan conflictos entre las prescripciones de ambos órdenes se deberá optar por dar válido tan sólo la validez de uno de los dos órdenes normativos⁴.

KELSEN en esa autonomía de los órdenes jurídicos sólo concibe más que dos clases de relaciones posibles entre los órdenes jurídicos: o de independencia e incluso indiferencia o de integración. KELSEN indica que todo orden jurídico, para ser tal, es soberano exclusivo y único, la relación con un orden internacional es dificultosa. Por lo que concierne a la problemática de la evolución de los sistemas jurídicos, hay que indicar que la concepción dinámica de la creación del sistema permite pensar en un proceso permanente de realización, mientras que, por otro, el principio de efectividad nos sirve para dar cuenta de las mutaciones radicales de origen revolucionario. La norma fundamental será modificada cuando triunfa una revolución y autoridades no habilitadas por la antigua constitución, esa modificación tiene en su origen en que la nueva constitución delegue en lo sucesivo en una autoridad jurídica en los órganos que son efectivamente obedecidos.

2. Hart como precursor en el concepto de Sistema

El concepto de Sistema jurídico ocupa un lugar central en su análisis jurídico. Las normas en sí mismas no son objeto único de estudio en su sistema jurídico. Por lo que concierne a los componentes, el concepto de regla, prima sobre el de institución, orden, principio o valor. Dice que las reglas primarias en un sistema, imponen derechos y obligaciones, mientras que las secundarias conferirían poderes; las reglas primarias se refieren a la conducta, mientras que las secundarias lo harían a otras reglas; por último, las reglas primarias atenderían a acciones físicas en tanto que las secundarias lo harían a la creación de deberes y obligaciones, es decir, a los actos jurídicos. El primer criterio de distinción es el más débil, pues

⁴ Kelsen, H. Pure Theory of Law. University: University of California Press, Berkeley, los Angeles, London, 1967 (trad de Max Knight), pp. 30 y ss.

muchas reglas secundarias citadas por el propio HART no parece que confieran exclusivamente poderes, por cuanto también imponen obligaciones, e incluso, en ciertos no sólo no confieren poderes, sino que tampoco imponen obligaciones. En cambio, los otros dos criterios parecen ser conciliables y proporcionar un distingo más satisfactorio. En efecto, si se admite, con KELSEN, que los actos jurídicos, a diferencia de los actos materiales, constituyen un acto creador de normas jurídicas, es decir, de derechos y obligaciones, en el sentido en que los juristas los comprenderemos, de hecho, coincidir ampliamente a ambos criterios, pues la regla relativa a un acto jurídico concierne necesariamente verdadero, en la medida, particularmente en que podemos sostener que normas como la costumbre o el principio general del derecho, no tienen, necesariamente, en los actos jurídicos, su fuente, en el estricto sentido del término. Para que, por tanto, sea posible definir a la regla secundaria como aquella que se refiere a otras reglas, incluyendo al acto jurídico por el cual dicha regla ha sido eventualmente creada; por el contrario, regla primaria sería la referida a la conducta, sin entender por esta los actos materiales, es decir los actos no creadores de efectos jurídicos⁵.

Las relaciones entre elementos

Se dice, por parte de la doctrina, que la relación entre las normas primarias y secundarias sería la de normas-objeto frente a las meta-normas. HART distingue las clasificaciones de las normas secundarias, primero describe las condiciones sociales particulares que permiten concebir la existencia de una comunidad viviendo bajo el exclusivo imperio de normas primarias (vínculos de parentesco, creencias, sentimientos comunes, entorno estable) saca a la luz los defectos, que en su opinión, sin duda alguna tendría un régimen semejante en condiciones sociales diferentes. La incertidumbre a la hora de identificar las reglas, el carácter estático de las mismas, y la ineficacia de la presión social difusa para garantizar el mantenimiento de las reglas; las reglas secundarias constituyen el resultado para resolver estos defectos. La complementariedad de esas tres perspectivas, es lo que constituye la noción sistema, la unión de las reglas primarias y secundarias constituye el núcleo de un sistema jurídico.

HART, rechaza la tesis iusnaturalista según la cual la validez de las normas jurídicas exigiría su conformidad con ciertos principios morales, lo que, en cierto modo, supondría la pérdida de toda autonomía del derecho frente a la moral. Pero, asimismo, recusa la tesis positivista según la cual, «cualquiera puede ser el contenido del derecho», lo que, por el contrario, supondría la autonomía total del

⁵ Hart, H,L,A. *The Concept of Law*. Oxford: University Press (third Edition), 1961, 1994, 2012... pp. 185-200 *Laws and Morals*...

derecho a la moral, y la total irrelevancia, por tanto, de la moral para el derecho. HART a medio camino de posiciones extremas, va a invocar dos tipos de estrecha relación entre los dos sistemas normativos. El primer vínculo consiste en una relación que él llama de «necesidad natural» de asignar a las reglas jurídicas un mínimo contenido moral y la realización del mínimo proyecto de conservación que atendiendo a lo que son y a su entorno forman los hombres al asociarse. Se llama esta primera zona de solapamiento entre el derecho y la moral, el contenido mínimo de derecho natural, una condición de eficaz funcionamiento de un sistema jurídico, pero no que sea esencial para su existencia. El segundo vínculo es la llamada auxiliariadad entre el derecho y la moral, la idea fundamental de que la estabilidad de un sistema jurídico no se funda únicamente en la estricta obediencia por parte de los ciudadanos de las reglas, sino que se exige igualmente que su aceptación sea voluntaria. Respecto a la evolución de los sistemas jurídicos, HART dice que se adscribe a la idea de la realización progresiva del sistema jurídico, introduciéndose reglas secundarias en cada momento evolutivo, HART concibe los sistemas jurídicos como sistemas plenamente dinámico, pues comprenden reglas de cambio que aseguran esa función social. Para que un sistema evolucione se deben cumplir dos requisitos: de una parte, que las reglas de conducta válidas según los criterios últimos de validez del sistema sean generalmente obedecidas, y de otra, que los agentes del sistema efectivamente admitan sus reglas secundarias, si falla alguno de ellos, se da una patología o inestabilidad específica, que, en caso de ser extremada, con emergencia debe obligar al legislador a definir las bases de un sistema jurídico⁶.

IV. PROBLEMAS QUE RESUELVE LA CONSIDERACIÓN DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La noción de Ordenamiento es necesaria para el desarrollo de la disciplina de la Teoría del Derecho. El Derecho no es un simple agregado de normas colocadas unas al lado de las otras, sino que es un conjunto de normas colocadas frente o con otros elementos: principios, valores, ramas del Derecho, conceptos jurídicos...

Los primeros en llamar la atención sobre esta realidad del Ordenamiento jurídico fueron los partidarios de la teoría del Derecho como institución, en particular, SANTI ROMANO en 1917, publicó su obra titulada «El Ordenamiento jurídico» que constituye un clásico sobre esta concepción del Derecho y sus bon-

⁶ Hart, H, The Concept ob. cit. pp. 238-272, acerca The nature of Legal Theory, The Natural of Legal Positivism...

dades. Los partidarios de la teoría institucional tenían frente a sí a los partidarios de la teoría normativa del Derecho. HAURIUO en Francia fue otro gran creador de la teoría institucionalista del Ordenamiento. Para HAURIUO la institución es el grupo social que tiene una idea y la regula organizándose en el poder. SANTI-ROMANO cree que hay una perfecta unidad entre el concepto de institución y el del Ordenamiento jurídico⁷.

Los elementos del Ordenamiento para este autor son:

- a) La sociedad en la que se manifiesta el fenómeno jurídico y destinatario del Derecho.
- b) El orden social, reguladas las relaciones intersubjetivas que sean el fin del Derecho.
- c) La Organización, que sea el medio o instrumento del Derecho como Ordenamiento. El ordenamiento jurídico se identifica con la institución entendiendo por tal un ente o cuerpo social organizado; el Ordenamiento es la organización social y es anterior a las normas que surgirán con éxito. Se identifica el derecho como cuerpo social.

La concepción del Ordenamiento jurídico indica LOMBARDI tiene unos beneficios:

- a) Conjunto de normas inspiradas en unas ideas directrices o principios.
- b) Organiza el cuerpo social en cuanto a su función⁸.

Desde tres perspectivas la noción sistemática de Ordenamiento puede cumplir la función metodológica de servir de instrumento de análisis jurídico, indica CONTE:

- A) Mediante la idea del Ordenamiento jurídico como sistema se puede explicar a existencia del Derecho, por ejemplo, para el institucionalismo el derecho existe en tanto existe el Ordenamiento jurídico y el Ordenamiento en tanto que existen instituciones.
- B) Mediante esta idea se puede comprender qué es el Derecho.

Para el normativismo el Derecho se define en términos no de ordenamiento, sino de normas; no es que un ordenamiento sea jurídico por el hecho de ser un conjunto de normas, sino que, al contrario, las normas son jurídicas por el hecho de formar parte del Ordenamiento jurídico.

⁷ Fotia, M. «L'istituzionalizamismo in Santi Romano el diritto e política» en *Diritto e società*, núm. 14, 2011, pp. 135-174.

⁸ García Amado, J.A. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 302 sobre el voluntarismo y teorías de Lombardi.

C) Permite conocer lo que es Derecho.

Para el normativismo mediante esta idea se puede definir la idea de validez jurídica: la validez de una norma deriva, en el contexto del Ordenamiento jurídico al que pertenece, y conforme al principio de Legalidad, de la validez de otra superior y así hasta la fundamental.

Lección 5

LA PERSPECTIVA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

La relación es la vida del Derecho. El Derecho es forma de vida social y por eso, no sólo «regula» relaciones sino que él mismo es un complejo de relaciones jurídicas y en este sentido el concepto de relación jurídica es uno de los conceptos «puros» que son dados con la misma idea de Derecho, indica LEGAZ LACAMBRA. Es un concepto prejurídico el de relación: hasta tal punto que sin relación, como tal idea, no existiría el Derecho. Kelsen hace del Derecho una relación meramente jurídica, como realidad única, y elimina, como perteneciente a la sociología, lo que hace referencia a los contenidos. En el plano idealista —señala LEGAZ— también aparece como central la idea de relación. Desde Platón y en el interés teológico de la edad media por llegar a una concepción analógica de las personas divinas como relaciones subsistentes. Todos los seres están totalmente vinculados entre sí para formar un orden único, un orden ontológico que es una unidad relativa de participación en virtud de una relación de dependencia de Dios. La realidad no se resuelve en mera solución sin dimensiones entitativas consistentes, sino que la esencia de la realidad incluye la respectividad y no puede darse ni constituirse sin ella. Para Santo Tomás como ya para el estagirita (Aristóteles) la relación tiene un ser debilísimo e imperfectísimo y es, fundamentalmente un ser de razón, radica en la inteligencia, pero no realidad extramental. AMOR RUIBAL ha señalado la transcendentalidad de la relación el considerar la relación como propiedad transcendental a todo ser, o sea, no como una mera conveniencia de notas abstractas, sino como conveniencia de elementos reales que viven en un sistema de correlación. Lo real no es un universo de sustancias a las que advienen extrínsecamente relaciones, sino una unidad de sistema y un sistema (o una estructura) es un conjunto de elementos que dependen recíprocamente unos de otros hasta formar un todo organizado —dice LEGAZ—¹. Ese correlacionismo es lo que llama Amor Ruibal relatividad que es la base de las leyes de la física, en el orden zoológico, en el orden de las ideas... XAVIER ZUBIRI habla en la metafísica de la idea de «respectividad», toda cosa es constitutivamente, respectiva de las demás las notas de una cosa están vertidas «en las demás» el mundo es la respectividad estructural de las cosas y toda unidad sólo existe en sus notas en cuanto respectivas, y esa respectividad es lo único que tiene prioridad sobre cada una de las notas respectivas. El devenir, el llegar algo a ser realidad: es llegando primero a la realidad ajena de los demás. Sólo Dios es por sí mismo, extramundano, por eso está allende del ser, es irrespectivo.

¹ Villoro Toranzo, M. Las relaciones jurídicas. México: editorial de México, 1976, p. 74 y ss.

I. RELACIÓN Y DERECHO

En la relación se configura el Derecho como realidad, indica LEGAZ. La persona existe conviviendo con los demás y la relación de la vida de la persona, esta idea se completa y perfecciona la de que el derecho existe primordialmente como libertad. La idea de libertad no sólo define la Derecho sino a las otras formas de actividad espiritual... el Derecho es libertad para dar configuración concreta a las relaciones en que necesariamente transcurre la vida social de la persona y es libertad de la persona que transcurre en forma de relación. El Derecho es relación cuyas formas concretas son obra de la libertad cauces y posibilidades para la libertad. La realidad del Derecho consiste en la relación. De la multitud de relaciones jurídicas que se dan en la vida se pueden abstraer los elementos y las normas jurídicas que las regulan. El conjunto de normas jurídicas que regula un tipo de relación jurídica (p.e compraventa...) es la institución jurídica².

II. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Se podría definir y así lo hace LEGAZ la relación jurídica: «Un vínculo entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia o sanción».

Se dan los siguientes elementos:

- La norma
- La persona
- El hecho condicionante
- La correlatividad de situaciones jurídicas
- La prestación
- La sanción

Es una relación entre sujetos que lo son de derecho, no existe relación jurídica en los vínculos entre las personas por razón de amor, amistad, pertenecen a la vida personal, ni tampoco es relación jurídica la que se establece entre el hombre y los seres inferiores, nunca existe esa relación con un ser «infrapersonal» el hombre está obligado a cumplir deberes morales con esos seres inferiores, pero no desde una perspectiva jurídica. Sólo es posible entre personas en sentido jurídico, entre

² Legaz Lacambra, L. Filosofía del ...ob. cit. pp. 680-692.

sujetos de derecho, jamás entre persona y objeto, la relación —dice Legaz— requiere paridad y esta sólo puede darse entre seres que poseen la misma dignidad fundamental, no entre un ser con dignidad de persona u otro que sólo posee una utilidad o un precio. No quiere ello decir que una relación con un objeto no tenga consecuencias jurídicas y afectivas (un terreno, una mascota...) Se da en una relación un hecho condicionante o supuesto de hecho. Surge con relación a algo, de un acaecimiento natural, o de un acto de la voluntad. El hecho condicionante, el supuesto de hecho, es, pues, o un verdadero Hecho jurídico o un acto jurídico es decir, jurídicamente relevante. Un hecho jurídico engendra una relación jurídica cuando hay un cambio de situaciones jurídicas.

Otras veces la relación jurídica surge de un acto voluntario lícito o ilícito, pero jurídicamente relevante y el derecho concede al acto lícito una eficacia, unos efectos jurídicos que concuerdan con el sentido objetivo del acto, y producirá los efectos «queridos», el Derecho reconoce dicho acto como una condición a la cual se vinculan determinadas consecuencias consistentes en el nacimiento de nuevas situaciones que concuerdan con el sentido del acto.

Se da siempre en la relación jurídica —dice Sánchez de la Torre— como elemento de la misma una correlatividad de situaciones de facultad y deber. Se dice Mendizábal que se produce un incremento en las facultades de una persona. Ulpiano decía que todo derecho consiste o en adquirir o en conservar o en disminuir. Quien tiene a su favor un derecho o facultad es más rico jurídicamente hablando, que la parte contraria, la cual se desprende de una parte de su haber jurídico en beneficio ajeno. Son las situaciones jurídicas dadas por la correlatividad, en toda relación existe una interferencia la cual ha de consistir en ese peculiar vínculo que procede de un hecho y que es la condición de las concretas situaciones de derecho y deber: algo que se da en la relación crediticia, en la relación familiar, entre los pertenecientes de una organización en general.

Tiene lugar entre sujetos de derecho, y el hombre nunca es objeto, las cosas sólo entran como objeto de una relación a través de un hacer humano.

Como garantía de la prestación radica la sanción, al sujeto pasivo puede promover la parte contraria mediante una determinada manifestación de voluntad, reconocida como acto condicionante jurídico.

III. LA RELACIÓN JURÍDICA EN SAVIGNY

Cada relación, dice Savigny, de derecho nos aparece como relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña. En consecuencia tiene dos elementos: Primero, una materia dada, la relación misma

(elemento material); segundo, la idea de derecho que regula esa relación elemento plástico que ennoblece el derecho y lo impone al Derecho —dice Legaz—.

Reconoce Savigny que no todas las relaciones de hombre a hombre entran, sin embargo, en el dominio del Derecho, ni pueden ser todas susceptibles de determinarse por reglas jurídicas, y así hay enteramente dominadas por normas del derecho, como la propiedad, otras que sólo lo están en parte, como el matrimonio, y otras que quedan por completo al margen de las mismas, como la amistad. No existe relación jurídica sin norma de derecho, otra parte de la Doctrina habla de «Principio de Derecho», así también el Derecho no tiene existencia en forma de norma escrita y particularmente de ley; pero naturalmente el Derecho existe siempre como norma, la cual puede revestir diversas formas técnicas. Las normas son creadoras de la relación jurídica, definen el ámbito de la subjetividad, la eficacia que se concede al hecho, el contenido de las prestaciones... La relación jurídica no es una relación meramente conceptual, como hace la posición normativista en su formulación extrema, la relación no es entre los individuos y las normas, sino una relación existencial entre individuos que, según las normas, sino una relación existencial entre individuos que, según las normas, son sujetos de derecho. Esta concepción se aparta de la concepción normativista que viene de la teoría de Kelsen y sobre todo de SCHREIER, que ajustó la teoría pura de KELSEN a la relación jurídica, eliminará de la relación jurídica toda «relación social» de la relación jurídica, tiene que moverse en el campo inmanente de la realidad jurídica, que está constituida pura y exclusivamente por normas de Derecho. SCHREIER formula la «ley de la causalidad Jurídica» expresada en que toda consecuencia jurídica implica un supuesto de hecho; toda variación en éste, implica una variación de las consecuencias jurídicas, lo que significa que la validez del derecho es condicionada y que la índole de la consecuencia depende de la condición. No es suficiente equiparar norma jurídica y relación jurídica, cada relación no está encerrada en los límites de una única norma.

En conclusión, para nuestro estudio actual diremos que la relación jurídica es una relación entre personas, tal como la entendió SAVIGNY, y en la Doctrina española también se sostiene Castro, Castán, Albaladejo, Lacruz, Diez-Picazo y Gullón, García Valdecasas... los sujetos de la relación jurídica son siempre personas, sujetos de derecho. La relación jurídica entre persona-cosa (constitutivas de los derechos reales) no significa que la relación sea persona-cosa, sino que la persona, único sujeto de la relación, tiene un poder sobre un objeto que es la cosa, pero en contra se manifestaron IHERING, ENNECCERUS, VON THUR Y DE BUEN sostuvieron que sí cabe una relación jurídica entre persona y cosa³.

³ Giorgi, R. Ciencia del Derecho. Ciencia del Derecho y Legitimación. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 40.

IV. ESTRUCTURA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Brevemente, se puede indicar que la relación jurídica tiene un esquema más simple distinguiendo entre sujetos: que son los sujetos de derecho, los sujetos activos los que tienen derecho y pasivos los que tienen deberes y han de cumplir determinada prestación. En cada sujeto de una relación jurídica confluyen derechos y deberes. Objeto de la relación jurídica: es la materia social sobre la que recae la relación jurídica (contrato, relación de derecho real, matrimonio...) y Contenido: es el conjunto de derechos y deberes único o múltiple que comprende la relación jurídica, simple que se da entre el titular del derecho y el titular del deber correlativo; la relación compleja se compone de una pluralidad de derechos y deberes que es tratada por la ley como una unidad.

V. PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Para establecer una Teoría sociológica de la relación jurídica se debe dar cuenta estricta de todos los elementos que le sea posible abarcar y organizar internamente, así como de su posición recíproca, respecto a la cual se debe eliminar cualquier ambigüedad, indica SÁNCHEZ DE LA TORRE.

La posición formalista o dogmática supone una insuficiencia a la relación jurídica, la posición contractualista no explica los términos de una relación jurídica debida a hechos jurídicos no consistentes en declaraciones de voluntad.

Los elementos de cada relación jurídica, desde los más genéricos a los más específicos, son por ello, según SÁNCHEZ DE LA TORRE, en su «Sociología del Derecho»:

1. El ámbito de comunicación jurídica que es la colectividad en que una relación se produce, para cuya actualización es posibilidad general previa. Comunicación es a relación concreta, como posibilidad es a acto.
2. El Estado que formaliza la colectividad presidiendo su Ordenamiento jurídico, el cual puede tomar alguna particularización, bien al ser parte de una relación, bien al ser órgano ejecutor de algún poder concreto.
3. Los individuos, grupos individualizados, o sumas de individuos, bien directamente relacionados en un contrato, bien cuando son sujetos de meras expectativas de derechos en cuanto que están integrados en una colectividad común.
4. Las conexiones e intereses o de prestaciones entre los sujetos de relación, que han de reflejar cierta equivalencia o igualación en las relaciones de Derecho privado; y al menos reciprocidad, aunque no contengan aquella equivalencia, en las relaciones de Derecho Público.

5. Las conexiones de intereses de diversas expectativas pertenecientes a los diversos elementos relacionados, aunque no sean los directamente relacionados, pero sí los terceros que pueden ser afectados por esa relación jurídica.
6. Las conexiones de diversas funciones públicas que el Estado o alguno de sus poderes tiene para el control jurídico de que es responsable en la colectividad por él presidida⁴.

1. El elemento causal de la relación jurídica

Para que se dé entrada a la relación jurídica, al menos bilateral, de dos sujetos o de uno, pero con transcendencia jurídica, es necesario que se pongan en marcha los elementos de las instituciones. Indica LARENZ que es elemento causal de la relación jurídica como nexo jurídico que une entre sí a sujetos de derecho. Este vínculo se presenta por parte de los sujetos de derecho, como «derecho» y, por parte del otro como un deber o una vinculación jurídica. Dice LARENZ que se designa a la relación jurídica como un nexo jurídico entre dos personas. El término nexo indica que toda relación jurídica significa una vinculación de uno o varios participantes o de todos los demás, en relación con el único titular la vinculación es primariamente de tipo normativo; fácticamente se traduce, por lo general, en que el vinculado (esto es el obligado) ha de contar con inconvenientes si actúa en contra de su vinculación. Dado que la relación jurídica es un vínculo normativo y que pertenece al plano ontológico de lo jurídicamente válido, es inexacto designarla como una relación vital, determinada por el derecho. La relación jurídica es —como indica LARENZ— es el nexo jurídico entre personas en cuanto sujetos de Derecho, cuyos elementos esenciales son los derechos y obligaciones o vinculaciones jurídicas correspondientes a aquellos, tienen un principio y un fin, las relaciones jurídicas no existen, ciertamente, en el espacio, pero sí en el tiempo, para la existencia de una relación jurídica —dice LARENZ— esta con que pueda ser conocida en todo tiempo; es conocida como válida como determinante, ahora bien una relación jurídica de Derecho privado contiene siempre —indica LARENZ— como uno de sus elementos fundamentales, al menos un derecho subjetivo, puede contener una pluralidad de derechos, obligaciones y de vínculos jurídicos, que se hallan entre sí en una determinada conexión. Todas las relaciones jurídicas son análogas en su estructura a la RELACIÓN DE RESPETO MUTUO —que denomina LARENZ— la relación jurídica fundamental, es la relación de respeto mutuo que cada puede exigir uno a cualquier otra persona y que asimismo puede exigir de los demás. Es la base de toda convivencia en una comunidad

⁴ Sierckman, J. «La Sociología del Derecho en la formación jurídica» en la Revista Academia, número 12, 2008, pp. 117-131.

jurídica y de toda relación jurídica en particular⁵. El origen del vínculo —indica O'Callaghan— es siempre un hecho jurídico, es decir, un hecho con efectos jurídicos, en el que interviene la voluntad del hombre (como un contrato, por ejemplo) o no en los hechos jurídicos naturales (los casos de accesión natural, por ejemplo).

2. *Los hechos jurídicos*

Se denomina hecho jurídico —indica ALBALADEJO— el suceso (o falta del mismo, es decir, que ese hecho no suceda, por ejemplo, que el Sr.X no muera si fue nombrado heredero) al que el Derecho atribuye efectos. ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET hablan de hecho jurídico como «todo suceso que da lugar a que se produzcan consecuencias jurídicas». Nos gusta el análisis multidisciplinar del hecho jurídico, porque en la vida así se presenta también.

Son hechos jurídicos simples los formados por un elemento (suceso u omisión), como la muerte de una persona. Son hechos jurídicos complejos, los que contienen varios elementos que son considerados en su conexión (formando una unidad organizada), por ejemplo, el contrato que exige al menos dos elementos: las dos declaraciones de voluntad de una y otra parte.

* Por su contenido, distingue ALBALADEJO, los hechos jurídicos se diferencian en positivos y negativos: positivo el que consiste en un acontecimiento; negativo, el que consiste en la falta de un determinado acontecimiento, en una omisión (así, no pagar).

* La más importante de las clasificaciones de los hechos jurídicos es la que los distingue en naturales (que dependen de acontecimientos extraños a la propia voluntad humana, como son la «avulsio» o «la insula in flumine nata», acontecimientos de fenómenos de carácter natural) y voluntarios a éstos los llama ALBALADEJO, hechos voluntarios o actos jurídicos en sentido estricto⁶.

3. *Los actos jurídicos en sentido estricto*

Interesa sólo examinar la bipartición de los mismos en:

- 1) Actos lícitos o ilícitos;
- 2) Actos libres y debidos;
- 3) Actos jurídicos en sentido estricto

⁵ Larenz, K. Metodología de la ciencia del Derecho. Madrid: Ariel, 1994, pp. 45 y ss... un gran tratado de Teoría del Derecho, globalizado, y que está en conexión en todas sus ramas.

⁶ Por ser Teoría del Derecho o Filosofía del Derecho, se cita a los autores interdisciplinares Larsen, C. Principios de Derecho Civil. Madrid: Trivium, 1992, pp. 87 y ss.

4) Actos de declaraciones de voluntad

El acto lícito, es el conforme a Derecho. Este lo consiente —o lo ordena si es una acto debido— y le atribuye efectos. El acto ilícito es contrario a Derecho y al Ordenamiento jurídico. Este, el Derecho, lo prohíbe, pero lo ha de soportar si de facto se produce y también le atribuye efectos aunque en este caso punitivos y represivos y en otros casos preventivos. Ejemplos son una compraventa y un robo.

Los actos jurídicos son libres o debidos, los debidos se realizan en cumplimiento de un deber jurídico. P.e, pagar una deuda. Los libres, la ley no les obliga a realizarlos, como testar, realizar una donación o celebrar un contrato de compraventa.

Los hechos jurídicos voluntarios los divide ALBALADEJO en actos jurídicos en sentido estricto y declaraciones de la voluntad, según que el efecto jurídico se produzca ex lege o ex voluntate.

Es acto jurídico en sentido estricto, el que encerrando —corno todo acto jurídico— una conducta humana, produce los efectos jurídicos porque el Derecho se los atribuye aparte de que el agente los adquiera: se habla de efectos ex lege. P.e. si se descuida un depósito que se confía a una persona, tendrá el obligado que indemnizar el perjuicio que se produzca, o en general, si culpablemente causas un daño a otro, debes reparar ese daño.

Es declaración de voluntad, el acto jurídico —dice ALBALADEJO— en el cual la conducta que el agente observa con la mira de que se produzca el efecto, o sea, persiguiendo éste, que es producido por la realización del acto, pero producido, precisamente por que el agente lo quiso. Se declara que se dé un efecto, y el Derecho hace que tenga lugar porque ha sido querido. Luego es relevante el propósito del agente, y la ley, al determinar las consecuencias del acto, le asigna éstas o aquéllas en cuanto, según se deduce la declaración, son queridas. Se habla entonces de efecto ex voluntate: p.e. si A instituye heredero a B-o sea, declara su voluntad de que B le herede b será llamado a la herencia. Son las ideas certeras de AIBALADEJO, para acercar esta teoría general del Derecho al Derecho real y no científico⁷.

Corno resumen, se puede indicar, que los efectos de todo acto jurídico los produce el acto; pero en el acto jurídico en sentido estricto se basa en la realización de éste, y en el caso de la declaración de voluntad se basa en el propósito del agente. Allí hay efecto por que se hizo (el acto). Aquí porque se quiso (el efecto).

El querer de que se trata no tiene que ser un querer los efectos corno jurídicos; basta que el sujeto, aun lego en Derecho, persiga un fin práctico (así en el ej. A quiere que sus bienes sean para B cuando él muera). A ese querer, el Derecho lo

⁷ Albaladejo, M. El Hecho jurídico. Universidad de Oviedo: Servicio de Publicaciones, 1945, pp. 23 y ss.

reviste de eficacia jurídica. Los más importantes actos jurídicos son las declaraciones que, por sí solas o con otros elementos, forman los negocios jurídicos.

Dentro de esos actos jurídicos de declaración de voluntad, se encuentran los llamados constitutivos (= los que conforman un determinado negocio jurídico y crea ese efecto jurídico, como es la dación del precio en la compraventa), los modificativos, que son las declaraciones de voluntad que introducen en un determinado negocio jurídico variaciones sobre uno (el negocio jurídico) ya realizado (p.e. la transformación de un testamento ya dictado). Y los llamados extintivos, actos jurídicos que ponen final a un determinado negocio jurídico a una relación Jurídica, como es la renuncia a un determinado derecho que se posee o los que implican una finalización de un determinado negocio jurídico, como puede ser la rescisión de un contrato (poner fin a ese contrato porque no se cumple una determinada prestación, el pago del precio, por parte de alguno de los contratantes).

Lección 6

LA PERSPECTIVA DE LA NORMA JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO

Siguiendo al profesor HERVADA, es necesario ver que la norma ha sido objeto del jurista, entendiéndose por norma los preceptos que regulan la vida social y ese es el gran elemento del Ordenamiento, se quiera o no, sigue siendo el preponderante. Sin entrar en lo que significa la norma en general, el terna ius-filosófico más importante se encuentra en ver el sentido de la relación entre la norma y Lo Justo. Históricamente, esta relación está clara. En Roma, las leyes recibían el nombre de Derecho, Derecho entendido como Derecho Objetivo.

El origen de las leyes y su estudio, se encuentra en el «arte de las leyes», arte es —según HERVADA— es un saber hacer, el arte en este caso, de saber hacer las leyes. El jurista tiene un papel a desempeñar en la redacción de las leyes que hacen los políticos, el jurista hace frecuentemente propuestas de «iure condendo», aunque su papel no pasa de ser auxiliar. El jurista interpreta las leyes para su correcta aplicación. La ley es una regla que significa lo mismo que la Norma. La ley es la medida de lo justo. La ley regula el Derecho y la correlativa deuda, señalan qué cosas pertenecen a cada uno, su derecho, y su deber, cuándo se debe pagar una deuda...etc...

La interpretación de la ley por el jurista es una parte importante de su arte, en cuanto lleva al conocimiento de lo justo legal, que es la adecuación de la vida social a sus reglas propias, o sea de las normas y de las leyes.

I. CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA

Lo justo tiene una regla, esta regla el nombre de «Regla de Derecho» o «Norma jurídica». El jurista no es legislador. En caso de conflicto entre la Ley y la Justicia, el verdadero jurista se inclina por la Justicia y no por la ley. No se debe confundir la norma con el Derecho: la norma recibe el nombre de Derecho, es la «regla de Derecho»; jurídico hace referencia a lo justo, al ius. Donde no hay relación de justicia legal —distributiva o conmutativa— no hay norma jurídica. Las normas jurídicas se han estudiado de otras formas, como indica HERVADA, así en el orden social: normas que son ordenaciones de los comportamientos humanos hacia los fines de la sociedad, o como delimitación de esferas de libertad, o como «ingeniería social». Toda regulación de las relaciones sociales, toda resolución de conflictos, ha de estar presidida por un criterio supremo —el bien común— de la

sociedad humana, decía Santo Tomás que la ley era «una ordenación racional de las conductas humanas en función del bien común». Esta perspectiva es propia de la Filosofía política, es —como dice HERVADA— una contemplación de la convivencia humana en función de su desenvolvimiento correcto. No es la perspectiva jurídica (si por jurídica se entiende la del arte del Derecho del Derecho de lo justo) la norma es función del Ius o de Derecho. Las leyes pueden tener muy diversa índole: normas técnicas, de organización, de fomento de actividad, etc... todas ellas son jurídicas, dan origen a un deber de justicia legal.

Dice HERVADA, que son «Normas jurídicas» las que se refieren a conductas justas, esto es, a conductas que son debidas —obligatorias— porque constituyen un deber de justicia conmutativa, de justicia distributiva o de justicia legal, una norma es jurídica, cuando la conducta que prescribe constituye una deuda justa. Toda norma jurídica es una «proposición obligatoria» prescribe conductas que constituyen un deber de justicia; vincula al destinatario de la norma, encauzando su conducta. No resulta lo mismo decir que es imperativa. Norma porque es regla de conducta; y jurídica porque obliga con deber de justicia. Son normas jurídicas las leyes que dimanen del poder Público, pero pueden ser también normas jurídicas las reglas o cláusulas derivadas de los pactos internacionales, de los negocios jurídicos y del consentimiento del pueblo (costumbre normativa). En consecuencia —dice HERVADA— «norma jurídica es toda regla de conducta cuyo cumplimiento sea una obligación de justicia, una deuda justa, tanto si procede de la autoridad social, como si proviene de la capacidad de compromiso de las personas, del consentimiento del pueblo o de la naturaleza humana». Independientemente de las teorías sobre su naturaleza (teoría imperativista, del juicio hipotético, de la proposición normativa y las eclécticas¹...

Así que podemos definir la norma jurídica, como aquella proposición normativa que, dotada de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica, que contendrá obligatoriedad o no, pero en todo caso nace para ser aplicada por los órganos judiciales y administrativos en un sistema democrático.

II. NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA JURÍDICA

Toda norma se caracteriza por unos caracteres: unas notas reales (validez, bilateralidad, protección institucionalizada) y una serie de notas ideales (eficacia y legitimidad), según SORIANO².

¹ Hervada, J. Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho. Pamplona: Eunsa, 2000, pp. 30 y ss.

² Soriano, R. Compendio de Teoría General del Derecho. Madrid: Ariel, 1986, pp. 120 y ss.

- * Para que una norma posea validez —indica SORIANO— debe cumplir tres requisitos: a) que sea promulgada por los órganos que indique y los procedimientos que prevea la norma jurídica máxima; b) plena vigencia de que no haya sido derogada ni expresa ni tácitamente; c) ausencia de conflictos con otras normas superiores.
- * Bilateralidad, la norma jurídica es, al menos, la relación de dos sujetos. La norma moral es autónoma, no depende de que exista más de un sujeto. La Norma jurídica es heterónoma, procede de una instancia extraña a la voluntad del sujeto; pero cuanto menos heterónoma sea, porque proceda de la voluntad popular, será más autónoma, cuanto más democrática sea, dice SORIANO.
- * Protección institucionalizada, es el Estado el que garantiza su cumplimiento con una coercibilidad institucionalizada, y el Ordenamiento es el que prevé los órganos que la ejecutan y en una concepción plural de la norma, se debe entender que es la propia norma la que hará que esa coercibilidad sea más o menos acentuada.
- * Legitimidad: en términos vulgares una norma es legítima, si se produce una coincidencia entre lo que quiere la norma y lo que quiere la sociedad. La legitimidad de la norma se refiere a la concordancia entre el contenido prescriptivo de la norma y los valores predominantes de la sociedad a la que se aplica.
- * Eficacia: una norma es una pauta de conducta y se promulga para cumplir una finalidad social, indica SORIANO. No tiene sentido una norma que no sirva para nada. Las causas de que una norma no tenga eficacia es que caiga en el desuso: por ser arcaica, por no obedecer a las circunstancias sociales y económicas, cuando no es válida formal y materialmente.

III. TEORÍAS DE LA NORMA Y EL ORDENAMIENTO

1. *Teoría imperativa o imperativista de la norma*

En términos generales —dice LEGAZ— imperatividad del Derecho, significa la «condición de éste de que el contenido de sus disposiciones constituya algo impuesto a los hombres a quienes afecta, y con el que éstos tienen que contar independientemente del asentimiento que éstos puedan prestarle». Las normas constituyen una imposición de un poder de mando en una sociedad determinada. Se distingue entre imperativo, como sustantivo y adjetivo.

- * Imperativo sustantivo: acto de una voluntad que en forma de orden o mandato patentiza la de otra voluntad.

- * Imperativo adjetivo: el «sentido» de ciertos actos cuya consistencia está independizada de la voluntad.

Imperar es un efecto conocido desde antiguo en la historia jurídica (Modestino, Suárez) se habla de ley imperativa, pero también de «todo» el Derecho como imperativo.

La razón filosófica de la imperatividad es que hay un VALOR que «debe ser realizado en una conducta». La conducta humana tiene siempre un sentido «axiológico» (siempre tiene en sí un valor) como «un deber ser Imperativo» que no posee la norma moral. El Derecho estatal es el más importante sociológicamente y dentro de él, el que aparece fundado en la expresión directa de una voluntad en uso de su «imperium» (en Roma sólo la poseían ciertos funcionarios) o como poder de mando en general, así lo entendía el Derecho romano. Un imperativo es, por de pronto, un mandato: pero una autorización o una permisión, que no es un mandato, posee, sin embargo, «Imperatividad». Va unido el imperativismo del Derecho a la concepción «voluntarista», A.DE CASTRO dijo que sin voluntad de obligar no existe ley y ésta es la del legislador de un acto de la voluntad justa y recta³.

En la Escuela del Derecho natural Racionalista y en otros autores (HOBBS) representó un matiz diferente, PUFFENDORF consideró la ley como una «impositio» de un superior. El imperativismo moderno es la consecuencia del voluntarismo. La ley ahora no es obra de un superior, sino de toda la comunidad política y de los representantes que la deciden. La legislación, desde ROUSSEAU, es auto-legislación, pues es la voluntad que crea el Derecho (la de la comunidad) la misma que está sometida a él. No existe una voluntad colectiva a nivel psicológico, y se sustituye una «voluntad del Estado», es una construcción normativa. KELSEN criticó con dureza la imperatividad. En su concepción, la norma se concibe como juicio hipotético que establece como «debida» una cierta conducta y vincula al hecho de producirse ésta una consecuencia «debida». KELSEN concibe el acto intelectual creador de la norma como reducción a una forma intelectual de lo que la voluntad ha determinado como exigible, pero no es la materia creada por la voluntad. KELSEN distinguió entre la norma/regla de Derecho⁴.

- * Normas jurídicas: son creadas en el cauce del proceso jurídico, por individuos constituidos en calidad de autoridad jurídica competente.

³ Legaz Lacambra, L. Filosofía del ...ob. cit. pp. 137 y ss.

⁴ Kelsen, H., & Vázquez, E. (1969). *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Centro Editor de América Latina. También sobre normas y reglas de Derecho Alexy, R. El concepto y la validez del Derecho. Barcelona: Gedisa, ed, 2013, pp. 159-174, sobre la distinción entre reglas y principios y su influencia en la razón práctica, para Alexy el Derecho trabaja con lo posible, lo práctico y lo más racional siempre.

- * Reglas de Derecho: es realizada por el jurista para captar el fenómeno jurídico intelectualmente.

Las Normas, reglamentan la conducta de los súbditos, imponiendo obligaciones y confiriendo derechos, pero un derecho conferido también se puede imponer imperativamente al tercero que no lo respeta, las normas son justas o injustas; las reglas de Derecho son sólo verdaderas o falsas. Las normas dependen de los actos de la voluntad. Las reglas de Derecho son juicios que describen su objeto (los de las normas). En toda norma —indica KELSEN— existe el «instar» y el «exigir» y ése es el carácter imperativo. La imperatividad, es aquella característica del Derecho por la cual éste consta de preceptos y precisamente de preceptos que poseen características de lo social, o sea, la impersonalidad: valen para todos los hombres. Las normas jurídicas no son simples y puros mandatos en el Estado Democrático, pero el Derecho es una «forma de vida social», y ontológicamente, no está vinculado al Estado y su carácter no deriva de que proceda de una voluntad estatal. La raíz de la imperatividad de la norma está, pues, por de pronto, en la estructura de la misma vida social, esa peculiar dimensión impersonalizada y genérica de la intersubjetividad por la que la vida humana es susceptible y está necesitada de regirse por preceptos con la característica de lo social, tiene una raíz eminentemente sociológico-jurídica.

IV. EL DERECHO DE LA PROPOSICIÓN NORMATIVA

Cabe distinguir entre la norma como precepto social y la estructura de la norma lógica de la proposición. La estructura es la misma —dice LEGAZ— cuando la norma «anticipa» conceptualmente la realidad de la norma dotada ya de validez jurídica, pero «aún no» plenamente incorporada a las formas del vivir social, o si simplemente, «reproduce», lo que ya posee efectividad en la vida social. Se distingue entre: las proposiciones proclamativas (= las formuladas por la vía legislativa) y las «declarativas» (= las proposiciones en que se expresaría el Derecho consuetudinario).

La distinción que se hace entre norma y proposición normativa está en la línea que la formulada por CASTRO coincide con la que GEIGER en norma «subsistente» y «proposición normativa».

Por el Derecho como proposición normativa conocemos con precisión y certeza el ámbito exacto de lo que se debe o puede jurídicamente hacer, sin incurrir en una consecuencia jurídica desfavorable, pues en ellas están perfectamente definidos los tipos de hechos condicionantes o supuestos de hecho o supuestos de hecho a la que se vinculan las consecuencias, y así sabemos a qué atenemos con precisión para asegurar, nuestros intereses sociales y, en definitiva, nuestra dignidad de personas, en términos de licitud o ilicitud jurídica.

Lo que se haga valdrá para bien o para mal jurídicamente.

El deber ser vincula el hecho y la consecuencia no puede ser sino un deber ser lógico. Pero la proposición normativa es axiológicamente aséptica, aún cuando representa la conceptualización de una realidad que está llena de valoraciones. La norma de por sí valora las conductas deseables y por eso, «insta», a la omisión de las que rechaza su castigo. La conducta objeto de la norma no es la conducta viviente en cuanto que por necesidad lógica ha caído bajo una valoración u otra, sino la conducta debida, es decir, un esquema de conducta al que debe ajustarse la conducta efectiva: conducta proyectada en futuro y no conducta actual en lo que tiene de actual.

La proposición normativa, como estructura, es concepto; pero la norma es un precepto. KELSEN de nuevo, representó la proposición normativa: «dado A debe ser B», la que formuló así:

- A-----B

El supuesto de hecho (A) puede ser un hecho (H) natural o de conducta (C) y libre (CL) u obligado (CO) la cual se configura como cumplidora de la prestación (P) o como no realizadora de ésta (no-P); la consecuencia jurídica (B) puede ser desfavorable, de convalidación o validación del Hecho (V) o una sanción por incumplimiento (s):

- A (H, CL, P)-----B(V)
- A (NO-P)-----B(S)

Es decir, un hecho jurídicamente relevante, una conducta jurídicamente permitida o la prestación de una conducta obligada, debe ser una consecuencia jurídica de convalidación de los efectos queridos del acto o implicados en el sentido jurídico del hecho; y, al contrario, dada la no prestación de una conducta obligatoria, debe ser una consecuencia jurídica desfavorable, esto es, sanción civil o penal⁵.

COSSIO distingue en toda proposición normativa:

- la «perinorma»---- parte de la norma que establece el deber de
- la «endonorma»---- que contiene directamente el deber de realizar aquella conducta cuya omisión o contravención constituye el supuesto para la sanción.

Dice el profesor SÁNCHEZ DE LA TORRE que la estructura lógica de la proposición es una descripción: si acontece un hecho jurídico inicial, deberá cumplirse alguna prestación en presencia de la colectividad sancionante; y/o en caso de incumplimiento se producirán ciertos efectos subsidiarios a cargo de un órgano jurídico de la colectividad.

⁵ Sánchez de la Torre, A. «La estructura lógica de la proposición normativa» en Revista de Derecho Privado, enero 1971, p. 5 y ss.

Se dice que dada la condición de un hecho jurídico inicial debe ser la prestación correspondiente a la validación de la conducta, según el asentimiento colectivo, pero en caso de incumplimiento se producirá un hecho jurídico renovadamente planteado a consecuencia del cual se producirá una prestación subsidiaria de cuya declaración e imposición se encargará un órgano jurídico del Estado en que se organiza la colectividad. Esta estructura patentiza y señala la existencia y señala la existencia de un triple precepto de cumplir:

- La Prestación debida en cierta situación (precepto dirigido al súbdito).
- De convalidar los efectos de la conducta lícita (y, eso ipso, de rechazar su impedimento o negación).
- De sancionar la conducta transgresora de la obligación (preceptos dirigidos a los órganos jurídicos).

V. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. *Normas generales y normas particulares*

El Derecho y sus normas regulan la conducta humana; Toda norma jurídica establece como debida una determinada conducta humana, y anuda una consecuencia jurídica también «debida». Cuando la norma contiene una regulación de tipo general, es decir, cuando vincula de un modo general e hipotético el hecho a las consecuencias jurídicas y establece de modo genérico también los respectivos derechos y deberes, entonces se llama general. Cuando por el contrario, la vinculación de hecho y consecuencia se ciñe a un caso individualizado y la atribución de derechos y deberes recíprocos se individualiza a un caso concreto, entonces se llama a esa norma particular o individual.

La existencia de la norma particular es discutida por la doctrina. Así SUÁREZ definía la norma como un «precepto común», y la generalidad para él era esencial en la norma. La justicia exige —según LEGAZ— el examen de lo individual. Las proposiciones normativas son el esquema que encuadra los distintos casos de la vida, y no es posible un esquema para cada caso, por lo que hay que reducir los grupos de casos afines a «tipos», a cada uno de los cuales —es decir, a cada serie típica o generalidad de las cosas— corresponde una norma específica. Además dice LEGAZ, contra la existencia de las normas individuales que la vida social representa una dimensión impersonal de la vida humana, y sólo en la norma general el hombre es abstracto impersonal y genérico⁶.

⁶ Legaz Lacambra, L. Filosofía del...ob. cit. pp. 189 en adelante.

A esa observación, añade LEGAZ que el Ordenamiento tiene respuestas: así una sentencia es un acto social, porque es obra de un hombre en cuanto que posee la dimensión social de «juez», el cual tiene ante sí la norma general e impersonal de la ley penal, civil o administrativa. La sentencia tiene un objeto individualizado: no hay que olvidar el sentido impersonalizado de toda norma social, la cual consiste en una disciplina de la vida personal, y, por consiguiente, afecta sus comportamientos más individualizados. Existe pues, la posibilidad de normas particulares o individuales. La norma individual es la individualización de la norma general.

Las normas generales, por excelencia, son en primer lugar, las normas constitucionales. En segundo lugar, las específicamente llamadas «leyes» y, por último, los Reglamentos y Decretos y las órdenes, en cuanto que contengan una regulación de carácter general: esta gradación de las normas generales corresponde a una gradación de la generalidad de su contenido.

Normas individuales, en cambio, son las que se dictan para un caso concreto. Los particulares que celebran un contrato por el cual quedan recíprocamente obligados, la administración que resuelve, en uso de sus facultades, un caso singular, el juez que dicta una sentencia, son otros tantos creadores de normas individuales. El contrato es norma; de antiguo se afirma que el contrato es ley para las partes; lo cual significa que su contenido normativo posee un valor autárquico, que se eleva y se independiza de las voluntades que le han dado nacimiento; es pues, una auténtica norma individual, pues se ciñe a un caso singularísimo de la vida jurídica (igual ocurre en la sentencia judicial, la disposición administrativa) pero no hay que dejar de reconocer que son aplicación de normas generales a un caso individual, y poseen la estructura propia de toda norma. Puesto que existe una gradación en la generalidad de las normas respecto a su contenido, las normas más generales son primarias con respecto a las más individuales. Así, la norma constitucional, que es la fundamental y absolutamente primaria, es también la más general. La Jerarquía de las normas va, pues, de la norma primaria y generalísima a las individuales y secundarias, por debajo de las cuales no hay más que los simples actos de ejecución material, pasando por las distintas formas y grados de normas generales (leyes en sentido material). Esto es lo que se indicó acerca de la estructura escalonada del Orden jurídico de KELSEN, en la que se expresa una estructura formal del Estado de Derecho. La famosa pirámide normativa que tanta aplicación práctica ha tenido en todas las ramas del Derecho.

2. Normas imperativas y dispositivas

Se indicó que toda norma es imperativa y tiene un sentido imperativo. Hace acto de presencia en la norma en su formulación normativa de un modo ostensible,

en otros casos su presencia aparece disimulada y aun aparentemente negada por los términos en que se expresa o por las circunstancias de hecho a que se vincula.

La norma, por ejemplo, dice en unos casos —señala LEGAZ— «si A es debe ser B». En otros, dice: «si A es, debe ser B, a no ser que las partes o el juez determinen que debe ser C». En el primer caso, el precepto es evidente: es derecho taxativo; en el segundo es derecho supletivo o dispositivo. Indica LEGAZ que la contradicción no es más que aparente, en el primer caso, la norma determina directamente el hecho y la consecuencia; en el segundo, admite la posibilidad de que varíe, bien el antecedente, bien el consiguiente; pero es claro que el precepto se transfunde a la respectiva norma individual.

Existen otro tipo de normas en que la norma dice «si A es, debe ser B», sino que establece cuándo debe entenderse que A es. Estas normas son las que se llaman interpretativas, declarativas o explicativas. Por su carácter puramente «indicativo» parecen carecer de preceptividad: pero una norma interpretativa no es completa por sí misma; ha de articularse lógicamente con la norma interpretada a la norma parcial interpretadora; la disposición de la norma interpretada sólo vale en el supuesto establecido o aclarado por la norma interpretadora, la cual se articula con la primera y resulta tan preceptiva como ésta.

El elemento lógico de la norma que expresa LEGAZ dice «si A es», puede tener las más variadas formulaciones, por ejemplo: «hágase a, b, c», o bien: «no se haga a, b, c...» o, por último: «puede hacerse a ó b ó c». Las primeras serían las normas preceptivas; las segundas, las prohibitivas; las últimas, las permisivas.

Ahora bien, toda norma es preceptiva. La norma impone un hacer o un no hacer, una acción o una omisión. La mayor duda se presenta en las llamadas normas permisivas. DEL VECCHIO dice que en rigor, no hay normas permisivas; pues cabalmente el permiso jurídico está al margen de las normas; es la esfera de libertad que queda al individuo después de todas las regulaciones normativas que afectan a su conducta, en virtud del principio que considera que «está permitido todo aquello que no está jurídicamente prohibido» o impuesto; por lo cual, una norma que tuviese como única finalidad otorgar un permiso sería innecesaria, pues bastaría con no prohibir ni imponer como obligatoria aquella conducta⁷.

Una norma permisiva no es posible «por sí misma» y sólo representa o una peculiar forma de expresión de un precepto, o bien un elemento de una norma preceptiva, es decir, la expresión en un artículo de una ley o cuerpo legal, del antecedente o supuesto de hecho de una norma —distribuida entre varios artículos—, pero nunca una norma autónoma o completa.

⁷ García San Miguel, L. El problema de la norma permisiva como presupuesto para el estudio del Derecho subjetivo en Anuario de Filosofía del Derecho, número 9, 1962, pp. 179-196.

3. *Normas jurídicas completas e incompletas*

Una ley se compone, por regla general, de una pluralidad de normas, que no todas, sin embargo, son normas jurídicas completas. Algunas sirven sólo para determinar más concretamente el supuesto de hecho, un elemento del supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de una norma jurídica completa; otras restringen una norma jurídicamente ampliamente concebida al exceptuar de su aplicación un determinado grupo de casos; otras, remiten en relación con el supuesto de hecho o en relación con la consecuencia jurídica, a otra norma jurídica. Todas las normas de esta clase son oraciones gramaticalmente completas, pero son incompletas como normas jurídicas. El ser incompletas como normas jurídicas, significa que participan del sentido de validez de la ley, que no son proposiciones enunciativas, sino partes de órdenes de validez, pero su fuerza constitutiva, fundamentadora de consecuencias jurídicas, la reciben sólo en conexión con otras normas jurídicas. La norma completa es aquella que no depende su supuesto de hecho ni su consecuencia jurídica de otra norma. El B.G.B. alemán dice: «cosas, en el sentido de esta ley, son sólo los objetos corporales» al referirse a cosas se debe establecer sólo en ese sentido, es una norma indicativa e incompleta para aplicar la ley. La norma cumple únicamente una función auxiliar para la comprensión, por ella prescrita, de otras normas jurídicas, completas e incompletas.

4. *Normas jurídicas restrictivas*

Con mucha frecuencia, el supuesto de hecho de una norma jurídica se concibe tan ampliamente en la ley que, según su sentido literal, abarca también hechos para los que no debe valer. Entonces esta norma —dice LARENZ— es a su vez, restringida por medio de una segunda norma jurídica.

Se expresan de la forma siguiente: Si al supuesto de hecho S (de la norma antes dada) se añade la nota distintiva especial N, la consecuencia jurídica ordenada C no vale para el supuesto de hecho S. Las normas jurídicas restrictivas contienen una orden negativa de validez («no vale»), que sólo es comprensible en conexión con una precedente orden positiva de validez. La razón es que el legislador recurre a ellas, para que no resulte una norma demasiado larga, y totalmente incomprensible, a veces, para establecer una «regla» general y después la «excepción». En estos casos, la norma jurídica sólo es completa en conexión con las que se remite y con las normas que la restringen. El legislador es libre para incluir restricciones, en la forma de notas distintivas negativas del supuesto de hecho, en el supuesto de hecho de la propia norma se expresa la consecuencia jurídica, como para añadirselas posteriormente en la forma de una orden negativa de validez. El párrafo 398 del Ce alemán, dice que «un crédito puede ser transferido a otro acreedor por medio de un contrato». Esta norma es restringida por los párrafos 399 y

400 según los cuales, no pueden cederse créditos bajo ciertas circunstancias, que luego va enumerándolas, por tanto, la norma completa es la regla general y esas restrictivas normas, las unas sin las otras, no tienen significación jurídica, las normas singulares no están aisladas unas de otras, sino que muchas veces son normas jurídicas incompletas que sólo al unirse producen la norma jurídica completa. Esto es plenamente claro cuando en el supuesto de hecho o en la designación de la consecuencia jurídica de una norma jurídica⁸.

5. Normas jurídicas remisivas

En muchos casos, unas normas se remiten a otras, en su supuesto de hecho. Así, en el párrafo 249 del Ce alemán, remite, con las palabras «el que está obligado a la indemnización por daños» se alude a todas aquellas normas jurídicas de las que resulta un deber de resarcimiento de daños para ciertos supuestos de hecho; este párrafo completa la consecuencia jurídica dispuesta, y sólo vagamente delimitada, en esas normas jurídicas: «la Obligación de indemnización de daños». No raras veces la consecuencia jurídica de un supuesto de hecho se determina mediante la remisión a otra norma. Esto ocurre, las más de las veces, por medio de giros lo mismo vale. Las normas remisivas son un medio legal para evitar repeticiones incómodas. La ley puede conseguir, por medio de una ficción, el mismo resultado que mediante la remisión. Puede existir una remisión general, así, en el artículo 1152 del Código civil español, cuando dice: «Sólo podrá hacerse efectiva la cláusula penal cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones de este Código», la remisión puede conllevar una serie de aplicaciones no taxativamente enumeradas. Otras veces, la remisión es especial a unos determinados preceptos del Código, así el artículo 1492 del CC se remite al artículo anterior, cuando dice: «lo dispuesto en el artículo anterior respecto de la venta de animales se entiende igualmente aplicable a la venta de cosas» (el artículo 1491 trata de la venta de animales conjuntamente donde el vicio redhibitorio de uno de ellos sólo afecta a ese en concreto y no al conjunto...)

6. Normas jurídicas aclaratorias

Son aquellas que, o bien delimitan más concretamente un concepto o tipo empleados en otras normas jurídicas (normas jurídicas delimitadoras), o bien especifican o completan el contenido de un término utilizado en su significado general

⁸ Rojas Calderón, C. «La formación del Sistema de Derecho» en la revista católica del Norte, Facultad de Derecho, 2015, pp. 12 y ss... vol. 11, número 1.

con respecto a distintas configuraciones del caso (normas jurídicas complementadoras), como indica LARENZ.

Mientras que las normas jurídicas delimitadoras se refieren, las más de las veces, a elementos del supuesto de hecho, las normas jurídicas complementadoras aclaran las consecuencias jurídicas. Así, el ejemplo del parágrafo 462 del B.G.B. alemán que dispone: «A causa de un defecto, por el que el vendedor ha de responder según los preceptos de los 459, y del 460, el comprador puede exigir la anulación de la compra (redhibición) o la reducción del precio de compra (aminoración)». El supuesto de hecho de esta norma jurídica está determinado, en lo esencial, mediante la remisión a los preceptos citados; sólo en conexión con ellos se trata de una norma jurídica completa. Las consecuencias jurídicas «redhibición y aminoración» serán determinadas más concretamente por las normas jurídicas complementadoras de los &465 y ss.

VI. LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA JURÍDICA

En toda norma jurídica, se relacionan dos elementos: la condición y los efectos derivados del cumplimiento y/o incumplimiento de dicha condición. Estos elementos reciben los nombres de supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Ahora bien, en no todas aparecen claramente, así en las normas remisivas el supuesto de hecho lo contiene la norma remitida.

VII. SUPUESTO DE HECHO DEFINICIÓN

Siguiendo a SORIANO, se denomina supuesto de hecho a la hipótesis o condición cuya actualización desencadena las consecuencias jurídicas previstas en la norma. Es la hipótesis contemplada en la norma, no su materialización en la vida social. Se puede dar el caso de un supuesto de hecho meramente teórico, pero es excepcional, mas sí puede existir un supuesto de hecho anacrónico desfasado por la realidad social en que toda norma debe y puede ser interpretada. Son múltiples las formas que puede adoptar el supuesto de hecho: puede ser un hecho jurídico natural o voluntario, o un acto jurídico, tanto acto jurídico libre (el que se desarrolla o ejercita en virtud de un derecho subjetivo, un propietario, un prestamista,...) o un acto jurídico obligado (= es la prestación impuesta por un deber jurídico contraído en virtud de una norma): por ejemplo, las obligaciones que afectan a las dos partes contratantes en los negocio jurídicos. Cualquier situación jurídica origina un supuesto de hecho, pero situación relevante para el Derecho. Describe un comportamiento humano el supuesto de hecho y debe se presentado por el lenguaje vulgar, a fin de facilitar la comprensión de los destinatarios; es

el llamado principio de la publicidad, sólo cuando sea necesario el legislador en sectores especializados (Derecho Financiero o Mercantil) el legislador recurre al lenguaje especializado.

VIII. CLASES DE SUPUESTO DE HECHO

- * Por su composición pueden ser simples o complejos según que contengan una o varias hipótesis en su enunciado. Raramente el supuesto de hecho se reduce a un enunciado, y que siempre o casi siempre recurre a la preexistencia de otros requisitos legales (requisitos de mayoría de edad, de capacidad...)
- * Por la relación de interdependencia entre ellos, pueden ser dependientes o independientes, según que produzcan consecuencias por sí mismas o con el concurso de otras, para que produzcan al efecto jurídico⁹.
- * Por razón de la eficacia, cuando el supuesto de hecho se aplica inmediatamente desde el mismo momento de la actualización de su hipótesis, o mediata cuando su eficacia jurídica está condicionada a un evento futuro (ese evento futuro puede ser cierto o seguro, o a condición, si tal evento es inseguro o incierto). El supuesto de hecho puede estar sometido a término (suspensivo, cuando la eficacia jurídica comienza cuando se produce ese evento futuro; o final, si la eficacia se extingue al acontecer tal suceso).
- * En virtud de las influencias recíprocas de los supuestos de hechos, estos pueden estar en una situación de incompatibilidad (cuando el efecto de uno anula al otro) o de compatibilidad cuando los supuestos de hecho se complementan entre sí (adquisición de una nueva nacionalidad).

IX. LA CONSECUENCIA JURÍDICA CONCEPTO

La consecuencia jurídica —según toda la doctrina— es el efecto derivado de la actualización del supuesto de hecho de la norma; tal efecto se produce desde el mismo momento de actualización del supuesto, salvo en el caso de los supuestos de hecho de eficacia jurídica derivada. Es necesario —a juicio de Ramón Soriano— distinguir entre la constitución de la consecuencia jurídica y su actualización; cometido el homicidio surge la punibilidad para el delincuente, aun

⁹ Alexy, R. Sistema jurídico, principios jurídicos, y razón práctica, ponencia de las Jornadas de Lógica e informática jurídicas, celebradas en septiembre de 1988, sobre la claridad de las normas jurídicas en la interpretación.

cuando éste resulte toda la vida indemne durante toda su vida. Para el Derecho, las consecuencias jurídicas nacen desde el momento de la realización en la vida social del supuesto de hecho con una necesidad semejante a la producción de los efectos jurídicos naturales. La actualización tanto del supuesto de hecho como de la consecuencia jurídica es contingente: puede acontecer o no realmente. Por razón de este nivel de contingencia existen de modo excepcional normas en desuso o faltas de eficacia jurídica, ya que no se aplican, o, al aplicarse, no producen consecuencias jurídicas.

Se toma como ejemplo más paradigmático la norma penal que prohíbe el homicidio y establece una sanción para el homicida, existe un proceso de interpretación/aplicación del Derecho de las normas:

- A) Desde la creación del supuesto de hecho a su materialización social: principio de contingencia.
- B) Desde la materialización del supuesto de hecho a la constitución necesaria de sus consecuencias jurídicas: principio de la causalidad necesaria.
- C) Desde la constitución de las consecuencias a su materialización social: principio de contingencia necesaria.

Así, siguiendo a SORIANO, tenemos que siguiendo a A) resulta que de la incorporación al Ordenamiento jurídico de una nueva figura delictiva no se infiere necesariamente que tal tipo sea realizado con la comisión de un delito; en B) una vez cometido el delito deriva necesariamente la constitución de unas consecuencias jurídicas, como la obligación de que el ministerio fiscal de perseguir al delincuente; en C) una vez constituidas las consecuencias jurídicas de dicho acto delictivo, no se materializan éstas necesariamente en la vida social, pudiendo quedar impune el delincuente.

La Doctrina jurídica italiana (LUMIA, BOBBIO; GAVAZZI...) suele denominar sanción jurídica a la consecuencia o efecto de la norma, distinguiendo entre sanciones positivas y negativas, cuando las consecuencias son favorables y sanciones negativas, en caso contrario. Es una acepción amplia del concepto de sanción, que también sirve para designar un momento del proceso de elaboración de las normas (la sanción de las leyes, por ejemplo) o, más estrictamente, la consecuencia desfavorable que comporta el incumplimiento de las normas¹⁰.

¹⁰ Lumia, G. Principios de Teoría e ideología del Derecho. Madrid: Debate, 1982, pp. 35 y ss.

X. CLASES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Son tan variadas como los supuestos de hecho.

- A) Según la naturaleza del supuesto de hecho, cuando éste es una prohibición la consecuencia es la sanción. Cuando es una obligación de hacer, las consecuencias se diversifican en directas, derivadas de un normal cumplimiento de la norma, e indirectas o subsidiarias, que contienen alternativas (frecuentemente) al incumplimiento de la norma (por ejemplo, en la perfección de un contrato las consecuencias son muy variadas, frente a la norma penal, cuya consecuencia única es la sanción).
- B) Atendiendo a las repercusiones que tienen las consecuencias en los destinatarios, pueden ser éstas favorables o desfavorables. Las normas promocionales ofrecen en Derecho Público, un premio al destinatario (una exención fiscal, por Las normas penales implican una sanción para quien las incumple. Las consecuencias favorables son variadas: exención de un gravamen fiscal, la concesión de un derecho o bien jurídico, la convalidación de ciertos efectos jurídicos... la aplicación de una causa de justificación (la legítima defensa en un homicidio...) las consecuencias desfavorables también son variadas, la aplicación de un recargo tributario, la nulidad de un acto jurídico, la indemnización que se debe a otro, la imposición de una pena...
- C) En virtud del grado de concreción, las consecuencias jurídicas pueden ser determinadas o indeterminadas. Las normas pueden conferir unas consecuencias concretas o algunas entre varias posibles, o ser graduadas según la voluntad de los jueces o de las partes, en otras ocasiones.

Lección 7

RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL

Siguiendo a LEGAZ, sabemos que el Derecho es un orden normativo de la conducta humana. Pero no es objeto exclusivo de estudio del Derecho, sino que existen otros complejos o sistemas de normas, uno de esos órdenes es el de la MORALIDAD.

I. DIFERENCIAS ENTRE DERECHO Y MORAL

Existen hechos jurídicos en sí mismos que luego pueden tener otras valoraciones morales (los intereses de una deuda pueden existir, pero pueden ser abusivos), entonces existe una valoración distinta sobre un mismo hecho jurídico. La cuestión está —como indica LEGAZ— en encontrar propiamente la ordenación moral, y su diferencia con la jurídica. En un contrato —como mínimo bilateral— cada uno de los sujetos intervinientes realiza una acción jurídica. Siempre en el Derecho se da o existe una Bilateralidad o Alteridad que pertenece a la esencia fundamental del Derecho. El Derecho valora como jurídicamente correcto el pago efectuado, si se verifica con arreglo a unas formalidades (tiempo, lugar, especie, etc...) previstas en el contrato o en el Código civil. En cambio, la Moral versa el motivo interior del acto. Todos los tratados hablan de una regulación de los actos externos (el Derecho) y de los actos internos (la Moral). esa división en acciones internas y externas —desde TOMASIO— según LEGAZ, esta distinción no tiene sentido. Desde SUÁREZ se ha indicado que el Derecho también se refiere al factor interno, puesto que ordena «actos humanos y libres» y no existe acto libre y humano que no sea interior. Existen actos humanos puramente externos, aunque existen actos puramente interiores. La diferencia principal es entre Actos interiorizados y exteriorizados (y que el Derecho sólo se refiere a estos últimos). Estos factores internos que toma en cuenta el Derecho dolo, premeditación, animus, etc... han de haberse exteriorizado¹.

TOMASIO indicaba

- Actos internos: los referentes al pensamiento y conciencia
- Actos exteriores: los referentes a la relación.

¹ Legaz lacambra, L. Filosofía del...ob. cit. pp. 431-444, un repaso histórico de las épocas doradas de la Moral y el Derecho desde la Edad media...

TOMASIO, razona así:

- vida de relación: objeto del Derecho (coactivo)
- vida del pensamiento: conciencia, objeto de la Moral: escapa a la coacción jurídica.

II. OBJETO DE LA VALORACIÓN MORAL

El Derecho —dice Del Vecchio— establece una coordinación objetiva o intersubjetiva. La Moral, en cambio, establece una coordinación subjetiva. El acto jurídico es lícito «no impeditible» por los demás. En la Moral, se pone en conexión el acto realizado con los demás actos del sujeto, y surge así la idea del acto «debido». Todo lo que «debe» hacer, puede «hacer» puede también hacerlo, es decir, puede recabar el respeto, el no ser impedido por los demás, no todo lo que uno puede hacer debe también hacerlo.

- Valoración jurídica: a-----b
acción acción
- Valoración moral: a----- sujeto puede
elegir a, b, c, d,

El carácter no-coactivo de la Moral:

- El Derecho implica la relación con otro, la no impeditibilidad de aquello que puede hacerse, su carácter coactivo es indiscutible.
- La Moral no posee esta cualidad del mismo modo que el Derecho, no es que la Moral carezca de coacción, pero ni la sanción ni la coacción están implicadas en la estructura misma de la norma moral. La norma moral no establece sanciones ni amenaza con ellas dice sólo «debes hacer esto»... lo que no quiere decir que la moral carezca de sanción, ésta no va implicada en la norma, sino que viene superpuesta a la misma como una especie de añadido. Una norma es más moral cuanto más se aleja de la estructura de la sanción al Derecho le basta con el acatamiento «externo».

III. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEL DERECHO Y LA MORAL

Se dice que el Derecho posee valor AUTÁRQUICO y la Moral valor AUTÓNOMO.

La Autonomía de la Moral significa que no es producto de ninguna voluntad trascendente a la voluntad del sujeto —como es el caso del Derecho— sino que la voluntad misma del derecho dicta la ley. El origen está en Kant (moral es la

voluntad que se dista su propia ley, pero a condición de que pueda convertirla EN UNIVERSAL). Tiene esta opinión unos puntos criticables. KANT rechaza toda ética utilitaria o eudemonista toda ética que se justifique por los bienes o los fines. Se puede afirmar el carácter autárquico del Derecho y en la Moral la autonomía².

- La ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento,
- La ignorancia La situación es la inversa que en el derecho: éste pierde su validez si nadie o la mayor parte no lo aceptan, pero en cambio, se impone frente a la minoría rebelde.
- La Moral, en cambio, valdría lo mismo aun cuando todos la ignorasen o la negasen, pero capitula ante la ignorancia individual. La MORAL ha de ser aceptada para ser válida.
- El Derecho, además aun cuando no contiene un imperativo categórico, sino condicional o Hipotético, establece autárquicamente el supuesto de hecho a que se vincula, y en modo alguno corresponde su apreciación al individuo.
- La Norma jurídica es HIPOTÉTICA, ella misma establece de un modo autárquico los supuestos a los cuales se vinculará su aplicación, y además es un medio la n.j. para conseguir un fin que está fuera de ella.
- La norma moral es categórica porque es en sí misma un valor último y porque no se autocondiciona: el sujeto posee autonomía para considerarla.
- EL Derecho sólo se interesa por la exteriorización del acto no posee al finalidad de ultimidad ni superioridad la norma jurídica. El Derecho se preocupa del fin temporal del hombre; la moral del fin último del hombre.

Cuando existe un criterio moral unánimemente aceptado se sabe hasta dónde debe llegar el Derecho, esa común aceptación lo convierte en moral social.

- El Derecho debe tener en cuenta el cambio social y la objetividad de ciertos valores.
- Se puede manejar la idea de Moral en un sentido formal (ontología del hecho moral y su criterio lógico) y moral en sentido material como «contenido».

Derecho:

- 1) Afecta al acto exteriorizado
- 2) Acto en cuanto lo pone en relación a otros.
- 3) En su estructura normativa conlleva la aplicación de sanciones.

² Aramayo, R. Inmanuel Kant. La utopia moral como emancipación del azar. Madrid: Edaf, 2001, pp. 161-165 sobre las falacias del eudemonismo.

- 4) Se ocupa de fin temporal del hombre.
- 5) Se subordina a la Moral en cierta medida la moral es categoría constitutiva, los actos jurídicos son actos humanos valorados por la Moral.
- 6) Los contenidos jurídicos han de supeditarse a la Moral como esenciales
- 7) El fin que es propio de la moral es superior al fin temporal que realiza el Derecho.
- 8) El hombre no puede escindirse en horno juridicus y horno moralis debe adoptar una conducta moral en su actuación y permitir la libertad moral de todos.

La moral:

- 1) Afecta al elemento interno del acto jurídico.
- 2) Se refiere a la unidad del sujeto.
- 3) La Coacción es un añadido externo.
- 4) Se encamina hacia la santificación del hombre.

IV. DERECHO Y NORMAS SOCIALES O DE TRATO SOCIAL: CONCEPTO

El hombre en la vida social realiza una serie de actos de la más variada índole, indica el maestro LEGAZ (a quien seguimos en este punto), si se piensa sobre el carácter de esos usos o costumbres del hombre, hallaremos que algunos de ellos difieren de los demás en algo que, aun cuando no siempre lo podamos precisar de un modo conceptual, lo advertimos intuitivamente. Algunos usos o normas de trato social, carecen de relevancia social, ya que ni siquiera jurídica. Unos son los llamados «hábitos» en los que no se da una obligatoriedad para cumplirlos; otros usos sí poseen una obligatoriedad, si no se realizan, son más que simples «hábitos», son costumbres no de una persona, sino de la sociedad, que uno se siente realmente obligado a acatar, poseen una normatividad propia, que no es estrictamente moral ni jurídica, las reglas de trato social. Debe preguntarse —indica LEGAZ— si existe una normatividad distinta de la moral o la jurídica. RADBRUCH se opone a la consideración autónoma de la normatividad de los usos sociales; son un producto degradado de la valoración jurídica y moral, son normas sin consecuencia, pero sin eso, no son normas. STAMMLER distingue las normas jurídicas de las reglas de trato social, los usos sociales carecen de «autarquía», lejos de ser una exigencia incondicionada, sólo contienen una «invitación», la cual puede ser rechazada o aceptada, con la consecuencia de la descalificación del individuo simplemente y su eliminación de determinado círculo social en el que estaba. Una

norma que sólo constituye una invitación, no es una norma; pues la norma es, por esencia, exigencia. El profesor RECASENS SICHES ha defendido la normatividad específica de los usos sociales. Las normas jurídicas no penetran en conceptos morales ni sociales en sí considerados, las normas de trato social tienen de común con la moral la falta de una organización para vencer la resistencia del individuo refractario; pero no coinciden con la moral, se dirigen a la conducta externa, no afectan a la esencia y la intimidad del individuo, no tienden a su valoración moral. La sanción de un uso social —cree RECASENS— que puede estar en la propia norma jurídica. LEGAZ opina que si no contienen una obligación esos usos sociales, es difícil fundamentar su carácter jurídico. AMBROSETTI indica que los usos sociales se fundamentan en que poseen lo que él llamó el «tercer valor» distinto de los valores morales y del valor social de la justicia, ese tercer valor está en «lo oportuno», en «lo conveniente»³. Está presente un criterio particular móvil y fluido, dependiente de las relaciones que se entre cruzan en la sociedad, privadas y sociales, es un criterio vivido y espontáneo, de medida de relaciones oportunas (que estén vigentes así, el reto a un duelo) y convenientes. Depende de la que se entienda por normatividad, si se entiende conjunto de normas sí existe (una serie de usos sociales), el problema es cuando se identifica ello con obligatoriedad, eso no se da en las sociedades occidentales. Las nuevas tecnologías, las nuevas formas de contratación.

Diferencias entre normas jurídicas y reglas de trato social: No existe diferencia —dice LEGAZ— entre la norma jurídica y la norma de la vida social no jurídica, por su estructura (supuesto de hecho, consecuencia jurídica, desde la lógica) ni por la imposición de una sanción. Sí por su contenido, representan, a menudo, los usos sociales, un valor moral; son moral social, indica LEGAZ, y entonces son normas sociales que no cuentan con el aparato coercitivo del Estado, pero sí con la estructura de las normas del Estado. El Derecho es forma de vida social, que puede consistir en usos, que es un sector de los usos sociales, dotado de normatividad jurídica. Todo lo social puede ser juridificado, es derecho en potencia, y depende del azar de que un legislador convierta en norma jurídica lo que todavía no lo es. La relación del Derecho y los Usos sociales se proyecta en una doble dirección: por una parte, la proximidad del derecho a los usos existentes es la más eficaz garantía del mismo; pero por otra, un derecho sin arraigo alguno en los usos existentes e incapaz de imponer usos nuevos, es un Derecho condenado al fracaso, un Derecho que no llegará nunca a ser Derecho.

³ Ambrosetti, G. *Contributi a una Filosofia del costume*. Bologna, 1958, pp. 17 y ss.; 90 y ss., 205 y ss...es una obra que razona sobre esta normatividad de tipo social, que quiere o puede ser jurídica.

Lección 8

CONSIDERACIÓN ANALÍTICO-LINGÜÍSTICA DE LA NORMA JURÍDICA

I. ANTECEDENTES DE ESTE PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS

Lo que se plantea es un nuevo método de estudio de la norma jurídica. El problema es saber si nos acogemos a una filosofía del Derecho estricta (tal cual plantea CARNAP, para quien la filosofía del Derecho es una lógica de la ciencia) o amplia. Si se encuentra una concepción amplia, desde la escolástica se plantearon problemas con el análisis del lenguaje, avanzados por Platón (esencialistas) y Occam (nominalistas), acentuados por Santo Tomás. Han sido los neoempiristas quienes han considerado que la Filosofía entendida como análisis del lenguaje ha de ser estudiada por la Metafísica. Parece razonable, dice PATTARO, que si se admite que la Metafísica pueda ser objeto de la Filosofía, no existe razón alguna para sostener que no pueda ser igualmente objeto de la Filosofía el análisis del lenguaje. La filosofía neoempirista ha propuesto considerar una nueva diferenciación en este análisis. Cualquier unidad de lenguaje, una palabra, una frase, una composición, es una unidad lingüística todo aquello que no está constituido por signos lingüísticos es una entidad extralingüística. La palabra «sol» es una entidad lingüística, pero la estrella sol es una entidad extralingüística. Los discursos que versan sobre entidades lingüísticas son de primer grado, los otros son de segundo grado. A juicio del neoempirismo, la filosofía no es un discurso de primer grado, no versa nunca sobre entidades extralingüísticas (cosas, personas, comportamientos), sino que versa sobre entidades lingüísticas (frases, palabras, discursos...) toda la Filosofía está constituida de Metalenguaje, discursos sobre discurso, si se acepta lo que propone WITTGENSTEIN en su *Tractatus Logico-philosophicus*, «toda filosofía es crítica del lenguaje». Se sustituye la distinción propuesta por CARNAP entre problemas objetivos y problemas lógicos por otra entre problemas que se tratan con discursos de primer grado y problemas con discursos de segundo grado. Se entenderá que la Filosofía del Derecho como tal no deberá ocuparse directamente de cosas, hechos, personas, comportamientos... deberá ocuparse exclusivamente de discursos, de entidades lingüísticas que son Derecho o tienen que ver con el Derecho. Si se acepta esta forma de pensar, indica PATTARO, podremos considerar filosofía del derecho, tanto a la ciencia del Derecho como a las diversas deontologías (ideologías, concepciones de la justicia), puesto que ambas son entidades lingüísticas. Por la misma razón se considera objeto de la Filosofía del Derecho a la Teoría General del Derecho, a la Sociología

jurídica y a la Sociología de la Justicia. Ahora bien, se le reconoce una amplitud tal de conocimiento que se plantean sólo dos límites:

1. El objeto del que se ocupa la Filosofía del Derecho debe ser constituido por entidades lingüísticas, de manera que la Filosofía jurídica sea al menos un Metalenguaje, un lenguaje de segundo grado.
2. El lenguaje objeto del que se ocupa la Filosofía del Derecho debe ser Derecho o tener que ver con el Derecho¹.

II. LENGUAJE DEL DERECHO Y METALENGUAJE

Las normas son entidades lingüísticas, bien sean enunciados prescriptivos o «deónticos» (situados en un plano sintáctico), proposiciones prescriptivas o deónticas (situadas en un plano semántico) o enunciaciones prescriptivas o deónticas de enunciados (en el plano pragmático), entonces debemos asimismo considerar que el Derecho, como conjunto sistematizado de entidades lingüísticas, es un lenguaje.

Si el Derecho es, en sí mismo, un lenguaje entonces el lenguaje que usa quien habla o escribe sobre el Derecho es un lenguaje-objeto, es un metalenguaje. Le lenguaje legal es el del texto jurídico con que el legislador da a conocer las normas jurídicas, dice Pérez Luño. Al lenguaje que versa sobre el lenguaje legal, lenguaje de los juristas, se le llama metalenguaje, al comentar, analizar o interpretar las normas jurídicas. La ciencia del Derecho analiza el Derecho como lenguaje, y, respecto a lenguaje que «es el Derecho», surge un metalenguaje científico que debe definir las reglas de uso de los términos.

Bobbio ha distinguido tres fases de desarrollo de la Ciencia Jurídica:

- A) El científico del Derecho debe compensar la carencia de rigor del lenguaje legal, debe combatir sus ambigüedades y vaguedades de los términos legales, determinando la gramática del lenguaje que emplea el legislador.
- B) El científico debe compensar la carencia de plenitud del lenguaje legal, debe deducir el lenguaje de las normas.
- C) El científico debe compensar la carencia de orden del lenguaje legal, sistematizarlo y armonizarlo con el contexto sociológico de cada momento histórico.

¹ Granda, U. El árbol del conocimiento. Origen de la irracionalidad actual. Madrid: ed. Flavia, 2010, pp. 522 y ss. sobre la metodología y función del lenguaje.

Para OPPENHEIM deben diferenciarse dos puntos de vista:

- A) El Derecho desde el punto de vista empírico, se estudian las relaciones entre los enunciados jurídicos y las personas que las crean, interpretan y aplican.
- B) El punto de vista lógico, la ciencia del Derecho construye un lenguaje modelo simplificado de un derecho positivo determinado espacial y temporalmente.

III. LAS FUNCIONES DEL LENGUAJE

Un modo de plantearse el problema de las normas es el de remitirse en su estudio a las teorías del Lenguaje. BOBBIO y SCARPELLI en Italia han profundizado en esta vía de estudio. BÜHLER propone tres funciones del lenguaje: expresiva o sintomática, estimuladora, y descriptiva. El punto de partida es el lenguaje, concebido como signos utilizados para la comunicación. El discurso descriptivo tiene la función de informar (comunicar a otros) conocimientos lógicos o fácticos. Por el contrario, el discurso preceptivo al tener la función de guiar la conducta propia o ajena (de influir en ella) se propone hacer, por lo que no se presta a ser considerado verdadero o falso. Qué tipo de lenguaje constituyen las normas es el problema fundamental.

Las normas son enunciados no descriptivos, ni expresivos, sino preceptivos, se suele decir. Se puede decir que suelen ser preceptos para hacer-hacer, es decir, enunciados preceptivos, puesto que tratan de provocar comportamientos en los sujetos a los que se dirigen. Parece que ello no es indiscutido, por ello, PATTARO reflexiona así:

Dada la variedad de normas que existen, puede hacerse una nueva clasificación.

Cuatro funciones Primarias y directas del lenguaje:

1. La función semántica-representativa que actúa sobre la fantasía y suscita imágenes y/o conceptos (hacer saber)
2. La función preceptiva, la más común de las normas, que actúa sobre la voluntad y suscita impulsos de actuar (hacer-hacer). Opera sobre la voluntad del receptor determinado en él un impulso volitivo de actuar en uno u otro sentido.
3. La función emotiva, que suscita sentimientos, estados de ánimo, y conceptos generales (hacer sentir), actuando sobre el sentimiento del receptor.

4. Función sintomática, ejercida por medio del lenguaje descriptivo o expresivo y que actúa sobre el intelecto suscitándole creencias (hacer creer)².

IV. LA NORMA JURÍDICA COMO PROPOSICIÓN PRESCRIPTIVA

El lenguaje en función preceptiva está constituido por aquellas expresiones lingüísticas que, dados unos contextos psíquicos y sociales determinados, suscitan en el destinatario de modo primario y directo impulsos volitivos de actuar. Con esta función lo que se pretende es obrar en la mente de las personas, orientándolas a hacer esto o abstenerse de aquello; las expresiones imperativas, como indica Olivecrona, no tienen que presentar de forma exclusivamente preceptiva. Las expresiones lingüísticas típicamente preceptivas cumplen una función de orientación. A veces, las expresiones lingüísticas son afirmativas sin ser preceptivas: «la bandera del Estado está formada por...»

Tres momentos cumple el lenguaje preceptivo:

- a) Función preceptiva que antes se mencionó como la primordial entre las funciones.
- b) El de reacción-respuesta del receptor individual que no coincide necesariamente con la función idónea del lenguaje.
- c) El de expresión lingüística preceptiva-tipo que se puede incluir en el hipotético catálogo de las expresiones preceptivas de una lengua determinada.

Y hay que añadir dos momentos más:

- a) El de la intención preceptiva del emisor, la intención de hacer-hacer.
- b) El de la función preceptiva indirecta a través de mediaciones que intervienen entre la primera recepción del lenguaje y el momento final en el que el receptor se ve impulsado efectivamente a actuar de la manera representada por la expresión lingüística recibida.

Los preceptos tienen sus características:

- a) La orden o mandato: es una expresión lingüística producida por uno o varios emisores que se dirige a uno o varios destinatarios concerniendo a uno o varios comportamientos y que suscita en el receptor/ores un impulso inmotivado a observar cierto comportamiento.

² Pattaro, E. «Il realismo giuridico come alternativa al positivismo giuridico» en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1971, p. 61 y ss...la fuerza de la norma que también reside para el realismo en la función emotiva de la misma, una nueva concepción frente al positivismo.

- b) Se dice que es apodíctico por entenderse que vale de un modo necesario e incondicional, al no estar fundado en presupuestos o justificado, ni por el emisor ni por el receptor.
- c) Se le presenta desconectado de referencias previas, se admite por provenir de autoridad determinada.
- d) Se ejercita un poder de sugestión inmediato del emisor sobre el receptor.
- e) La eficiencia del mandato es originaria en el sentido de que no contiene condiciones para ser cumplido.
- f) Es episódico pues es provisional u limitado en el tiempo, aunque hay mandatos permanentes: no matarás
 - La tesis de Olivecrona: distinción entre mandatos y normas como imperativos independientes OLIVECRONA es uno de los mayores críticos de la teoría imperativa del Derecho e indica que su método de explicar lo que él admite ser el elemento imperativo en el Derecho es descrito con la expresión «imperativos independientes». Es el término que utiliza para describir las normas jurídicas. Un mandato en el sentido verdadero implica una relación personal, pero las palabras características de los mandatos pueden ser utilizadas también en situaciones que no envuelvan tal relación, y pueden tener un efecto similar, si no idéntico, a su efecto al que se da en aquella relación. Tales imperativos dice Olivecrona que funcionan de una manera que es independiente de cualquier persona particular que emita los mandatos³. Pudiera parecer que los imperativos independientes de Olivecrona expresan solamente el mismo tipo de idea de Kelsen en los «imperativos despsicologizados», que designa el significado de los actos físicos de cara la sistema jurídico. La relación personal es pues, sustancial al mandato; la norma jurídica tiene virtualidad independiente de la persona que manda. Un deber aparece vinculado a la idea de acción no directamente referida a una persona. Las normas suelen expresar en abstracto que una acción «debe ser realizada». Mientras que un mandato se expresa de forma categórica sin aludir a valores, una norma siempre implica la referencia a valores que forman la conciencia del receptor. De donde se deriva que mientras carece de sentido lógico la conversión de un mandato en un juicio (en esa línea resultaría absurdo convertir el mandato ¡suénate la nariz! en el juicio «es tu deber sonarte la nariz», no lo carece la convención de una norma en juicio (y en esta línea

³ Olivecrona, K. *Der imperativ des Gesetzes*, Copenhague, 1942, pp. 24-28; en este sentido el trabajo de Legaz Lacambra, L. «La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico». *Anuario de Filosofía del Derecho*: 1959, VI, pp. 33 y ss. sobre la crítica a la concepción meramente imperativista de la norma.

parece absurda la expresión «¡es tu deber no matar!»). Dice Olivecrona que en nuestras mentes, la expresión imperativa está conectada con la idea de acción, y esa a causa de este efecto puramente psicológico de la forma imperativa del derecho por lo que sentimos que tenemos una obligación, por lo que nos sentimos vinculados, esa es la fuerza vinculante del Derecho.

Lección 9

LA FORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO: TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

I. LAS FUENTES DEL DERECHO: CONCEPTO

La palabra fuente posee diversos significados:

- a) Fuente de conocimiento de lo que es o ha sido Derecho.
- b) Fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc...)
- c) Autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo...)
- d) Acto creador del Derecho (ley, costumbre, decisión judicial, etc...).
- e) Fundamento de la validez jurídica de una norma concreta del Derecho.
- f) Forma de manifestarse la norma jurídica.
- e) Fundamento de un derecho subjetivo.

II. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Una primera clasificación es la de que se distingue entre:

- Fuentes internas: factores de los que proceden las normas jurídicas (autoridad que los crea y materias de las normas).
- Fuentes externas: formas en que aparecen las normas (formas de manifestarse y normas manifestadas).
 - LEGAZ LACAMBRA hace una clasificación tripartita: la clasificación más completa
- Fuente como «fundamento» (Dios, Razón, Voluntad)
- Fuente como grupos sociales en los que se origina el Derecho (Estado, Sociedad, Comunidad Internacional, etc...) fuentes materiales.
- Fuente en su concepto técnico-jurídico alude al origen de la norma en una autoridad o fuerza social reconocida por el Derecho Positivo, que mediante un procedimiento concibe la norma de una forma concreta (fuentes formales).

III. TEORÍA GENERAL DE LA FUENTE DEL DERECHO

Pretende el profesor Legaz clarificar lo que es fuente de lo que no lo es; con- vendría no llamar fuente de Derecho a lo que sólo es un «modo de expresión» del Derecho (ley costumbre,etc...) sería fuente no la norma, sino el acto legislativo, la costumbre en cuanto al uso social,etc...

El acto creador de la norma sería obra de un órgano o fuerza social reconoci- da por el Derecho Positivo todo válido, pero hasta llegar a una Norma Superior. La Escuela de Viena (representada por Kelsen) sostiene que la Constitución que la fuente formal suprema y no cabe plantearse la fuente de la Constitución (es un problema de naturaleza metajurídica). El Sistema jurídico consta de Norma suprema fundamental y normas relativamente fundamentales que son la norma última de una materia jurídica determinada. En cada subsistema jurídicos parcial (Derecho del Trabajo) se puede plantear el problema de su fuente no en sentido técnico o formal, sino material.

Existen realidades con valor jurídico porque su estructura misma es un reflejo de la estructura de la relación de alteridad que significa el Derecho (Coordinación, Subordinación, e integración). Un grupo social no posee valor jurídico por su pro- pia existencia, sí lo es si los hombres se rigen según la Justicia.

Las fuentes materiales son aquellas realidades sociales cuya estructura es la Subordinación. La integración o la Coordinación y cuya existencia es un con- dición de realización de la Justicia en un determinado círculo social, a través de normas o sistemas creadas por ellas¹.

Serán fuentes materiales los grupos sociales donde se den condiciones para crear Derecho el problema —dice LEGAZ— es de criterio jerárquico, ya que el de las fuentes formales lo resuelve el Derecho Positivo.

En las fuentes materiales hay que contar con la cambiante realidad histórica, se produce por razón de la misma un desplazamiento de la primacía de las fuentes formales del Derecho. La más alta fuente jurídica material es el Estado, éste no excluye la existencia de fuentes jurídicas autónomas existentes en su seno.

El Estado agrupa diversos grupos sociales (estos gozan de autonomía normati- va, la Sociedad...), hay fuentes materiales que trascienden al Estado: La Comu- nidad Internacional, La Iglesia es igual a la fuente material del mismo rango que el Estado.

La fuente material por excelencia es el Estado.

¹ Legaz Lacambra, L. Filosofía del Derecho, ob. cit. pp. 509-526. Sobre la estructura social y las relaciones sociales Levi-Strauss, C. Antropologie structurelle. Paris: Plon, 1958, ed española Eudeba, 1969, pp. 249-255.

Las fuentes formales son los actos legislativos (norma legal) las prácticas (norma consuetudinaria) el «*usus fori*», precedente judicial.

Grupos sociales que crean Derecho:

- a) grupos políticos no integrados en el Estado (Nación en período revolucionario con su declaración programática) éste es su Derecho, pero necesita refrendo del Estado para ser Derecho.
- b) Corporaciones económicas y profesionales, sindicatos, etc... no integradas del Derecho crean Derecho por actos de tipo legislativo (Estatuto) consuetudinario (práctica corporativa), si crean Derecho como órganos del Estado crean Derecho válido para el Estado.
- c) La Sociedad crea Derecho por la Costumbre.

Se defiende por LEGAZ una pluralidad de las fuentes del Derecho. Los grupos naturales sociales integrados o no en el Estado no pueden crear Derecho a su albedrío, no lo pueden hacer si no tienen potestad legislativa.

La función de la fuente formal en relación con las fuentes materiales: realizan una función de selección en el ámbito de lo que ontológicamente ya es Derecho para insertarlo en el «Sistema de Legalidad» de un Ordenamiento jurídico.

IV. EL CONCEPTO DE LEY

La palabra Ley tiene diversos significados extrajurídicos (leyes morales, leyes económicas, leyes físicas, leyes de naturaleza, etc...) que aquí no interesan.

Pero incluso tiene también diversos significados jurídicos: así, se le atribuye el sentido de toda norma jurídica a todas las fuentes formales del Derecho (es el artículo 9 y ss. del Código Civil) o el amplio concepto de toda norma emanada DEL Estado, que incluye la potestad reglamentaria del poder ejecutivo —Decretos y Ordenes— que es el sentido que le dan los artículos 1 y 2 del Código y en varios casos concretos también la Jurisprudencia.

Dice la Cruz que cuando hablamos de ley como fuente del Derecho, regla expresa, generalmente escrita, enunciada por quien tiene autoridad para darlas, en alguna de las formas predispuestas por el Ordenamiento para tener vigor e imponerse a todas autoridades, tribunales y particulares en calidad de norma vinculante: Constitución, Ley orgánica, decreto, orden ministerial, etc... por tanto, hablamos de ley como fuente formal del Derecho, es decir, una forma —la principal— de establecer la norma jurídica.

Aunque tal fuente está sometida a la Constitución, por debajo del derecho Comunitario y de los Tratados. Es clásica la definición de Santo Tomás de Aquino en su «*Summa Theologica*»:

rationalis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet, solemniter promulgata. Adaptándola al sistema legislativo y judicial se puede decir: norma jurídica del Poder legislativo del Estado, de obligatoriedad general, debidamente promulgada.

V. CARACTERES DE LA LEY

1. *Legalidad*

El artículo 9,3 de la Constitución que declara que «la Constitución garantiza el principio de legalidad».

La legalidad consiste esencialmente en que la Ley emane del Poder Legislativo del Estado, el cual lo detentan las Cortes Generales, integradas por el Congreso y el Senado (art. 66,2, de la Constitución: Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa).

La iniciativa legislativa la tienen: El Gobierno, el Congreso, el Senado, las Asambleas de las Comunidades Autónomas y la iniciativa popular (art. 87 de la CE). Una vez aprobada la ley por las Cortes generales, el Rey las sancionará, promulgará y ordenará su inmediata publicación (art. 91 de la Constitución).

Las Leyes llamadas Reglamentos, de la C.E.E. cumplen la legalidad en la forma que establecen los tratados que equivalen a la Constitución de la comunidad, el llamado Derecho originario.

2. *Generalidad*

Significa que la Ley tiene obligatoriedad general, para todos, la ley tiene aplicación y obligatoriedad general, puede ocurrir una ley sea impropia, con carácter particular no válida para todos.

3. *Publicidad*

La ley debe ser publicada para que de ella se tenga general conocimiento, además de ser coactiva general.

El código civil en su artículo 2.1 subordina o condiciona su entrada en vigor a la publicación: «Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa».

Los Reglamentos de la U.E. se publican en diario (Journal) oficial de las Comunidades Europeas. Las Leyes de las CCAA en el Boletín de la Comunidad Autónoma y posteriormente en el del Estado.

VI. CLASES DE LEYES EN NUESTRO SISTEMA

1. *La Constitución*

Es la ley de leyes, la fundamental, es la Constitución a la que han de ajustarse y respetar todas las demás clases de leyes. En su artículo 9 la C.E. «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico».

2. *Leyes de referéndum*

Las cuestiones de especial trascendencia pueden ser sometidas a referéndum, las prevé el artículo 92 de la CE que no las enumera. Las aprueba el Congreso, la propone el Presidente del Congreso y el rey lo convoca.

3. *Leyes orgánicas*

Según el artículo 81 de la CE son las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

Para su aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del Proyecto.

4. *Leyes ordinarias*

Son las demás leyes, normales o típicas, que no necesitan requisitos especiales para su elaboración.

5. *Legislación delegada*

Una ley de bases autoriza —delega— en el gobierno, es decir el poder legislativo delega en el ejecutivo de forma expresa para materia concreta y con un plazo para su ejercicio el que dicte una norma con rango de ley, que se llama decreto legislativo (art. 82 de la CE) la ley de bases delimitará con precisión el objeto y

alcance de la delegación. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. Las Leyes de bases art. 83 C.E. no podrán en ningún caso: Autorizar para la modificación de la propia ley de bases y facultar para dictar normas con carácter retroactivo.

6. *Legislación de urgencia*

En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-Leyes y que no podrán afectar al Ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las CCAA ni al Derecho electoral general.

Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de 30 días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. Durante el plazo establecido antes las Cortes podrán tramitarlos como proyectos por el procedimiento de urgencia.

7. *Iniciativa legislativa popular*

Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. Se exigirán en todo caso, 500.000 firmas acreditadas, además dicha iniciativa legislativa no procederá en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia (art. 87.3 de la C.E.)².

VII. LA COSTUMBRE JURÍDICA

1. *Concepto*

El artículo 1º del Código Civil sitúa a la costumbre en segundo lugar, tras la ley, entre las fuentes del Derecho. «La costumbre sólo regirá en defecto de ley

² Legaz Lacambra, L. Filosofía del...ob. cit. pp. 404-408 sobre el concepto escolástico de la palabra ley.

aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada» añade que «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre». El Código de las Partidas distingue entre uso y costumbre. El uso es «cosa que nace de aquellas cosas que el hombre dice y sigue continuadamente y sin ninguna traba»; la costumbre dice ese Código es «derecho o fuero que no es escrito, que han usado los hombres durante largo tiempo ayudándose de él en las cosas y en las razones por las que lo usaron».

DIEZ-PICAZO y GULLÓN indican la primera vía que se ha intentado para definir el Derecho consuetudinario es considerado como un derecho no escrito. Esta vía es insuficiente, pues la escritura es una simple forma de fijación y posee el carácter formal de una manifestación hacia el exterior de las normas, pero nada impide que esas costumbres se recopilen o se fijen por escrito. (por ejemplo, el Llibre del Consolat del Mar, siglos XIV y XV de las costumbres de los usos comerciales del Mediterráneo que rigió en Barcelona, Valencia, Mallorca).

La segunda vía de caracterización de la costumbre en cuanto fuente del Derecho, puede ser la consideración del Derecho consuetudinario como un Derecho de origen extraestatal. Las normas consuetudinarias nacen sin la intervención del Estado, sin el poder legislativo reunido, con una efectiva vigencia social. Partiendo de esa idea deberían incluirse dentro del concepto del Derecho consuetudinario los precedentes judiciales, las opiniones doctrinales, las convicciones generales de los grupos sociales y las prácticas reales de los mismos en orden a la vida jurídica. Se trata de un Derecho nacido en los grupos sociales, por la forma de exteriorización también se caracteriza pues se manifiesta a través del uso, de una efectiva acomodación, continuada y uniforme, de la conducta a tales reglas. Los usos sociales de la realidad ciudadana pueden ser meras normas de cortesía o de educación que no entrañan la posibilidad de aplicar una sanción normativa que sí se puede dar cuando se incumple una costumbre jurídica.

2. Notas características de la costumbre

- a) Son auténticas normas jurídicas, lo que permite diferenciarlas frente a los meros usos sociales, normas de cortesía, etc...
- b) Su origen es siempre extraestatal. Se trata de normas jurídicas creadas por grupos sociales no incluidos en el mecanismo estatal.
- c) Se caracteriza por su forma de producción y de expresión o manifestación.
- d) La costumbre es una fuente independiente del Derecho. Nace y se desarrolla con absoluta independencia de la ley.

- e) La costumbre es una fuente subsidiaria. Cumple una función supletoria de la ley, pues regirá, de acuerdo con el artículo 1º del Código Civil, en defecto de ley, lo que implica la invalidez de las costumbres contrarias a la ley y la admisibilidad exclusivamente de aquellas que se producen en materias no reguladas por ley o en materias en las cuales se remite de una manera especial a la costumbre.
- f) Es fuente secundaria, quien alegue ante los Tribunales la aplicabilidad de las normas consuetudinarias deberá probar la existencia, el contenido y el alcance de las mismas.

3. Elementos de la costumbre

Toda la Doctrina de la Teoría General del Derecho, indica que la Costumbre, en cuanto fuente del Derecho, debe poseer dos elementos para su formación³:

- a) Elemento material: Repetición de un acto (mercantil, civil...) de manera reiterada por una comunidad jurídica determinada.
- b) Elemento espiritual: Convicción psicológica de realizar un acto que obliga a las partes y que está admitido jurídicamente por la Comunidad jurídica en la que se desarrolla el acto, elemento llamado *opinio iuris sive neccesitatis*.

4. La relación entre la Ley y la costumbre

En los Ordenamientos estatales modernos la ley ha superado definitivamente a la costumbre como fuente primaria del Derecho, mientras que la segunda ha quedado reducida al rango de fuente subsidiaria cuya validez está condicionada al expreso reenvío que a ella haga la ley, existen excepciones como el Código Civil Suizo que permite en ocasiones, que la costumbre si así lo aprecia el juez, pueda ser superior a la Ley. Al derivar así su validez de la ley, la costumbre no puede derogar la ley ni abrogarla.

Por la forma de relación entre la ley y la costumbre, ésta puede ser de tres clases⁴: *contra legem*, *secundum legem*, y *praeter legem*.

³ Jiménez París, T. Materiales didácticos en abierto de la UCM, las fuentes supletorias de la ley y la aplicación de las normas jurídicas, documento pdf, 2011.

⁴ Rodríguez Zapata, J. Teoría y Práctica del Derecho constitucional. Madrid: tecnos, 2014, pp. 187 y ss. Sobre las fuentes atípicas del Derecho, la costumbre bien puede ser una de ellas, desde luego, no es la más numerosa en nuestro Sistema, pero juega un papel importante en el mismo, cumpliendo funciones de prueba y hermenéuticas, por supuesto, su papel de fuente supletoria, cuando la norma no es clara o no existe y hay un acuerdo que se ajusta a Derecho.

1. La costumbre *contra legem*, es la contraria a la ley y no es admitida por el artículo 1º del Código Civil, ya que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable.
2. La costumbre *secundum legem* s la costumbre a la ley, se distingue difícilmente de la simple observancia de la ley misma, y, fundamentalmente, sirve para interpretar de un modo específico el sentir de una costumbre o de una disposición legal. El Código Civil la silencia, pero no la admite, a juicio de DIEZ-PICAZO, porque el hecho de que una determinada manera de interpretar la ley venga favorecida por la costumbre no puede entenderse como vinculante, sino que los Jueces y Tribunales conservan su libertad para aplicar e interpretar las leyes con arreglo a los criterios hermenéuticos generales, como lo demuestra el que la interpretación usual no parezca mencionada en el artículo 3 del Ce.
3. La costumbre *praeter legem* es aquella que regula situaciones o materias respecto de las cuales no existe ninguna disposición legal. Se encuentra admitida de modo general en el Código Civil en su artículo 1º.

VIII. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

1. *Concepto*

El artículo 1º del CC en su apartado 4º dice que «los Principios Generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento jurídico». La Doctrina los define como «los que derivan de la Justicia tal como derivan tal como la concibe nuestro Ordenamiento jurídico y los acogidos por el mismo que se deducen de él» dice Albaladejo.

Con su inclusión en el sistema de fuentes denota el legislador de procurar la plenitud del Orden jurídico, no dejando huecos o lagunas de la ley sin rellenar. Los juristas han buscado afanosamente el significado de esta expresión —dice LEGAZ—.

Se los identificó los P.G.D. con los del derecho romano y esto tiene un valor meramente histórico, existen dos interpretaciones de los PGD la interpretación Histórica cree o afirma que son aquellos que inspiran una determinada legislación positiva. Para la interpretación filosófica dice que se tratan de verdades jurídicas universales, de principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del Derecho el fundamento de toda legislación positiva. Los principios clásicos los tria iuris praecepta: *honeste vivere, neminen laedere* y el *suum cuique tribuere*, como principios axiológicos de las normas jurídicas y como estructuras formalizadoras de las posibilidades de relación interhumana potencialmente jurí-

dicas, como principio de Derecho natural que están en la base de todo Derecho. Ahora bien, ningún Principio filosófico del Derecho puede ser contemplado en su pura desnudez formal, sino siempre integrado en una concepción filosófica y política en la cual recibe su sentido concreto. La altura del Principio general y su universalidad está en conexión con la altura de la materia a que se refiere, por ejemplo, la igualdad de derechos, pero recurrir a los PGD puede conllevar a la Inseguridad jurídica aplicado por los jueces, en exclusiva. Este peligro se evita —dice LEGAZ— si se pide que los P.G.D no sólo tengan validez filosófica ideal, sino que sean los de aquella filosofía que ha servido precisamente de base a la legislación de que en concreto se trate⁵.

2. Misión de los Principios Generales del Derecho

La Doctrina de los PGD ha tenido mayor influencia en el orden civil, los Códigos civiles suelen tener una alusión expresa a ellos. Es preciso reconocer la eficiencia de los PGD como fuente jurídica, se aplican en defecto de ley o de costumbre como fuente subsidiaria; informan a todas las fuentes del derecho, son inspiradores de todo el Ordenamiento jurídico, delimitan las condiciones de validez de las normas legales y de las normas consuetudinarias y señalan el método y la fórmula para la interpretación de la normas —dice De CASTRO—.

Dice LACRUZ que, en última instancia, se admite al juez la necesidad de autorizarle para encontrar la solución del caso, a falta de ley, en vista de las circunstancias y las orientaciones legales generales, con arreglo a la razón. Son comunes (los P.G.D) a todas las ramas del Derecho así el principio de que el hombre es sujeto de Derecho, persona jurídica, de que las limitaciones de la libertad sólo pueden establecerse con arreglo a las normas jurídicas...constituyen principios de validez igual para el Derecho público que para el Privado —indica LEGHAZ—. En el estatuto del Tribunal permanente de la Haya se alude en su artículo 38 que el Tribunal aplicará las Convenciones Internacionales primero, después la costumbre internacional y «los PGD reconocidos por las naciones civilizadas». La Jurisprudencia del Tribunal Supremo reafirma a la Doctrina, indica primero: aplicación directa de los PGD en defecto de ley y costumbre; segundo: aplicación indirecta a través de las demás fuentes, por su carácter informador; tercero: debe probarse su vigencia citando la norma o normas de las que se infiere... lo cierto es que —dice LACRUZ— los PGD no se manifestaran con independencia de la ley o

⁵ La tesis doctoral de Rodríguez Boente, S. Los principios generales del Derecho. Santiago de Compostela: Universidad, Servicio de publicaciones (prólogo de Manuel Segura Ortega), 2008. Pp. 123 para las clases de principios, 135 para las funciones de esos principios del Derecho.

costumbre, sino que se hallan y serán descubiertos dentro de ellas, informándolas y dando cuenta de las líneas esenciales del conjunto.

3. *Concepción iusnaturalista y positivista. Principios expresos e inexpressos*

- A) Según el profesor GORDILLO CAÑAS, deben precisarse algunos temas filosóficos de los Principios Generales del Derecho. Respecto a su Naturaleza se han dado diversas denominaciones principios objetivos de Derecho Natural, Valoraciones y convicciones con arraigo social, criterios inducidos del Ordenamiento legal en vigor, etc... Posiblemente —indica GORDILLO— de todo un poco suponen los principios, pues la ley es para Cicerón la naturaleza recta y para Santo Tomás, es propio del hombre actuar con razón, la norma legal además presupone cierto criterio inspirador, al cual da circunstanciado desarrollo.
- B) Respecto de su fuerza obligatoria, se discute si es la pura objetividad de su fundamento natural, otros piensan que es el cuerpo de social que los procesa, etc..., aquí se impone una distinción: hay principios que traen su fuerza obligatoria del valor intrínseco que se les reconoce en la conciencia social, en este sentido no dependen ni de la autoridad del Estado ni de los usos o prácticas de determinados grupos o fuerzas sociales, son los llamados por SANTI-ROMANO valores propugnados por la Constitución y que en ella misma comienzan a recibir consagración principal como fundamentadores del orden de la convivencia. Junto a éstos existen otros cuya honda fuerza de obligar es perfectamente distinguible otra: la que se inspira en la Ley que descansa la eficacia normativa de los Principios sistemáticos e institucionales, los que se obtienen de la trabazón del Ordenamiento y de las figuras en el mismo conformadas⁶.
- C) Respecto al alcance de su eficacia, hay que distinguir entre Principios enraizados en la naturaleza misma y profesados como normativos en la conciencia social, que, recogidos en la Constitución se imponen al Poder legislativo (función informadora de los PGD indicaba De Castro), sin esta eficacia existen otros principios que quedan inscritos a la aplicación de la ley, cuando ésta es insuficiente. De Castro en su estudio de los Principios indica que no son homogéneamente encuadrables en la enumeración-jerarquización de las fuentes, ni su eficacia puede limitarse a la mera suplencia de la ley y de la Costumbre; los Principios, simultáneos de la ley, anteriores a la misma, y,

⁶ Gordillo Cañas, A. Ley, Principios generales y Constitución. Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de las fuentes del Derecho. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1990, pp. 35 y ss.

finalmente, subsidiarios en caso de laguna legal, están llamados a cumplir una triple y peculiar función: informadora o fundamentadora, interpretadora, y supletoria de la ley y la Costumbre.

IX. LA JURISPRUDENCIA

Es clásica la definición de ULPiano: *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.

Se dan dos sentidos de la Jurisprudencia: en sentido material, es el conjunto de sentencias del Tribunal Supremo por las que se revela el modo uniforme de aplicar el Derecho. En sentido formal, es el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo.

El Código Civil en su artículo 1º.6 indica ser «la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los PGD».

El punto de vista que ilustra decisivamente en la concepción tradicional este problema, es el de la división y separación de poderes, especie de dogma que se complementa con el de la independencia judicial. El juez no está más que sometido a la ley, algo que refrenda nuestra Carta magna (art. 117 CE).

Aplicar la ley según la Doctrina tradicional no es otra cosa que subsumir el caso concreto bajo el precepto legal, y, silogísticamente, aplicarle la solución prevista en él. Dejando a un lado los postulados de la Escuela del Derecho libre, la cual pretende para el juez actividades legislativas, parece a LEGAZ que la doctrina de KELSEN es la en la que hay que buscar los progresos decisivos sobre la concepción tradicional en lo atinente a este punto. Los tres poderes son para KELSEN tres «momentos» del proceso de creación jurídica, pues para aplicar una norma, individualizar una norma, es crear una norma individual, esto chocaba con la concepción tradicional, mas el juez no es una máquina de subsunción ni tampoco un legislador, ni un creador de normas generales; la ley, por muy concreta que se le deja un margen de libertad, pues siempre posee una dosis de indeterminación, el juez —según LEGAZ— al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, la sentencia judicial como norma individual no es sólo una operación lógica de individualización, sino un acto de creación que implica un punto de vista sobre la justicia. La sentencia es fuente de Derecho por su misma esencia; el juez, no puede dejar de crear Derecho al juzgar, porque toda aplicación normativa es una creación. Es la Jurisprudencia sólo, la que establezca el Tribunal Supremo, no lo es la proveniente de otros tribunales o juzgados no lo son las Resoluciones que emite la Dirección General de los Registros y del Notariado, esa jurisprudencia tiene que ser reiterada para lo que bastan dos sentencias

con la misma doctrina, lo que exige el Tribunal Supremo y es necesario —como indica ALBADALEJO— que haya sido el fundamento del fallo. A ella hay que añadir la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución.

X. VALOR NORMATIVO

Es claro que no es fuente del derecho aunque tenga una importancia decisiva. DE CASTRO estudió su valor y ya negó esa influencia. SÁNCHEZ ROMAN da por sentado que antes de la CE la Jurisprudencia era fuente del Derecho y lo sigue manteniendo tras el Código civil. CLEMENTE DE DIEGO le da el valor de fuente indirecta. La Jurisprudencia puede cambiar de criterio, y complementará el Ordenamiento jurídico, no crea las leyes, pero las aplica, las fija, las aclara, y las interpreta. Se concreta en la unidad de criterio es la más alta misión de la Jurisprudencia y así se produce la evolución unitaria de las normas y su adaptación a las realidades que van cambiando, esta unidad de criterio no se impone de forma vinculante, sino que es orientativa para los juristas en general y los órganos jurisdiccionales en particular. Se puede interponer recurso de Casación ante el Tribunal Supremo para pedir esa unificación por parte del más alto tribunal. DE LA VEGA habla así, de la Juris. como fuente complementaria real y destaca que en ella el Derecho se realiza con plena eficacia, diciendo que el Derecho vivo para los interesados es el determinado en la sentencia, este autor habla de «creación judicial del Derecho» por la vía jurisprudencia y en la línea que antes dijimos. Hay realizar una digresión sobre las Sentencias del Tribunal Constitucional, pues su función es el Control de la Constitucionalidad de las leyes es el juez de la Constitución (art. 159 de la CE)...función que desempeña por tres medios siguiendo el esquema de O'CALLAGHAN:

- Recurso de Constitucionalidad.
- Cuestión de Constitucionalidad.
- Recurso de Amparo.

Se publican en el BOE esas sentencias y tienen valor de cosa juzgada (art. 164 de la CE).

Respecto al caso concreto, produce los efectos de toda sentencia firme, con valor de cosa juzgada material y formal «erga omnes». En el Recurso de amparo se limita a la estimación subjetiva de un derecho y a la nulidad del acto o resolución que atentó a este derecho constitucional. Si se declara la Inconstitucionalidad de una ley, se declara igualmente la nulidad de la misma. En sus sentencias también interpreta las leyes y ello vincula en general y al órgano jurisdiccional en concreto, pues la CE le impone la obligación de aplicar e interpretar la Constitución,

algo que establece en su artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

El valor vinculante, por tanto, se concreta a la nulidad de la norma inconstitucional que alcanza a todo ciudadano, sujeto de derecho: la norma ha dejado de estar vigente, es la función del «legislador negativo» y afecta también a la interpretación de la norma, ya que debe ser interpretada bajo el imperio de la CE, norma suprema. Indica DE OTTO, que las sentencias del TC tienen el valor jerárquico igual al de la CE, excepto en aquellos Tratados que superen a la Propia Constitución dice RUBIO LLORENTE.

XI. LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO INGLÉS

El Derecho inglés es un Derecho hecho fundamentalmente por los jueces, dice LOSANO.

El precedente judicial, es decir, las decisiones de los casos análogos al examinado, contienen el Derecho vigente de manera no codificada, se habla por eso del Common Law como un Derecho no escrito.

Frente al caso concreto, el juez debe estudiar los precedentes y cómo se resolvieron esos precedentes. Ahora bien, no es infrecuente que el juez se encuentre con que no existen precedentes para un caso concreto, entonces debe decidir conforme a los Principios Generales del Derecho y su sentencia se convertirá así en un «original precedent», que deberán respetar los jueces sucesivos. Los Tribunales se rigen por el Principio de Jerarquía y en la cabeza de ellos está la «House of Lords», el Tribunal inferior debe obedecer la Jurisprudencia del Superior y para disentir de ella debe individualizar diferencias de hecho entre el caso examinado y el precedente presentado, es algo que no es infrecuente y que genera sentencias tortuosas y de difícil lectura.

La Jurisprudencia en el Derecho inglés es la fuente fundamental de renovación de un Derecho que sigue por unos cauces procedimentales conservadores.

XII. BASE FILOSÓFICO-JURÍDICA DEL NEGOCIO JURÍDICO

El Código Civil conceptúa como negocio jurídico aquel acto —o pluralidad de actos entre sí relacionados, ya sean de una o varias personas— cuyo fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del Derecho Privado, esto es, una modificación

en las relaciones jurídicas entre particulares —dice LARENZ— en la Doctrina alemana.

Por medio del negocio jurídico el individuo configura por sí relaciones jurídicas con otros. El negocio jurídico es el medio para la realización de la «autonomía privada» presupuesta en principio del Código Civil.

Se dice —indica K.LARENZ— que el negocio tiene por finalidad producir una consecuencia jurídica, es decir, el efecto jurídico se origina no sólo porque el Ordenamiento jurídico lo vincula a aquél —el reconocimiento otorgado por el Ordenamiento jurídico ha de darse siempre adicionalmente— sino, en primer término, porque quien celebra el negocio jurídico quiere producir el efecto jurídico precisamente con la celebración del negocio jurídico.

Por tanto, este es el acto normal, es decir, un acto finalista dirigido adecuadamente a la producción de una determinada consecuencia jurídica.

El acto por el cual se realiza la voluntad de producir una determinada consecuencia jurídica es en todos los casos la «manifestación» de esa voluntad, esto es, una declaración de voluntad. El actuante da a conocer, las más de las veces, frente a un determinado destinatario, y en algunos casos también ante la colectividad, que el efecto jurídico debe originarse según su voluntad, y lo produce precisamente mediante ésta conforme al Ordenamiento jurídico.

Esa declaración puede ser oral o escrita, en la mayoría de los casos no es suficiente, para que se origine el efecto jurídico, la declaración de una sola persona, sino que se requieren para ello las declaraciones concordantes de varias personas que se obligan conjuntamente a lo que han declarado, esto es, un contrato.

En este caso, llamamos «negocio jurídico», no la declaración de voluntad aislada, esto es, la del comprador o la del vendedor, cada una por sí, sino la actuación correlativa de ambos contratantes, formada por ambas declaraciones, pues sólo mediante esa actuación concordante de ambos, que es precisamente el contrato, se produce el efecto jurídico.

El contrato —dice LARENZ— es asimismo algo más que la mera suma de dos declaraciones de voluntad; dado que éstas se hallan relacionadas entre sí conforme a un sentido, el contrato es una totalidad dotada de sentido.

Además de las declaraciones de voluntad, la ley exige de ellos en muchos casos, para que se origine el efecto jurídico, otros actos, particularmente determinados actos ulteriores de ejecución (la dación de la cosa en la compraventa).

En otros casos, se exige la forma para la perfección de los contratos, o de otro acto de alguna persona, entonces hablamos de un requisito de validez (la declaración de un tercero, una inscripción en el registro, etc...). Un acto jurídico negocia; no existe hasta el momento en que no existan, además de esa mismo acto

negocia; y sus requisitos de validez, que forman conjuntamente el «supuesto de hecho», al que la ley enlaza el efecto jurídico.

Existen algunos negocios jurídicos no se basan en una declaración de voluntad o en varias, sino en una simple actuación de la voluntad. Entiende LARENZ por simple actuación de voluntad jurídico-negocia; (en contraposición a la declaración de voluntad) un acto que no está dirigido —ni tampoco en opinión de un destinatario— a poner en vigor un efecto jurídico por la comunicación de la voluntad de producir tal efecto, sino que se propone producir el efecto jurídico pretendido por el actuante de forma que se cree la situación de hecho correspondiente a ese efecto jurídico. Es, por tanto, un mero acto de ejecución, no un acto declarativo (la apropiación de una cosa mueble hasta entonces sin dueño, y el abandono de la propiedad de una cosa mueble).

Se habla, por tanto (LARENZ), de negocio jurídico como un acto o una pluralidad de actos entre sí relacionados, de los cuales al menos «un acto» es una declaración de voluntad dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico. Se entiende por II declaración de voluntad 11 —un acto dirigido a manifestar a otros, o a otra persona determinada—.

una determinada voluntad del actuante de producir un efecto jurídico, y por simple actuación de voluntad, un acto sin el carácter de manifestación, pero que igualmente está destinado a producir un efecto jurídico. La declaración de voluntad es, al propio tiempo, manifestación de voluntad y actuación de la voluntad dirigida a la producción del efecto jurídico; la simple actuación de voluntad, en cambio, es un mero acto de ejecución⁷.

⁷ Larenz, K. Base del negocio jurídico y cumplimiento de contratos. Granada: Comares, 2002, pp. 45 y ss.

LA INTERPRETACIÓN DEL ORDENAMIENTO

I. INTERCONEXIÓN ENTRE LOS PROCESOS DE APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Dice LARENZ que las normas jurídicas se interpretan para aplicarlas a hechos concretos. La norma se coloca plegada sobre el hecho enjuiciable y éste se mide por aquélla. Pero ello haría imposible la interpretación si siempre estuviera la norma estuviere clara. La mayor parte de los hechos jurídicos son complejos. Toda norma —dice LARENZ— simplifica porque quiere abarcar muchos hechos, aprehende de cada hecho particular sólo algunos aspectos o elementos. Todos los demás los desatiende, algún elemento puede ser relevante y, sin embargo, para el caso concreto. Ello pone de manifiesto la existencia de una laguna en la estructura normativa que pueda ser colmada de acuerdo con las ideas fundamentales de una regulación o con un juicio principio jurídico general. Así la «aplicación de la norma» se transforma para el jurista de alguna manera en la ulterior determinación de su contenido y complemento.

Así se funden la interpretación y la aplicación de la norma, en principio está el texto de la ley (que puede ser o no claro) y alrededor de ese texto, una serie de interpretaciones, restricciones y complementos, la cual regula su aplicación en particular. GADAMER indica que la actividad de la aplicación es un momento inherente a todo «comprender». En este comprender tiene lugar siempre algo así como una aplicación del texto que se ha de comprender a la situación presente del intérprete. La aplicación es un elemento inherente de la hermenéutica jurídica como el comprender e interpretar. En ese proceso, el intérprete debe ver si aplica una ley ya algo antigua, si la situación para la que ésta fue creada todavía —como dice LARENZ— o si quizá «un cambio de la situación normativa» exige una interpretación modificada.

El problema no es la distancia temporal entre el hecho y la ley, sino la distancia —dice LARENZ— (o si quizá un cambio de la «situación normativa» exige una interpretación modificada), que existe entre la generalidad de la norma y la singularidad de cada caso concreto. Una regla existe para ser aplicada del mismo modo a todos los casos que han de ser medidos por ella, ello no puede ser posible si para la interpretación jurídica ha de ser una regla entendida de nuevo, y de otro modo en cada situación concreta, para cada caso particular. Ya se sabe que ningún caso es igual a otro bajo todos los aspectos. La idea de la «igual medida», un elemento fundamental para la justicia, sería una ilusión. Toda concretización (lograda) de una regla sienta una medida, en relación con otros puntos de vista

valorativos, para el enjuiciamiento de otros casos similares. El hecho de que estas reglas solamente en el desarrollo de su aplicación consigan aquel grado de determinación de contenido que hace posible su aplicación igual a casos iguales sólo puede sorprender a quien no logra desembarazarse de la imagen de la regla plegable, o dicho más modernamente, que considera íntegramente programable la aplicación de las normas¹.

El proceso interpretativo aplicativo requiere la función regulativa de la norma se concrete y la interpretación mediante un proceso dialéctico en su estructura.

II. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN

El fin de interpretar una norma es la averiguación del sentido y alcance de la norma; el objeto es el texto de la norma; los medios son los elementos o datos que conducen a tal fin, todas las definiciones de la interpretación llegan a lo mismo: La indagación del significado de la norma empleando criterios literarios y conceptuales. (R. SORIANO). Interpretar es determinar el sentido de la norma que se aplica (LEGAZ).

III. CLASES DE INTERPRETACIÓN

Existen muchas clasificaciones, pero es clarificadora la que se realiza tradicionalmente:

- Por su origen: Puede ser auténtica, usual y doctrinal.
 - Auténtica: es la dada por el mismo legislador: 1) en el propio texto de la norma (interpretación contextual); 2) en una norma posterior (ley interpretativa) que deberá tener el mismo rango en el orden de la prelación de fuentes para imponer la interpretación que ordena de la ley anterior; 3) en la Exposición de motivos, aunque ésta no es fuente del Derecho, carece de la categoría de norma y, por tanto, de obligatoriedad.
 - Usual: es la realizada por los tribunales y jueces y de ellas la más importante la del Tribunal Supremo.
 - Doctrinal: es la realizada por los autores que forman la doctrina científica del Derecho, y que no tiene más fuerza de la que posea su autor en la categoría de su autor.

¹ Balaguer Callejón, M. L. Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 100 y ss.

- Por su resultado:
 - Declarativa: cuando el sentido de la norma coincide con el texto de la ley; el sentido claro y su letra se tiene como reproductora de su contenido.
 - Interpretación correctiva: cuando es necesario rectificar la letra de la ley para que concuerde con su sentido; Extensiva, cuando el sentido es más amplio que la letra, porque la ley dijo menos de lo que debía decir; restrictiva: cuando el sentido es más restringido que la letra, porque la ley dijo más de lo que debiera².

IV. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

El conjunto de los criterios aportados por la Escuela Histórica y la dogmática alemana del siglo XIX conservan su validez, pero sin la solidez e incontestabilidad que ostentaban en el siglo pasado, dice SORIANO. Los criterios que se anuncian están indicados en el artículo 3.1 del Código Civil, pero no son los únicos, pues la Jurisprudencia va creando nuevos métodos impuesta por la realidad mutable social.

V. CRITERIO LITERAL O FILOLÓGICO

Representa el primer criterio aplicado por el intérprete, puesto que es indispensable fijar el texto de la norma para discurrir sobre él: la norma es una expresión lingüística, y el intérprete tiene que examinar el significado de los términos de la expresión.

Eliminar, en lo posible, la ambigüedad de las palabras, para indicar la elección del significado correcto. Aunque el legislador debe evitar esos términos ambiguos sin utilizar ningún vocablo literario, pero el Legislador debe recurrir a esas palabras con contenido polémico, para que se acomoden a los posibles gobiernos y su ideologías respectivas.

Se debe elegir el significado más acorde cuando la palabra es ambigua; es el problema que se plantea con las palabras vagas e imprecisas, plantean el problema de la dificultad de identificar la totalidad de los objetos incluíbles en la palabra. Las palabras no se presentan con la debida claridad; existe en ellas una zona

² Leena, K. «Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica» en la Revista Doxa, 1987, pp. 109 y ss... que analiza Aarnio, A.

indeterminada u oscura. Así no ya la propia palabra, sino la carga emotiva de las palabras, dice SANTIAGO NINO, que perjudica su significado cognoscitivo favoreciendo su vaguedad, de este modo, las definiciones que se suelen dar de las palabras con carga emotiva son «persuasivas», puesto que están motivadas por el propósito de orientar las emociones, favorables o desfavorables, que provoca en los oyentes el empleo de ciertas palabras, hacia objetos que se quiere encomiar o desprestigiar.

La propia relación sintáctica es también elemento distorsionante, la colocación de una coma puede cambiar el sentido de la norma, una vocal «o» puede confundirse con una partícula conjuntiva «y».

VI. CRITERIO LÓGICO-CONCEPTUAL

El conceptualismo jurídico, denominado por otros, positivismo formalista, para distinguirlo del positivismo sociológico, se preocupó del estudio de la norma y del Ordenamiento jurídico como puras formas expresas que recogían la voluntad del legislador, a los que tenían que reducir a un sistema coherente. La norma era objeto de análisis en sí misma, y en sus partes componentes, porque la comprensión se alcanzaba cuando se conocía de qué manera todos sus elementos constitutivos formaban una unidad conceptual. WINDSCHEID fue el creador del método analítico desde los conceptos generales a los más simples, en un proceso. El criterio lógico, supone la aplicación de las leyes de la LÓGICA al ámbito del Derecho. KALINOWSKI sostiene que el Derecho es el ámbito de aplicación conjunta y complementaria de reglas jurídicas y lógicas, advirtiendo que son muchos los Códigos que aplican la regla lógica de la inferencia deductiva y la lógica en el Derecho³. Distingue Kalinowski entre una lógica (=es una parte de la lógica jurídica que estudia los razonamientos jurídicos) y una filosofía de la interpretación jurídica (= justifica racionalmente la validez objetiva de la interpretación jurídicas).

Las reglas lógicas son de considerable dificultad:

- Argumento «a pari»: cuando el legislador al regular un caso determinado, quiso regular otros de la misma especie.
- Argumento «a contrario»: cuando el legislador al regular un caso determinado excluyó otro de esa regulación.

³ Tiene un trabajo Elena Macías Otón, «Los problemas conceptuales y socioculturales de la traducción jurídica, inglés, francés, español» en Revista de Llengua i dret, 2015, p. 49-62, que analiza los factores lingüísticos y extra, para los traductores que había analizado al autor en cuestión.

- Argumento a fortiori: cuando se regulan los supuestos de hecho de manera distinta para acentuar sus diferencias esenciales.
- Argumento a generali sensu: supone una interpretación extensiva normativa.
- Argumento strita lege: que supone una interpretación restrictiva de la ley.
- Argumento ad absurdum: cuando el legislador elige un sentido de la norma que de no obedecer a esos cauces lógicos sus consecuencias serían irracionales.

VII. CRITERIO SISTEMÁTICO

Este criterio estando conectado con el anterior, obedece a poner la norma en relación con otras normas en el marco de un sistema jurídico. Se trata de buscar una sede materiae de la norma que su función queda definida por el lugar de la norma en el Ordenamiento.

VIII. CRITERIO HISTÓRICO

Las normas jurídicas para su elaboración sufren un proceso de creación. Una interpretación de carácter subjetivo (la que indaga la idea del legislador al legislar una materia) utiliza el dato histórico como el más significativo. En cambio, para una interpretación sociológica ese dato no es de demasiada relevancia. Los materiales prenormativos más utilizados como indica Iturmendi son los precedentes remotos, el Derecho romano y el Derecho Canónico en el Derecho occidental. Los precedentes legislativos inmediatos formados por las normas y sistemas anteriores de las actuales, y la legislación de los países que influyeron en esas leyes nuestras (Código de Napoleón y B.G.B. alemán para nuestro Código Civil). Los materiales preparativos de las normas en su elaboración, anteproyectos, informes técnicos de la comisiones, actas de los debates, discursos públicos... y las Exposiciones de Motivos de las leyes que resumen su elaboración y los principios y directrices de su regulación⁴.

⁴ Iturmendi Morales, J. «Acerca de Rudolf Von Ihering y el sistema de los juristas romanos» en Anuario de la Facultad de Derecho, número 11, 1993, pp. 415-480.

IX. CRITERIO TELEOLÓGICO

Intenta explicar el fin de la norma como la función principal de la interpretación. En un contexto dinámico, intenta seguir la evolución de la norma. Se liga con el criterio objetivo de la interpretación de la norma, estudia los fines que la norma persigue: de orden formal: los fines de las normas superiores del sistema normativo y de los valores constitucionales; y de orden material: atender a los elementos de la realidad social regulada por la norma y que la interpretación no desvirtúe esa norma; de orden pragmático: para llegar a una aplicación correcta en el contexto social⁵.

X. CRITERIO SOCIOLÓGICO

Supone confrontar la norma jurídica con la realidad social e intenta saber la efectividad en la realidad social de la norma. Trata de realizar una aplicación de la norma acorde con la realidad social, de no aplicar una norma que no es efectiva, que está derogada o interpretada de forma distinta por la sociedad, que ese supuesto de hecho lo ha denegado como relevante de la norma jurídica o aplicándole alguna exención a un hecho anteriormente declarado delictivo. Se trata de comprobar la interrelación de la norma con la sociedad: el Derecho realmente aplicado dice E.DIAZ, y saber si su aplicación concuerda con el sustrato sociológico a que el supuesto de hecho hace referencia en la norma. Se trata de aplicar el método sociológico del Derecho al estudio e interpretación de la norma jurídica, indica TREVES que se no se considera el documento jurídico (la norma) a la luz del Derecho Positivo a que se refiere, sino respecto del contexto social en el que se sitúa el fenómeno jurídico contenido en dicho documento. En la interpretación sociológica distingue TREVES el método clásico (= el análisis interno de la norma jurídica que trata de identificar las líneas esenciales y los aspectos secundarios de su contenido, y el método cuantitativo que corrige los defectos del clásico, que utiliza la descomposición de la norma para calcular los potenciales supuestos de hecho a los que esa norma se puede aplicar de forma acorde con la realidad social, pero el juzgador en España está poco auxiliado por los instrumentos de la Sociología del Derecho empírica (encuestas, estudios de opinión, memorias de los tribunales, índices de aplicabilidad de una determinada norma jurídica⁶...

⁵ Con respecto a la teleología en los actos administrativos y sus normas, Real, A. R. «La fundamentación del acto administrativo» en la Revista de Derecho Público, número 27, 2016, pp. 111-132.

⁶ Carvajal, J. «La sociología jurídica y el Derecho» en la revista Prolegómenos, Derechos y Valores, Colombia, volumen XIV, núm. 27, 2011, pp. 109 y ss.

XI. LA INTERPRETACIÓN Y LAS DIRECTRICES INTERPRETATIVAS DEL CÓDIGO CIVIL

Los Sistemas jurídicos suelen dotarse de disposiciones sobre la interpretación (así en el artículo 3.1 del Ce). El profesor Igartúa distingue el objeto de la norma que se va a interpretar. Instrumentos legislativos que ayudan a esa interpretación, son:

- Las definiciones legislativas, son aquellas que aparecen en el texto de una ley, o más genéricamente, de un documento normativo. Dotan —este tipo de definiciones legislativas que ayudan a la interpretación— de un nuevo significado a una palabra ya existente o bien a introducen una palabra nueva, con un sentido nuevo, las llamadas de las definiciones estipulativas.
- La leyes Interpretativas, son aquellas que establecen qué significado debe atribuirse a un enunciado de otra ley precedente que no lo había dejado claro⁷.

En los Títulos preliminares de los Códigos es donde encontramos un método interpretativo genérico que no se refiere a una norma determinada ni impone un resultado específico, así el artículo 3.1 del Ce, indica:

3.1. «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Estas directivas interpretativas deben ser analizadas:

- El sentido de las palabras. Hay identificar el vocablo de la lengua a que pertenece con propiedad, indicando las peculiaridades lingüísticas y semánticas, ya que éste tiene contenidos técnicos, tecnicado aun cuando nacieran vulgares, pero que acaban engrosando el lenguaje ordinario. El problema de la ambigüedad de las palabras del lenguaje ordinario ha de entrar en la propia esencia de la interpretación, y se ha de examinar si un vocablo era de uso ordinario cuando se tecnicó en una ley.
- En relación con el contexto. El criterio sistemático —que analiza la norma en relación con el conjunto normativo— pone la norma en relación con otras en el marco del Sistema jurídico entero o en el marco de un sistema circunscrito. Existe una tipología que realiza el profesor IGARTUA, de los sistemas regionales que se observan:

⁷ Igartua Salaverria, J Teoría analítica del Derecho (interpretación de la ley). Oñati: Instituto vasco de la Administración Pública, 1994, pp. 47 y ss.

- Sistema como identidad de fuentes de producción (tener las mismas fuentes y la misma jerarquía de las fuentes).
- Sistema como común derivación material: todas las normas derivables del contenido de una norma.
- Sistema como derivación formal: según que una norma se produzca de un poder del que emanen.
- Sistema como común proyección institucional: sistema en el que todas las normas regulan una misma institución.
- Sistema como comunidad de usuarios: normas usadas por un sujeto u órgano.

1. Los antecedentes históricos y legislativos

Respecto de este punto, se puede discutir si en ese contexto se incluyen las ideas políticas, económicas...que explican la génesis de cualquier ley o norma. Se deben tratar de los antecedentes históricos que son relevantes: Los antecedentes estrictamente jurídicos (las instituciones, a veces, no se han regulado de una forma lineal que ni siquiera respetó al núcleo de la regulación anterior, sobre todo en las épocas revolucionarias que se plasman en grandes cambios legislativos), ahora bien, hay que preguntarse hasta dónde se han de remontar los antecedentes normativos en la interpretación de una norma:

- Los precedentes legislativos remotos, pero relevantes.
- Los precedentes legislativos inmediatos, y los errores que se cometieron en esa reformas.
- Materiales normativos preparatorios de toda ley (discusión parlamentaria y enmiendas).
- La Exposición de Motivos y Preámbulos de las leyes.

Pero una norma puede poseer varios antecedentes o los cambios de los Sistemas jurídicos que se dan en las revoluciones, habrá que observar cuáles de aquellos son los que interesan a los efectos de la interpretación. En los Antecedentes de la Exposición de motivos se debe preguntar si prevalecen las voces parlamentarias mayoritarias o si se han de tomar en cuenta las discusiones y propuestas de los grupos minoritarios.

Así también, se debe caer en la cuenta de la técnica de los propios legisladores.

2. *La realidad social. Para la evocación de la realidad social se convierta en un método de interpretación se requieren tres condiciones*

1. Que se determine el grado de concreción que deben tener las referencias a los fenómenos sociales.
2. Que se establezcan los procedimientos de prueba para verificar la existencia de los fenómenos sociales referidos.
3. Que se constituya un sistema de valores que permita otorgar relevancia o quitársela a lo que se tiene por realidad social en una materia concreta.

3. *El espíritu y la finalidad*

Significa el argumento teleológico al ahondar en el espíritu de la norma se trata de algo metafórico. Con este nombre se designa todo argumento que justifique, por razones axiológicas, preferentemente, el distanciamiento de la literalidad de la norma interpretada: otras veces se llama voluntad del legislador, voluntad de la ley, teleología de la ley, etc...

La finalidad parece algo más identificable, pero de dónde nace es el problema, destaca IGARTUA. Unas veces, son los autores de la ley, otras veces está ínsita esa finalidad en el contenido de la propia norma, otros dicen que es el fin concreto del precepto interpretativo, otra teoría indica que es el fin del Derecho concebido como conjunto. De todas estas directivas interpretativas no existe un orden de prevalencia ni un método que se pueda utilizar sobre los otros, pues todos los intentos de conseguir eso han resultado fallidos.

XII. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ

Se sabe —dice IGARTUA— que existe la interpretación de los aplicadores de las normas (jueces). Los límites a la discrecionalidad son, normativos, factuales, ideológicos⁸.

Según el profesor Igartua los define:

⁸ Igartua, J. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Cívitas, 1998, pp. 85 y ss.

- Límites normativos: son normas jurídicas que dirigen o disciplinan la interpretación y/o solución de controversias interpretativas, prescriben la manera de argumentos o motivar las opciones realizadas.
- Límites factuales: los cánones de racionalidad que de hecho se aceptan en un ambiente cultural dado y el peso que suele conferirse a interpretaciones de normas ya acreditadas y consolidadas.
- Límites ideológicos: conjuntos de ideas que señalan los valores o fines que la decisión judicial debe alcanzar.

Las normas jurídicas (definiciones legislativas, leyes interpretativas, títulos preliminares) limitan la discrecionalidad a través de las directivas obligatorias de interpretación, pero, no lo eliminan del todo. Las limitaciones factuales inciden en la interpretación del juez: la cultura jurídica pone en juego unas actitudes epistémicas y axiológicas comúnmente aceptadas, pero con un contenido que no siempre se sustrae al influjo de diferentes ambientes e ideologías.

El papel del precedente y de la Doctrina dependerá del valor que se asignen a tales o cuales decisiones judiciales previas y a éstas o aquéllas opciones de la Doctrina. La reducción del margen merced a la acción de una ideológica de la aplicación judicial del Derecho —la más propagada— la ideología de la decisión legal y racional tampoco es definitiva, porque los valores propugnados determinan sólo la dirección que ha de seguirse en las decisiones judiciales, pero no el contenido de una decisión concreta, y porque los valores son diferentes, esto no ocurre sólo en el Derecho.

Interpretación y poder: los criterios de interpretación de las normas están sometidos a los jurídicos y a otros que han sido interiorizados por la comunidad jurídica, sino básicamente porque el Derecho es un medio autorizado de poder social, y los resultados de la interpretación determinan el ejercicio del poder en una sociedad dada. Derecho, poder e interpretación constituyen una unión, por ello, el control de los resultados de la aplicación de la ley es esencial en el campo del Derecho.

XIII. MÁRGENES PROTEGIDOS Y NO PROTEGIDOS DE LAS DISCRECIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS JUECES

Se trataría de un «control» que no menosprecie —dice Igartua— la independencia; independencia respecto de todo lo que no sea derecho válido y como dependencia únicamente de la ley y sus designios. Es necesario algún control, se hace necesario para cuidar que el juez aplique la ley y preserve los valores inherentes al Derecho. Hallar los «márgenes jurídicamente protegidos» y los «no protegidos». La decisión de evidencia (admitir que un hecho ha sido probado) es un margen

protegido jurídicamente por el Derecho, cuando obedece a la íntima convicción del juez. En la decisión de interpretación podemos encontrarnos con márgenes jurídicamente protegidos, porque el Derecho dispone de directivas de interpretación legalmente vinculantes. WROBLEWSKI no ve esta decisión tan clara, en la decisión de evidencia, la convicción del juez funciona como base para decidir que un hecho ha sido o no probado. La protección jurídica a esa decisión de evidencia supone:

- Decisión de evidencia significa que el juez no está vinculado, pues no existen directivas para la íntima convicción del juez.
- Si su convicción está debidamente justificada, ésta no puede ser alterada en una instancia superior a no ser que ésta pueda tener derecho a conocer el caso «ex novo»; aquí hay mayores problemas jurídicos, deben indicarse los hechos que el Tribunal considera probados, las pruebas cuya veracidad es dudosa, etc...

Las directivas interpretativas vinculantes no pueden —dice el profesor Igartua— eliminar los márgenes de manobra que obedezcan a criterios legales. No obstante, en la cultura jurídica existe una convicción muy enraizada que indica que toda norma jurídica tiene un significado «verdadero» y que, por consiguiente, para cada caso hay una interpretación única⁹.

XIV. LAS DIRECTIVAS INTERPRETATIVAS EN LA TEORÍA DE LA SUBSUNCIÓN

Para afrontar el contingente de dudas al que acompaña la teoría de la subsunción utilizada por los jueces (incluir el supuesto de hecho y aplicarle una norma jurídica), la tradición jurídica ha ido fraguando azarosamente un compendio de directivas para neutralizar los efectos de los límites mencionados anteriormente. WROBLEWSKI clasifica las directivas en lingüísticas, sistemáticas, y funcionales, analizadas por el profesor Igartua.

1. *Directivas lingüísticas*

1. Si no hay razones suficientes en contra, los términos legislativos mantienen el significado que tienen en el lenguaje común.

⁹ Igartua Salaverria, J. «¿Es preciso probar la inocencia en la revisión penal?» en Diario La Ley, 2010, pp. 2 y ss. del trabajo.

2. Sin razones en contra, a los términos idénticos se le aplican significados idénticos.
3. A términos suficientes se le aplican términos diferentes.
4. Las reglas sintácticas del lenguaje ordinario son las mismas que del lenguaje legal.

2. *Directivas sistemáticas*

1. A una regla no debe atribuírsele un significado que se le haga contradictoria con otra regla perteneciente al sistema.
2. A una regla no debe atribuírsele un significado incoherente con el significado que tienen otras reglas del sistema.
3. A una regla debe atribuírsele el significado que sea el más consistente posible y coherente con un principio del derecho.

3. *Directivas funcionales*

1. A una regla debe atribuírsele el significado que se deduce de la finalidad que persigue la institución a la que pertenece la regla.
2. A una regla jurídica debe atribuírsele un significado acorde con la voluntad del legislador histórico.
3. A una regla se le atribuirá un significado concordante con la intención del legislador contemporáneo.
4. A una regla jurídica debe atribuírsele un significado que se ajuste a los objetivos que debe alcanzar en estimación del intérprete.

Se llaman directivas de primer grado a las lingüísticas, sistemáticas, y funcionales y directivas de segundo grado a las que se indican cómo proceder (directivas de procedimiento) y directivas que se deben preferir (directiva de competencia).

XV. LAS DECISIONES INTERPRETATIVA SOBRE LOS HECHOS PROBADOS

Es fundamental incidir en un examen —dice el profesor IGARTUA a quien se sigue— sobre la especificidad de las pruebas de los hechos en Derecho. Con frecuencia, suele parangonarse el trabajo de un juez con el de un historiador. El juez intenta reconstruir un hecho ya acontecido con relevancia jurídica.

La verdad judicial y la verdad del historiador poseen sus diferencias:

- En el Derecho hay hechos que no deben ser probados, sí lo deben ser para un historiador (p.e. la presunción de inocencia).
- El Derecho excluye pruebas que, en principio, pueden ser idóneas para el conocimiento de la verdad.
- La valoración de las pruebas admitidas depende no de una sino de dos clases de reglas de evidencia («formal» y de la «libre valoración» respectivamente).
- Las querellas judiciales, a diferencia de los problemas históricos o científicos, tienen necesariamente un término: el litigio acaba obligatoriamente en una solución y ésta llega ser definitiva (el instituto de la cosa juzgada).

Dice WROBLEWSKI, que en el ámbito del Derecho, la evidencia de un hecho está sujeta a una específica regulación de las pruebas.

- Se exigen demostrarse todos los hechos esencialmente importantes para la solución del caso sometido al Tribunal. Es la ley la que establece los hechos que deben ser probados y los medios para ello, así como la valoración de los medios de prueba para el juez.
- El Derecho se encarga de separar las pruebas admisibles de las inadmisibles. La admisibilidad de las pruebas es regla general en aquellos procedimientos que apuntan a la consecución de la verdad material. Sólo se descartan las pruebas que con alta probabilidad inducen a informaciones falsas (p.e. el testimonio de un deficiente mental) y otros valores (no a las pruebas obtenidas mediante la tortura).

1. Criterios para la determinación del hecho interpretable

Diversos criterios se señalan —dice IGARTUA— para la determinación de la prueba obtenida legalmente:

2. Interés público o privado

Cuando haya que optar entre el interés privado que supone la defensa de un derecho particular (violado con la obtención ilícita de una prueba) y el interés público por la averiguación de la verdad, la seguridad, etc... que debe cumplir el proceso, habrá de reconocerse la superioridad de este último. Se trata de salvar las pruebas de origen ilícito: o bien en base a que se debe optar por el mal menor (o por el mayor de los bienes) en cada caso concreto, o bien decantarse, por vía de regla general, a favor del valor jurídico superior.

- El criterio de la «inevitable discovery» establece que la prohibición de aprovechamiento de las pruebas ilícitamente obtenidas no debe pesar sobre aquellos datos que habrían sido inevitablemente conocidos por otras vías en el curso de la investigación, pese a ser razonable, es de extrema complejidad en su aplicación.
- La doctrina de la «fruit of the poisonous tree doctrine» (doctrina de los frutos del árbol venenoso) se para a analizar otro problema, qué ocurre con las pruebas lícitas, que proceden de una prueba ilícita, que ya hemos indicado como no admisible en Derecho. P.e. un detenido revela en un interrogatorio, en el que media la violación de derechos fundamentales, dónde se encuentra el arma y el botín. La policía con esa información consigue el mandamiento judicial para entrar en una casa y registrar esa misma. Se han obtenido pruebas lícitamente, con orden de registro judicial, basadas en una transgresión de los derechos fundamentales. La mayor o menor independencia del hecho obtenido es lo que hará que esa prueba sea aceptada, analizando la relación causa-efecto.

3. Teorías sobre la aceptación de las pruebas¹⁰

El Derecho establece las pautas para la aceptación de las pruebas, que debe decidir el juez o Tribunal. Dos Teorías dominan en el tema.

1. La Teoría Legal, corresponde a las disposiciones procesales que prescriben las reglas legales de la prueba. Se consignan esas pruebas en los textos legislativos. Entre esas reglas jurídicas de evidencia existen, las hay paraempíricas, y son aquellas que se basan en irregularidades empíricas; p.e. la presunción de paternidad del marido de la madre si el niño nace dentro de un determinado período de tiempo.

Hay también reglas no empíricas, y son aquellas que no se basan en regularidades empíricas, pero exigen tratar como existentes ciertos hechos cuando se demuestra lo contrario, por ejemplo, la presunción de la muerte de una persona cuando está desaparecida. Por último, ha habido reglas de otras épocas contra empíricas, evidencias por hechos de la brujería en la época medieval.

2. La Teoría de la libre valoración de la prueba, que domina en los sistemas contemporáneos. El Tribunal aprecia la veracidad y la fuerza de las pruebas según su convicción íntima que se funda, sobre todo, en las reglas de la

¹⁰ Asencio Mellado, J.M. «Prueba ilícita» en Revista General del Derecho Procesal, núm. 26, 2012, pp. 10.

ciencia y en la experiencia común. Es libre no porque el juez la valore como quiera o le venga en gana, sino porque los criterios de aceptación de las pruebas no aparecen estipulados en reglas legales. El juez acepta los datos científicos y luego los valora conforme a su experiencia común.

XVI. INTERPRETACIÓN COMO ACTIVIDAD RACIONAL

El Método jurídico-racional de la interpretación de la norma es formulado, entre otros autores, por KRIELE («Theorie der Rechtsgewinnung», 1967) fundamentalmente. No entiende el Derecho «racional» como un sistema jurídico natural o jurídico-racional de normas jurídicas o Principios intemporalmente válidos, más bien opina que todas las decisiones jurídicas, tanto del legislador como la del juez, precisan justificación (interna) mediante fundamentos racionales. Un texto jurídico sólo puede ser rectamente interpretado cuando se le supone la intención de «racionalidad» e «imparcialidad» (con o sin razón) y sólo en este sentido se supone la interpretación extensiva, restrictiva o modificativa.

Las leyes raras veces son claras y su ámbito de aplicación está tan limitado que «existen más lagunas que disposiciones legales». Hay que recurrir a la consideración jurídico racional de «hipótesis normativas», quedando con ellas solucionados todos los problemas en la medida en que el legislador ordinario y el constituyente las leyes ha resuelto.

Son diversos los pasos que en la interpretación se deben dar:

1. Cada caso jurídico comienza con el establecimiento de una «hipótesis normativa» que sean apta para contestar a la cuestión por él suscitada.
2. La Hipótesis normativa se compensa con las normas jurídicas positivas. Se debe preguntar acerca de la «capacidad justificante» de la hipótesis normativa a dónde habría que conducir tal hipótesis si fuera reconocida o no reconocida como norma jurídica, presuponiendo que todas las decisiones vinculantes.

La interpretación del texto sólo puede ser recta si soluciona rectamente los problemas concretos, es decir, de un modo justificado¹¹.

Para ello, STARCK y otros formulan las máximas de la interpretación (maxirnes d'interpretation) en tres grupos y se distinguen: restrictivas, plenificantes, privilegiantes.

¹¹ Alexy, R. El concepto y la validez del Derecho. Madrid: Gedida, 2013 (reimpresión digital), pp. 141 y ss. al hablar del discurso jurídico justificante en las decisiones y el argumento pragmático y transcendental.

Primer grupo (restrictivas):

- La excepción es de estricta interpretación.
- Las penas son de estricta interpretación.
- Ningún privilegio sin ley.
- La razón de la ley cesa con la ley misma.

Segunda grupo (plenificantes):

- No deben distinguirse donde la ley no existe.
- No se debe juzgar sin contemplar la ley entera.
- Lo superfluo no daña.

Tercer grupo (privilegiantes):

- En la duda a favor del reo.
- En la duda se debe reglar, resolver sobre mínimos.
- La ley posterior deroga a la anterior.
- Las normas especiales derogan a las generales.

XVII. EL PRECEPTO DE INTERPRETACIÓN «CONFORME» O «DESDE» LA CONSTITUCIÓN

Dice el maestro LARENZ que entre los principios éticos-jurídicos, corresponde una importancia considerable a los principios elevados a rango constitucional. Sobre todo en el apartado de los derechos fundamentales y dar la preeminencia en la interpretación a la dignidad de la persona (art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn, así como el principio de la igualdad y la idea de Estado de Derecho). Está reconocido que estos Principios han de tenerse en cuenta incluso en la interpretación del simple Derecho legal y en la concretización de «cláusulas generales».

Sólo el Tribunal Constitucional en un Estado de Derecho (en Alemania el Tribunal Federal y en España el Tribunal Constitucional) puede decidir si una disposición del Derecho postconstitucional contradice a la Constitución. En muchas resoluciones han declarado que una disposición sólo es anticonstitucional y, por tanto, inválida cuando no se puede interpretar II conforme a la Constitución 11, indica LARENZ. La conformidad con la Constitución es un criterio de interpretación fundamental. El Tribunal Constitucional Federal ha dicho reiteradamente que una interpretación conforme a la Constitución no es posible ante el tenor claro y literal de la disposición. La interpretación conforme a la Constitución, si quiere seguir siendo interpretación, no debe traspasar los límites que resultan del

posible sentido literal y de la conexión de significado de la ley¹². Sin embargo, si el Legislador había intentado un efecto más amplio de lo que es permitido según la Constitución, la ley puede ser interpretada «restrictivamente» conforme a la Constitución. La interpretación restrictiva se mantiene aún en el marco del posible sentido literal, pues, en otro caso, ya no sería interpretación, sino que, sin duda, existiría una corrección de la ley. Los «principios» constitucionales son pautas que precisan ser llenadas de contenido, a cuya concretización están llamados tanto el simple legislador como la Jurisprudencia de los Tribunales. A este respecto rige, según la Constitución, un principio de concretización de los Tribunales.

Sólo existe margen para la concretización inmediata de un Principio constitucional por los Tribunales cuando, o bien una laguna legal no puede ser colmada de otra manera que por esta vía, o la ley misma, en especial mediante el empleo de conceptos que precisan ser llenados de contenido, como el de «buenas costumbres», concede al juez un margen de libre concretización. El Tribunal Constitucional ha hablado de un orden jerárquico de los valores constitucionales, pero es expresión equívoca pues los valores son difícilmente jerarquizables. El criterio de interpretación se basa en el respeto a los derechos fundamentales, que se encuentran unidos ellos a los Principios constitucionales, como un «todo con sentido» en el Sistema Jurídico.

El Tribunal Constitucional en un enfrentamiento de bienes jurídicos y de bienes protegidos, resuelve con el método de ponderación de bienes en el caso particular. Se indica por LARENZ —en la traducción que hace Rodríguez Molinero— que la ley general que restringe el derecho fundamental, tiene que ser, interpretada también a la luz de este derecho fundamental, de tal manera que el derecho fundamental sigue manteniendo un cierto rango preeminente.

El Tribunal Federal habla de una «acción irradiadora» del derecho fundamental en el simple Derecho legal que le restringe. Es claro que el Tribunal Constitucional tampoco quiere considerar al respecto el posible sentido literal de la «Ley General» como límite de una interpretación que la restringe; más bien la ley será corregida siempre que lo exija el mantenimiento de la preeminencia valorativa del derecho fundamental en el caso particular. Entonces ya no se trata sólo de una simple interpretación (conforme a la Constitución), sino de una corrección de la ley ordinaria por las normas constitucionales y por la preeminencia valorativa de determinados bienes jurídicos que de ellas se deducen.

¹² Ello ya desde Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 1933 (edición impresa de Buenos Aires, 1941), pp. 126 y ss... toda la interpretación conlleva el seguimiento de la pirámide normativa, en cuya cúspide está la Constitución, dado que para él el proceso de interpretación es un cauce intelectual que acompaña toda la creación jurídica en su desenvolvimiento desde el grado superior a los grados inferiores.

Lección 11

LA APLICACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. LA ANALOGÍA: CONCEPTO

Es un instrumento técnico que sirve para llenar las lagunas de las normas utilizando la expansión lógica del Derecho. En una concepción más estricta se puede decir que es la aplicación de la norma a un caso no previsto por ella, pero que presenta una semejanza relevante con el caso que la norma contempla. Aun cuando se habla genéricamente de la analogía del Derecho, este procedimiento de integración jurídica se predica normalmente de la ley, la fuente formal del Derecho por excelencia. No debe confundirse la analogía con la interpretación extensiva de las normas; esta última comporta la extensión de la norma a supuestos no comprendidos primariamente en su texto, pero sí susceptibles de entrar en su significado. Aunque no parece ser una diferencia sencilla, se puede decir que:

- a) La analogía supone la creación de una nueva norma que se aplica al caso no regulado; la interpretación extensiva es sólo la aplicación de una misma norma, que incorpora un nuevo supuesto.
- b) En la analogía hay un acto de creación jurídica, la de esa segunda norma que se aplica al caso no regulado; en la interpretación extensiva tiene lugar una interpretación objetiva de una norma mediante la adaptación de la norma al contexto social y¹ de sus circunstancias.

II. CLASES DE ANALOGÍA

La principal división es la de Analogía de la ley o la Analogía de Derecho, según el punto de partida sea la ley concreta, que se aplica a un caso que presenta cierta afinidad con el contemplado por ella, o un conjunto de normas del que se extrae por vía de inducción un principio jurídico que se aplica analógicamente a un caso no previsto por tales normas, pero semejante a los que éstas regulan, que no es un principio general del Derecho. Así nuestro Código Civil indica en su artículo 4º: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no

¹ Hay autores como Radbruch, en la cita que hace Legaz, L. *Filosofía del Derecho*, ob. cit. pp. 534-535 que indican que todo el conocimiento jurídico se basa en las analogías. Radbruch, G. *Analogie und Natur der Sache*, en «*Rechtsphilosophie im Wandel*», pp. 287 y ss.

contemplan un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Ahora bien, esta regla posee unas excepciones, es decir, prohíbe el uso de la Analogía en cualquiera de sus variantes, a la hora de utilizar este instrumento jurídico para intentar eliminar las lagunas jurídicas, así ese artículo 4.2 de nuestro Código Civil dice: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

III. MÉTODO ANALÓGICO

El juez cuando tiene que aplicar la analogía debe pasar por diversos momentos jurídico-rationales:

- a) El juez encuentra que no existe norma expresa que regule el supuesto de hecho. (Búsqueda del Derecho aplicable).
- b) El juez estudia el supuesto de hecho y recoge las diversas normas aplicables. (Subsunción de las normas).
- c) De entre ellas, excluye unas y otras las encuentra aplicables. (Exclusión de las normas).
- d) Aprecia identidad de razón y aplica la norma que, jurídicamente más se ajusta al caso concreto que se examina. (Aplicación concreta).

El razonamiento analógico —indica Legaz— debe reunir diversos criterios por parte del aplicador del Derecho, que en su gran mayoría es el juez, pero vale igualmente para la aplicación administrativa de las normas:

- a) Un principio normativo, consistente en que el principio de la regulación del caso de la norma sea aplicable al caso por regular.
- b) La motivación o causa (que parece ser lo que indica la expresión del Derecho español: identidad de razón), importando la coincidencia en la motivación de las normas.
- c) La finalidad, que destaca la semejanza del fin de las mismas.

IV. LA EQUIDAD

Históricamente, la Revolución francesa suprimió el arbitrio judicial e instauró el principio de legalidad con la finalidad de evitar la aplicación de las normas del régimen absolutista anterior por obra de los jueces conservadores, empleando la equidad sin sujeción a la norma legal, la equidad como la justicia al caso concreto.

En ARISTÓTELES se hace presente en su teoría del Derecho, la *epieikeia* como forma de adaptar la norma al caso concreto, para Aristóteles la equidad no es algo distinto de la justicia, sino que es una misma cosa con ella. En su «Ética a Nicómano» se formula como una forma de corrección de la generalidad de la ley, es la misma justicia que corrige la injusticia de la aplicación de la ley general. De ahí la clásica comparación de la equidad con la regla de Lesbos, flexible y acomodable a la forma de los objetos que media, y la diferencia con el lecho de Procasto que torturaba o mutilaba a las víctimas para que éstas lo cubriesen en toda su longitud. En su «Retórica» posee otro concepto, como el de resolver las lagunas de la ley escrita, es una fuente creadora del Derecho para aquellos casos en que no se ha manifestado o ha omitido el legislador. En Roma fue la «*aequitas*» (*Gustitia dulcore misericordiae temperata*) era un procedimiento hermenéutico básico del pretor romano para la interpretación y adaptación del *ius civile*. El *ius civile* se tomó viejo y el pretor se vio obligado a resolver conforme a la *aequitas* integradora. En el medievo el principio de autoridad está representado por la Filosofía aristotélica cristianizada por SANTO TOMÁS DE AQUINO en su «*Summa Theologiae*» que contempla la equidad como aplicación normativa y como método integrador, añadiendo la concepción cristiana, la «*benignitas*» cristiana².

SAN AGUSTÍN había visto muy bien la relación dialéctica entre la justicia y la equidad al afirmar que justicia es equidad y la equidad implica cierta igualdad (*aequitas, aequalitas*); pero la equidad es dar a cada cual lo suyo, y dar a cada uno lo suyo implica cierta distinción de las cosas: como esta distinción no es posible sin una cierta imparidad y desemejanza en las cosas entre las que se guarda.

Luis VIVES entendía, basándose en el concepto tomista, que la equidad era la verdadera justicia: no la ley escrita o vigente, sino una corrección e interpretación es el verdadero Derecho; la equidad exige en el juez, acomodarse a la naturaleza, conforme a la cual han sido hechas, dirigidas y formuladas todas las leyes: insiste en la dimensión vital de las leyes, llega a decir, en su apasionamiento por este concepto filosófico que es la verdadera alma de una nación.

1. *Concepto*

Es un instrumento de integración jurídica para impedir la laguna jurídica. Para el profano en Derecho se identifica la Equidad con un concepto flexible de la justicia, contemplada desde el sentido común o como una determinación más justa

² Habla Legaz de la eliminación de la arbitrariedad en el Estado Moderno, como una lucha histórica, gradual, Filosofía del... ob. Cit. pp. 639 y ss... una juridización de todas las esferas de la actividad estatal, incluso, la posibilidad de que la aplicación de la norma no devenga en mayor injusticia, hablaríamos de los desahucios en la época de la crisis como el gran supuesto de hecho.

de la idea del Derecho, la justicia del caso concreto. Es un instrumento que viene a subsanar la generalidad y el carácter abstracto de las normas jurídicas, adaptándolas a los casos concretos, cuya regulación en detalles no podía ser prevista por el Derecho³. Es falsa la idea de que implica una atenuación del rigor de la justicia, pues no siempre actúa con un sentido de benevolencia y pone el Derecho en conexión particularizada con la realidad. El artículo 3.2 del Código Civil ya indica su carácter de instrumento integrador del Derecho excepcional:

«La Equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

2. *Funciones de la Equidad*

- A. Como concepto extrajurídico supone una corrección de las normas en virtud de criterios religiosos (cristianos) o morales. Aparece esta función en las teorías filosófico teológico-jurídicas, representando una moderación de la rigidez de la justicia divina o humana (ejemplos: en la edad media cristiana, idea de benignitas y aequitas del Derecho Canónico, en el protestantismo antiguo, en el Derecho musulmán...)
- B. Como principio general del Derecho con valor informador del Ordenamiento jurídico. Es un principio guía de la labor de los legisladores y de los intérpretes del Derecho y excepcional en cuanto al uso que de ella pueden hacer los jueces.
- C. Como fuente subsidiaria que se aplica cuando faltan otras normas como ley o costumbre, pero con ese carácter excepcional, como ocurre en nuestro sistema romanista, pues siempre le afecta el Principio de legalidad y la Constitución.
- D. Como recurso de aplicación hermenéutica del Derecho y de su aplicación adaptando la generalidad de la norma a las peculiaridades de los casos concretos.
- E. Como fuente autónoma del Derecho, función incompatible con nuestro Derecho, que sólo admite la resolución equitativa de los litigiosos, pero no una fuente autónoma; sí existe en el sistema inglés la equity con la que los jueces de la Jurisdicción de la Corona resolvían los casos sin tener en cuenta las

³ El problema nos dice Legaz es quién debe individualizar esa justicia, la ley lo hace en límites muy restringidos, y necesita la obra del Juez, pero no se es unánime en dejar al juez ese arbitrio en exclusiva, salvo para los partidarios del Derecho Libre. Filosofía del... ob. cit. pp. 644 y ss.

normas, a diferencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria, que aplicaban en sus sentencias las normas de Derecho común, el Common Law.

3. La «equity» angloamericana

Fue durante bastante tiempo una fuente del Derecho equiparable al common law, con el mantuvo una lucha sin cuartel con el objeto de ganar el mayor ámbito de vigencia material. La equity comportaba esquemáticamente la resolución de los problemas jurídicos conforme criterios de conciencia de los Tribunales de la Chancillería de la Corona, que de esta guisa se veían libres de la vinculación en el acto aplicador del Derecho de las normas —usos, costumbres, precedentes judiciales— del common law, cuya observancia era obligatoria para los tribunales ordinarios.

Con el tiempo, las decisiones en conciencia de los jueces de la Corona constituyeron un núcleo de líneas básicas y repetitivas de resoluciones posteriores. Con ello, la equity perdió fuerza creativa al tiempo que uniformaba los criterios de decisión judicial: de ser una fuente creadora del Derecho en el contexto de la legislación privilegiada de la Corona pasó a convertirse en un procedimiento hermenéutico de adaptación de los precedentes judiciales a los nuevos casos controvertidos.

Pasó por diversas etapas en su evolución histórica:

Una etapa de resurgimiento (XIV-XV) y otra de consolidación (XVI-XVII).

- La primera etapa es la de una lenta implantación en lucha con el prevalente common law, que se había ido extendiendo y generalizando quitándoles competencias a los viejos y tradicionales tribunales locales que se basaban en pruebas irracionales; el Common law fue aplicado primeramente por tribunales ambulantes obligados a visitar los condados, que después se residencian en Westminster; poco a poco se va sistematizándose este derecho con la experiencia compartida de los jueces de Westminster. Durante esta etapa, la Chancillería, en un segundo plano, adquiere competencias residuales en los casos en los que no puede acudir a los tribunales ordinarios o cuando las resoluciones de éstos son manifiestamente injustas.
- La segunda etapa es la de un constante enfrentamiento con los tribunales del Common Law, una vez adquirido el status de jurisdicción en pie de igualdad, hecho presente en polémicas importantes como la de Coke-Bacon. En el XVI, primera mitad, los grandes cancilleres Wolsey y Moro dan un empuje a la Court of Chancery hasta convertirla en un tribunal independiente e importante. El tribunal de la Chancillería se caracterizaba por aplicar el Derecho romano, derecho extranjero aunque influyente en el continente, en contraste con el Derecho inglés propio, el Common law,

formado por normas consuetudinarias y precedentes judiciales del Derecho histórico inglés. Las resoluciones de los jueces de la chancillería fueron recibiendo una sistematización, perdiendo el sentido de fuente originaria, la propia conciencia del juzgador, se convirtieron en rules of equity. En el siglo XVII, la oposición equity-Common law, adquirió un trasfondo político; al ser la primera exponente y valedora de las prerrogativas de la Corona, y el segundo de las aspiraciones del Parlamento. El enfrentamiento de ambas instituciones se hace acusado en el tiempo del reinado de Carlos I (1625-1649) y termina con la supresión de los tribunales especiales de la Corona y la consolidación del Common law sobre cualquier otra fuente.

Lección 12

LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LAS LAGUNAS JURÍDICAS

Cuando en la vida jurídica se presenta un caso por resolver, ha de encontrarse una norma aplicable. Una parcela de la vida real puede quedar no regulada por norma alguna o serlo de forma deficiente: es la llamada Laguna jurídica. La idea de un ordenamiento jurídico autosuficiente sigue viva en los juristas, si bien no como antaño, pues la realidad social se complica tremendamente. Se han presentado diversas teorías al respecto que se enumeran.

I. TEORÍA DEL ESPACIO JURÍDICO VACÍO

Esta teoría distingue dos zonas dentro de la actividad humana, una reglada por normas jurídicas, y otra libre de esta regulación. Esta zona segunda es la del no-Derecho, que cubre un espacio jurídico, vacío; en ella no tiene sentido hablar de falta e plenitud del ordenamiento jurídico, porque en este espacio social no existe el Derecho. Esta teoría supone la solución de negar juridicidad donde falte una norma jurídica, con lo que parece que resuelve el problema. La primera formulación de esta teoría es la de BERBOHM en su «Jurisprudencia y Filosofía del Derecho», 1892), que indicó que el Derecho siempre se llena con forma, que si existen las lagunas, se dan en las proyecciones institucionales (como es el que no se halle varón que suceda al rey, laguna de la Constitución)¹.

La teoría del espacio es débil por dos razones, a juicio de SORIANO:

- a) Es cómplice de la falta de protección de intereses que quedan fuera del Derecho, permite la falta de protección de los sectores de la vida social que están en el no Derecho.
- b) La teoría supone una zona peligrosa de permiso no jurídico, esto es, lo lícito que no coincide con una norma permisiva, la licitud no jurídica.

¹ Algún autor como Kelsen, ha defendido que el espacio jurídico carece de lagunas, no distinguiendo entre lagunas de la ley y lagunas del orden jurídico. Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*, 1934, pp. 100 y ss. (pp. 65 y ss. de la edición española de 1933).

II. TEORÍA DE LA NORMA GENERAL EXCLUSIVA

Defiende que todo el campo de la actividad humana es susceptible de regulación jurídica, bien por una norma particular que lo intuye, bien por una norma general que lo excluye. Todos los espacios están cubiertos por el Derecho, directa o presuntamente. Todo lo controla el Derecho, no como la teoría anterior, las lagunas no existen, porque cualquier supuesto entra en una de las dos zonas, la de la inclusión y la de la exclusión, siempre reguladas por el Derecho.

Dos versiones: ZITELMANN, el cual indica que una norma particular positiva (estableciendo un efecto jurídico para un acto o situación) presupone una norma general negativa, que excluye de tales efectos o consecuencias a los actos y situaciones no incluidos.

La segunda versión es la de DONATI según la cual una norma particular inclusiva —limitando o prohibiendo un acto— presupone una norma general exclusiva que deja fuera de la limitación, y por lo tanto permite los actos no comprendidos en la misma². La doctrina ha criticado esta teoría: no sólo hay normas generales exclusivas, sino también normas generales inclusivas, como la norma de la analogía, la cual prescribe la inclusión de un supuesto no regulado en la forma que regula otro semejante. Esta teoría no es aplicable a toda clase de normas, dice BOBBIO³. Entiende Soriano que la norma general inclusiva puede ser complementaria de la norma general exclusiva, y ambas se refuerzan mutuamente para impedir las lagunas. A efectos de lagunas, da igual que se solucione excluyendo o incluyendo determinados actos no previstos por la norma. La elección de una norma u otra general dependerá de la naturaleza de la norma particular, restrictiva, facultativa, permisiva...

III. TEORÍA DEL NON LIQUET

Esta jurídicamente permitido todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Para Donati esta norma es jurídica positiva, no pertenece al deber ser. Santi Romano corrigió su teoría indicando que lo no jurídicamente prohibido estaría permitido de hecho, pero no jurídicamente, esa zona de libertad no sería ni lícita ni ilícita. Para Cossío es una norma que significa un supuesto gnoseológico del Derecho, hay acciones que no están prohibidas y el Derecho no las prohíbe por no tener sentido jurídico esa prohibición (no considerarlo relevante). El orden

² Donati. *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milán, 1910.

³ Bobbio, N. «Completezza dell'ordinamento giuridico» en RIFD, 1940, pp. 4-5 que cita Legaz en su *Filosofía del...* ob. cit. pp. 526 y que se puede consultar digitalizada también, donde también se cita a Ziltelman.

jurídico no es pleno porque su plenitud resulte de la suma de las partes, incluso de las normas de libertad como un sumando más, su plenitud es una necesidad apriorística basada en la misma naturaleza del Derecho, la cual exige la actividad integradora del juez.

A juicio de Legaz, esta norma es un a priori lógico, una necesidad de la razón jurídica teórica, como un postulado de la razón práctica: un deber ser. Es una norma amplia, un límite objetivo, por lo demás, y en eso consiste su peligro.

IV. PRINCIPALES MEDIOS PARA INTEGRAR LAS LAGUNAS: AUTOINTEGRACIÓN Y HETEROINTEGRACIÓN

Respecto al problema de la integración de las lagunas, indica Bobbio —para quien el Ordenamiento jurídico no es completo en el sentido de que todos los casos posibles estén expresamente regulados en él y más concretamente en la ley— debe recurrirse, además a la norma general excluyente a dos métodos distintos, a los que denomina, siguiendo a CARNELUTTI, de autointegración y heterointegración⁴.

Autointegración consistiría en la suplencia por el Ordenamiento mismo y en ámbito de la propia ley como fuente dominante, sin recurrir a otros Ordenamientos y con el mínimo recurso a fuentes distintas de la fuente dominante. Serían procedimientos de autointegración la Analogía y el recurso a Los Principios Generales del Derecho.

Por otra parte, el procedimiento de heterointegración consiste en la suplencia de esa laguna a través del recurso a fuentes distintas de la fuente dominante, pero del mismo Ordenamiento (principalmente, la costumbre, la equidad, la jurisprudencia, y la doctrina científica) o bien mediante el recurso a otros Ordenamientos distintos (por ejemplo, al Derecho romano, así lo hace la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, ley 1 in fine o al Derecho natural).

⁴ García Miranda, C. «El principio de unidad en el Ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio» en Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, número 1, 1998.

Lección 13

LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO. LAS ANTINOMIAS JURÍDICAS

I. CONCEPTO DE ANTINOMIA

La existencia de contradicción entre dos o más normas del mismo Ordenamiento es lo que se llama Antinomia jurídica, señala De Lucas. Cuando dos normas (o más) son antinómicas, esto es, incompatible, no pueden aplicarse las dos al mismo caso, sino que es preciso elegir una entre ellas y para ello es necesario previamente recurrir a un criterio de elección¹.

Los elementos para que se dé esta situación son:

- a) Las normas en cuestión han de ser incompatible, en general, una obligación y una prohibición que recaen en el mismo objeto, pero no existe regla fija en teoría.
- b) Las normas se han de referir al mismo caso, a las mismas circunstancias o condiciones fácticas y coincidir en todos los ámbitos de validez de las mismas, esto es, temporal, espacial, personal y material. Si no coinciden en todos ellos, estamos ante lo que llama la doctrina una «falsa antinomia» (Bobbio)².
- c) Que la norma pertenezca al mismo Ordenamiento, pues si ello no fuera así, sería un conflicto entre sistemas de normas.

II. CLASES DE ANTINOMIAS

ROSS distinguió tres tipos de Antinomias o de «inconsistencias».

- 1) La total-total al que se denomina inconsistencia absoluta, los campos de aplicación de ambas normas coinciden absolutamente.

¹ También el trabajo de Boaventura, B. «Antinomia e a sistematicidade jurídica: uma aporética da lógica deontica corrigível» en Raíces jurídicas, 2015, vol. 5, núm. 2.

² En la revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, publica un trabajo núm. 7, 2015, pp. 65 y ss., Guarilia, C.E, titulado «Derecho Público Derecho Privado, dicotomía o falsa antinomia». Muy interesante desde el punto de vista docente, desde el punto de vista sociológico jurídico en esta división actualmente, que, si bien técnicamente no es su sitio actual, como enfoque es muy procedente.

- 2) La total-parcial o inconsistencia entre regla general y regla particular, se da cuando el ámbito de aplicación de una norma está incluido totalmente en el de la otra, pero esta última comprende, además, casos, adicionales.
- 3) La inconsistencia parcial-parcial o inconsistencia parcial, se da cuando cada una de las normas tuviera un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero también un campo de aplicación adicional en el cual no se producirían conflictos normativos³.

ENGISCH, distingue cinco tipos de contradicciones que pueden darse en el Derecho:

- 1) Contradicciones técnico-legales: consisten en la falta de unidad terminológica en un ordenamiento jurídico. Se dan cuando varía el sentido o significado de la misma expresión, al ser usada en contextos diferentes.
- 2) Contradicciones normativas: una conducta aparece como debida y no debida, prohibida y no prohibida o permitida y prohibida en normas diferentes.
- 3) Contradicciones axiológicas o de valoración: se trata de regulaciones jurídicas no satisfactorias, se castiga con una pena más grave un delito menos importante.
- 4) Contradicciones teleológicas: aparecen cuando la relación entre medios y fines no se da en la práctica en el sentido de que existan normas que impidan la consecución o dificultad para lo que quiso conseguir el legislador, o que éste prevea medidas que no sean desarrolladas normativamente después.
- 5) Contradicciones de principio: suponen desarmonías que aparecen cuando se dan diversos principios que chocan entre sí, seguridad y principio no acusatorio, por ejemplo, se cita de forma tradicional.

III. CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS ENTRE NORMAS

Tres son tradicionalmente los criterios propuestos:

1. *Criterio cronológico*

Se aplica la norma promulgada con posterioridad. *Lex posterior derogat antea*. Cuando se da entre normas expresas, la verificación es fácil, pues pronto se

³ Espuny, C. La aplicación del Derecho, A parte rei, 2003, pp. 1 y ss...www.aparterei.com, donde estudia el problema de las antinomias desde Ross y Kelsen.

sabe la norma anterior; el problema es más complejo en las normas tácitas —costumbres— es decir, cuándo esa norma obtuvo la *opinio iuris* necesaria para ser norma jurídica.

2. *Criterio jerárquico*

La norma más alta del orden de prelación es la que antes se aplica, la que esté dotada de mayor validez en el Ordenamiento. Es el criterio de más fácil aplicación en los Derechos formalizados como son los que pertenecen al sistema romanista europeo, pero presenta más problemas en los Derechos en formación —como el Internacional— o en los sistemas no formalizados, como el Derecho anglosajón, en los que predominan las normas no escritas. Hay problemas ante leyes del mismo rango jerárquico, y aunque hay manifestaciones de esa superioridad jerárquica (órgano que superior que crea la norma, mayor capacidad normativa, efectos anulatorios...) ha de complementarse en los sistemas complejos donde el órgano que elabora leyes no es el único, con el criterio de la competencia.

3. *Criterio de la especialidad*

Supone la aplicación de la norma que regula de modo específico una determinada materia, y consecuentemente la prevalencia de la norma particular y concreta sobre la general y típica. La norma es especial cuando presenta unas peculiaridades en orden a su validez personal o material. Así, una norma autonómica en su materia es prevalente sobre la norma del Estado. Históricamente, la especialidad, unida al criterio de la justicia, ha sido un tema discutido en las normas de privilegio. Se alude al criterio de competencia hasta tal punto que muchos autores lo identifican, y por ello, también se le llama criterio de materia reservada, por ejemplo, la legislación militar.

IV. CRITERIOS DE RESOLUCIÓN DE ANTINOMIAS ENTRE CRITERIOS

También pueden darse conflictos entre los criterios de solución de las normas antinómicas. Se da cuando la antinomia puede resolverse por dos criterios, por ejemplo. Hay que elegir entre uno u otro según se quiera una norma u otra, ambas válidas. Es necesario para estos casos establecer un orden de prelación por razón de certeza y seguridad jurídicas.

A) Incompatibilidad entre el criterio cronológico y el jerárquico: en cualquier caso, predomina el criterio jerárquico sobre el cronológico. Acontece cuan-

do hay un contraste entre una norma superior y anterior y una norma inferior y posterior. Vale para el caso la incompatibilidad entre una ley anterior y un reglamento de la Administración promulgado posteriormente. Según el criterio cronológico se aplicaría el reglamento, según el jerárquico la ley.

- B) Incompatibilidad entre el cronológico y el de la especialidad: tiene lugar cuando es antinómica una norma anterior y especial y una norma posterior y general. Las normas excepcionales en contraste con las normas generales, que regulan el tratamiento general dispensable a ciertas clases de personas o bienes, así Soriano indica los Acuerdos entre Iglesia-estado de 1979 en relación con la LOLR de 1980 de aplicación general a todas las confesiones acreditadas en España. Prevalece en principio, la legislación especial, pero si la norma posterior es jerárquicamente superior, su aplicación puede ser preferente a la de aquella (por razón del criterio de jerarquía, no de cronología).
- C) Incompatibilidad entre el criterio jerárquico y el de la especialidad: tiene lugar cuando entran en colisión una norma superior y general con una norma inferior y especial. Abundan ejemplos históricos en nuestro Derecho, en el proceso de aplicación del derecho castellano sobre los otros Derechos en el territorio de España. Así, la resistencia de los reinos nórdicos a la penetración de las normas generales del Ordenamiento de Alcalá de 1314, según el criterio de la jerarquía se aplicaría el ordenamiento castellano; conforme al de la especialidad, la costumbre local de los reinos del norte. No cabe generalización. El problema debe ser contemplado de forma histórica con tendencia a que prevalezca el criterio de la jerarquía, pero la norma especial ha ganado terreno, aunque ello ha sido así porque el Estado lo ha consentido y permitido una transferencia de competencias.

Lección 14

LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA VALIDEZ DEL DERECHO

I. CONCEPTO DE VALIDEZ. CONVENIENCIA DEL ENFOQUE TRIDIMENSIONAL

Validez significa obligatoriedad y exigibilidad del mismo. Sería un contrasentido hablar de un Derecho ni obligatorio ni exigible, podría decirse que la validez jurídica significa la existencia del Derecho en cuanto tal, el modo de existir el Derecho es su validez.

Obligatoriedad significa:

- A) Que es exigible y obligatorio desde un punto de vista ético.
- B) Por ser el Derecho un fenómeno social, ejerce una presión social o coacción externa que aplica una sanción a quien lo incumple.
- C) Los hombres «deben» realizar cierta conducta, que los jueces deben considerar obligatoria y exigible y por eso «deben» aplicar consecuencias desfavorables previstas en las normas.

Refleja así la triple dimensión del Derecho, como Hecho, Norma y Valor.

1. Por ello, se habla de diferentes concepciones de la validez. De una validez filosófica del Derecho (RADBRUCH) que depende sobre todo de la conciencia personal y de la decisión libre y responsable, por ello se dice validez «moral» también.
2. Bajo un segundo aspecto, se habla de la «validez sociológica» que equivale a «eficacia» de un determinado sistema normativo, ya porque sea impuesto eficazmente por la autoridad, ya porque se adapte a las costumbres, al tiempo y lugar y responde al sistema de convicciones y de puntos de vista valorativos de la sociedad que se trate.
3. El tercer sentido corresponde al término de «vigencia». No es un Derecho vigente el que se hace en la vida social de una comunidad si está en oposición con la Legalidad. La vigencia, en cuanto expresión de validez jurídica en sentido estricto, tiene que ver fundamentalmente con el Derecho en cuanto Legalidad. En la Legalidad, está vigente una norma, ello quiere decir que reúne los requisitos establecidos en el sistema a que pertenece, es obligatoria y exigible la conducta que regula, o sea, que deben atenerse a ella tanto los súbditos a los que se dirige como los órganos jurídicos, que también deben realizar determinados actos prescritos para el caso de una

infracción u omisión de la conducta de los particulares. Si una ley establece una conducta y los órganos del Poder Judicial no aplican la consecuencia jurídica desfavorable prevista, ese Derecho no se halla vigente.

Si bien la validez del Derecho no se confunde con la eficacia del mismo, es evidente —dice Legaz— que un mínimo de eficacia es una condición necesaria para que pueda hablarse de un orden jurídicamente válido, es decir, de un orden jurídico vigente¹.

II. LA EXISTENCIA DEL DERECHO: LA LEGALIDAD

Siguiendo al profesor LEGAZ LACAMBRA se dice que Legalidad, en sentido amplio, la existencia de leyes y sometimiento a las mismas de los actos de quienes les están sometidos. La legalidad es una manifestación del Derecho, la forma por la cual se le manifiesta al jurista. La legalidad representa uno de los conceptos puros, del pensamiento jurídico. Este concepto es poco moderno y no capta todo el sentido al estudioso del Derecho. Se halla unida al nacimiento del Estado liberal burgués, pero ahora surgen nuevas estructuras jurídico-políticas. La noción de Legalidad, es la aplicación al orden político y jurídico de una concepción deísta del universo, el cosmos constituye un orden natural, y también existe un orden social natural y un Derecho natural que no pueden ni deben ser afectados por la intervención del Legislador. Es una idea de legalidad de la naturaleza y de la sociedad, y con arreglo a su modelo se construye la idea de legalidad en el ámbito positivo del estado y su Derecho. Se da una correlación entre las ideas religiosas y las concepciones político-jurídicas, que han visto Donoso Cortés y Kelsen. El Derecho se configura —dice LEGAZ— como un sistema de legalidad porque la unidad de un Ordenamiento se basa en una norma fundamental de la que derivan todas las demás, el Ordenamiento jurídico es un sistema de «delegaciones de procedimientos», un sistema de regulación de los procedimientos que asegura la regularidad de la creación de las normas. Las normas creadas irregularmente, en este análisis kelseniano, son jurídicamente inexistentes, una norma que no es válida, es no existente, constituye la nada jurídica. Por tanto, la fe en la legalidad es una forma de aquella en la racionalidad inmanente del Ordenamiento jurídico, de la que antes dijimos que constituía el supuesto legitimador del Positivismo. Sin embargo, por el fenómeno de la motorización legislativa se ha ido perdiendo un legalismo formalista, «una actitud de atenerse sólo a la legalidad formal», dice Carl SCHMITT que los juristas rechazan toda idea metafísica y meta-jurídica

¹ Estudia muy bien la postura de Legaz, Delgado Pinto.J. «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas» en la Revista Doxa, 1990, núm. 7, pp. 101-167.

para fundar ese sistema y orden. La legalidad nace de la Constitución o de la voluntad del Estado, de dónde nace esta es el problema. Todo el Sistema se basa de la burocracia estatal y en su forma de actuar se identifica con la legalidad².

III. VALIDEZ MATERIAL O LEGITIMIDAD: LA JUSTICIA DEL DERECHO

Frente a la idea de legalidad, se alza la de Legitimidad, nacida en la Francia monárquica de la Restauración a partir de 1815, en la que se manifiesta —al decir de LEGAZ— de modo agudo la oposición entre la legitimidad histórica de la dinastía restaurada y la legalidad del todavía vigente Código Napoleónico, años más tarde dijo Luis Napoleón que «se imponía salir de la legalidad para volver al Derecho». La Legitimidad pertenece al sector de los conceptos fundamentales del Derecho, y a los principios justificativos del mismo.

Dice GIL ROBLES que la Legitimidad de cualquier institución es su conformidad con la ley en toda la extensión de la palabra con la ley divina, natural y positiva, y con la humana, escrita y consuetudinaria.

Modernamente se dice que la legitimidad se cifra en la pura legalidad, es decir, en la pura legalidad, en la obediencia a los preceptos jurídicos positivos correctamente procesales y de sustancia. Max Weber lo explica en el plano sociológico atendiendo a la «autojustificación»: la subsistencia de toda dominación se manifiesta del modo más preciso en la autojustificación que apela a principios de legalidad. La legalidad necesita, pues, legitimarse imponiendo la primacía de la norma general de la ley sobre el profuso y complejo sistema de disposiciones y medidas que usurpan su tradicional y esencial función de ser la definidora de la Libertad y el derecho de cada uno, instaurando un orden «seguro y estable» que permita a todos saber a qué atenerse y que delimite con precisión las esferas de lo lícito y lo obligatorio en el obrar humano-social, y «justo» en cuanto que dé a la Comunidad y la Individuo lo suyo, los derechos que a una y otro competen por naturaleza y la esfera de libertad de libertad conveniente y necesaria a la dignidad del hombre³.

² Legaz Lacambra, L. «Legalidad y Legitimidad» en Revista de estudios políticos, 1958, pp. 5-21 según dialnet.unirioja.com.

³ Legaz Lacambra, L. Legalidad y... ob. cit. pp. 5-21.

IV. LA JUSTICIA DEL DERECHO COMO FIN Y COMO VALOR

Como señala RECASENS SICHES, en la segunda mitad del siglo XIX la invasión por el positivismo de todos los campos científicos (con el consiguiente veto a la metafísica especulación, por considerar la positividad la única esfera practicable a la ciencia) desvalorizaba y desplazaba todo enfoque o aproximación filosóficos en favor del consistente en la teorización del Derecho Positivo. La escuela del Historicismo jurídico (SAVIGNY, PUCHTA, WINDSCHEID) supuso un rebrote de la metafísica que pronto sucumbió a la positividad; el empirismo y el realismo jurídicos (IHERING, JELLINEK; GIERKE...) impera en el estudio del Derecho. El estudio filosófico-jurídico del Derecho cambia a partir de STAMMLER, que inicia la corriente calificable como «idealismo jurídico»⁴. Concibe el Derecho como un «a priori», lógico de la misma sociedad y economía, pues éstas pueden ser objeto de un reconocimiento específico gracias a su regulación jurídica. El Derecho debe concebirse autónomo de las restantes ciencias, el Derecho justo y su idea misma encuentran así un punto de referencia de cualquier actuación social. Y el Derecho constituye el objeto de una ciencia propia, la ciencia de los fines (en la que los contenidos de la conciencia se enlazan entre sí y se ordenan no mediante la categoría de causa y efecto —que es lo propio de la ciencia de la naturaleza— sino a través de los de «medio» y «fin»). STAMMLER indica que la investigación del jurista debe pasar por dos momentos: 1. Un primero que la interpretación y estudio del derecho aplicado, del Derecho vigente. 2. Un segundo momento, se interroga acerca de la justificación del Derecho, y de la corrección y justicia de su contenido⁵. El derecho no comprende toda la realidad de intereses colectivos y particulares, es imposible. La idea de armonía plena expresa el pensamiento de la rectitud y justicia, dice PAREJO. Para STAMMLER el pensamiento del Derecho se ofrece a la reflexión crítica doble: como método puro de comprensión y conocimiento mediante la clasificación y delimitación conceptuales y como método aplicado, mediante el cual se procede a la ordenación conceptual. El Derecho justo o injusto, según este fundamental autor, no es atemporal, sino que está condicionado a la situación histórica social. Es Derecho Positivo, construido con normas concretas. Se trata de un derecho cambiante y evolutivo, válido sólo en términos relativos, pero cuya validez no sólo es subjetiva. Posee también validez o corrección (rectitud) objetiva, en tanto que orienta las particularidades de su contenido por la idea del Derecho y asume la armonía incondicionada de los acontecimientos y las experiencias concretas como criterio superior. Para saber si el Derecho es justo, se dan dos posibilidades: o el Ordenamiento proporciona reglas previas,

⁴ Recasens Siches, L. Nueva filosofía de la interpretación del Derecho. México: Fondo de Cultura económica, 1956, pp. 73 y ss.

⁵ Nieto Arteta, L.E. «Kant, Stammler y Kelsen, vida y pasión del formalismo jurídico» en la Revista Derecho, Medellín, 2016, vol. 5, pp. 704 y ss., versión facsímil escaneada.

entre las que el operador ha de elegir, o el ordenamiento no ha establecido regla alguna concreta, remitiendo al buen saber del operador, es decir, al Derecho recto, correcto o justo. Esta segunda posibilidad es la que proporciona los razonamientos que deben desembocar en la elección final de una regla como determinante de la resolución a adoptar. RECASENS indica que el mérito de STAMMLER es el de haber recuperado definitivamente las objeciones del positivismo y del historicismo jurídicos. La teoría de STAMMLER tuvo repercusiones posteriores: como primera consecuencia la dirección logicista, en la reflexión filosófica que culmina en la escuela de Viena representada por KELSEN, teoría que defiende la pureza en el método científico acerca del estudio del Derecho, existe una radical distinción entre Derecho y Moral, pero descansa en la heteronomía de la norma jurídica (la norma jurídica es válida por que la dicta el Estado). Segunda consecuencia: Filosofía jurídica de los valores: la escuela sudoccidental alemana (WINDELBAND y RICKERT) establece las bases para la superación por la superación por la filosofía jurídica⁶. Los valores no son ni están en la realidad, pero se encuentran conectados a la misma de tal modo que le otorgan significación o sentido. LASK cree que son dos bloques son el núcleo del estudio del Derecho: iusnaturalismo contra historicismo, por un lado. Por otro, la concepción de lo social como destilado de los valores individuales y la que lo entiende como categoría independiente.

Dos concepciones del Derecho se describen:

- El Derecho no es más que un medio para los valores de la personalidad del individuo (Derecho concebido como instrumento de los valores).
- Orden constitucional colectivo tiene razón de su propia esencia y no precisa para tener valor traer causa de los correspondientes a la esfera individual (el Derecho concebido como valores sociales).

E. MAYER el Derecho es cultura dotada de valor, algo real. La cultura es la humanidad misma, el hombre es miembro de una comunidad ética. Los ideales o valores culturales generales se plasman en normas culturales que generan normas jurídicas. MUNCH indica que la cultura reposa en valores supra-individuales, en ideas: la razón se concretiza a través de los sujetos racionales. La razón es o se identifica con un sistema de los valores básicos que fundamentan toda conexión de sentido. Sobre todo en RADBRUCH el valor llega a su culmen, desde una perspectiva relativista. Cultura es igual a valores, el Derecho es parte de la cultura (referida al valor jurídico). Asume la filosofía dualista que provenía de la ciencia anterior: el estudio de la realidad por una parte, por otra, análisis del deber ser (del valor). El Derecho es un a «priori» lógico respecto de los concretos fenómenos jurídicos. El

⁶ Álvarez Turienzo, S. «El problema del hombre» en las Memorias del XIII Congreso Internacional de Filosofía, 1963, pp. 17.

Derecho es fundamental para conocimiento de tales fenómenos, Derecho no pertenece en la experiencia, no se funda en la realidad; no se le puede catalogar en los fines o valores absolutos. El conocimiento de la cultura comprende los valores. El Derecho es un producto cultural, supone una tendencia intencionada de realización del valor supremo de la Justicia. Es esa intención la que le otorga sentido al Derecho, la que confiere carácter jurídico a los fenómenos que engloba. Las acciones que suponen una pretensión de Justicia, el Derecho justo el que persigue la justicia, aunque no lo sea. Jurídico es intento, ensayo de ser justo. Los valores existen, en una doble perspectiva:

- El personalismo: en el cual el centro del Ordenamiento es la persona y los valores de la personalidad.
- El transpersonalismo: los valores personales son medios para los valores sociales o de la comunidad.

RADBRUCH distingue en la vida social tres clases de Valores:

1. Personalidad (que se encuentra en la moral).
2. Obras realizadas (valores de belleza y verdad).
3. Sociedad (que se traduce en el valor justicia).

En todo momento histórico debe existir una primacía de alguno de ellos:

1. Primar la personalidad individual (en este régimen Derecho y Estado mantienen relaciones interindividuales, el valor supremo es el de la Libertad).
2. Supremacía de la sociedad o comunidad, el entendimiento de Derecho y Estado como un todo supraordenado a los individuos (valor supremo será el poder)⁷.
3. Superioridad de las obras, ideas de Derecho y el Estado como productos de trabajo (el valor supremo será la cultura). Se elige algún sistema según la creencia personal de los que legislan, de los que aplican e interpretan el conjunto normativo. En el sistema personalista se puede reflejar el individualismo, el socialismo, el valor superior es el de la persona, es el sistema democrático. La adscripción de la valoración comunitaria concibe la Estado como organismo, las partes valen sólo para el todo. La adscripción a la primacía cultural, es la supremacía de lo transpersonal, lo que llevaría a un Estado corporativista. Radbruch introduce el valor seguridad jurídica, al que considera al final el básico, por encima de la Justicia.

⁷ Radbruch, G. *Rechtsphilosophie*, 3 ed. Leipzig, 1933, pp. 117 y ss. (ed. Española, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935, cita que hace Legaz Lacambra, L. *Filosofía del...* ob. Cit. pp. 64, las concepciones previas a la construcción jurídica.

V. LA VALIDEZ SOCIOLOGICA O EFICACIA: LA OBEDIENCIA AL DERECHO

Las normas obligan, a su cumplimiento porque ponen al hombre en la especial situación jurídica de sujeto obligado y porque a esta situación, que es del hombre, pero no de «todo» hombre, se superpone una obligación de conciencia que afecta al hombre entero en cuanto a tal, indica LEGAZ. Surge el problema de si toda norma obliga en conciencia a cumplir lo que en ella se prescribe. Algunos teólogos, en efecto, admiten la existencia de *normas puramente penales* (leges mere poenales). Leyes meramente penales, son aquellas normas que, por su materia, no obligan en conciencia a acatar su contenido sino a aceptar que imponen (la ley que impone un impuesto...) una obligación; basta con que se acepte externamente esa norma, al Derecho le basta con ese acatamiento externo, pero éste debe ir acompañado del acatamiento interior que supone la convicción de su obligatoriedad, la obediencia o desobediencia a las normas se reduce a una cuestión de cálculo sobre la utilidad que respectivamente produce una u otra, lo cual significa pura y simplemente negar el valor autárquico del Derecho. Aquellas normas cuyo cumplimiento repugna a la conciencia, pero que poseen vigencia jurídica, son «meramente penales». Ahora bien, surge la duda de si ha de obedecerse antes a Dios que a los hombres: no puede, pues, prestarse acatamiento a una norma positiva del Derecho que imponga una conducta contraria a la ley divina o a la ley moral. No se puede decir lo mismo —dice LEGAZ— de aquellas otras normas que, aun cuando representan una ideología contraria a los principios y al sistema total en el que esa ley divina o moral, no imponen una conducta contraria a la misma y sólo permiten ciertos actos no conformes a ella, no son Derecho propiamente dicho, sólo afectan a la vida moral. Distingue HERRFAHRDT que existen las normas jurídicas y normas de orden, que son aquellos preceptos que no poseen la dignidad de las normas de derecho, pero que, sin embargo, son obligatorios. Las normas de orden —dice Legaz— no son pues, una categoría autónoma de normas distintas de las jurídicas, sino normas jurídicas *in fieri* que por su escaso sentido de justicia sólo obligan exteriormente y *ad poenam*; y si injusticia fuese tal que sólo pudiera considerárselas como dictados de la arbitrariedad, entonces no serían «normas» en sentido propio y a nada obligarían.

En general, el problema de la obligatoriedad de las leyes injustas, está muy condicionado en su planteamiento tanto por cuestiones ideológicas como por el régimen político existente. Puede darse una concepción religiosa que trae otro tipo de problemas morales, o una opción laicista del poder democrático, en la que la ley es expresión de la voluntad del pueblo o del Estado —la cuestión en estos regímenes queda planteada de otra forma—, hay que buscar razones específicas de obediencia, que den razón de por qué la ley democráticamente establecida obliga incluso con obligación de conciencia y en qué casos, en un régimen democrático, se justifica la de obediencia.

RAWLS plantea el principio del «juego limpio» para fundar la obediencia moral a una ley vigente, en un Estado de Derecho: a) por cuanto la ley garantiza la posibilidad general de beneficios mutuos que la Constitución establece al cumplir las leyes⁸. b) por que no hay cooperación sin cierto sacrificio personal que contiene en último análisis cierta restricción de libertades en cada individuo. Se debe cumplir una ley que es aceptada por la mayoría pues los beneficios de una justa aplicación son iguales para todos y no arbitrarios. Sin embargo, hay casos en los que se impone el deber de desobediencia; son casos de leyes que permitan actos intrínsecamente malos, como crímenes, violencias o crueldades, cuando estos casos son condenados con independencia de su inclusión en un sistema jurídico que produce beneficios o que hemos adoptado voluntariamente. El otro caso en que desaparece el deber aceptar leyes que se reputan injustas, es cuando tal calificación de injusta rebasa ciertos límites, no sujetos a definición, pero comprendidos en el concepto de que la ley o la constitución injusta establece unas condiciones en que el juego limpio está rechazado por la mayoría o imposibilitado prácticamente. La no aceptación de tal situación puede llegar hasta a obligar al deber de desobediencia civil. LEGAZZ llega a la conclusión de que toda desobediencia a las normas jurídicas emanadas del Estado, se justifica en la medida en que tal desobediencia venga guiada por principios y valores superiores, siempre que éstos nos aparezcan con una claridad y evidencia dotados de la mayor seguridad que nos sea asequible. En algunos casos, el deber más fuerte consistirá en procurar el mejor funcionamiento del sistema estatal, obedeciéndolo, pero hay en ciertos casos un derecho a la desobediencia a leyes malas, cuando tal maldad venga contrastada por la comparación con los valores postergados por ellas, cuando estos valores debieron ser desarrollados o promovidos por un Estado organizado adecuadamente. Entiende Fernández Galiano, que la afirmación de que el Derecho ha de tener siempre en cuenta el orden Moral, de tal manera que no puede prohibir nada que sea moralmente obligatorio ni puede ordenar ninguna conducta vedada por la Moral. Hallamos normas jurídicas que parecen ser ajenas por completo a la Moral, como las que regulan la circulación de vehículos o las que establecen los plazos de los bienes por prescripción; A tales preceptos se les conoce como *leges mere penales* para expresar que el incumplimiento de esas leyes no tiene más trascendencia que hacerse acreedor el infractor a las penas que las mismas señalen, pero sin que su incumplimiento acarree la menor consecuencia en el orden moral. Toda Ley independientemente de la conducta que prescriba, impone al súbdito el deber moral de su cumplimiento, aparte de las sanciones que la misma prevea. Es posible, por supuesto, que la materia de dichas leyes sea indiferente a la Moral, pero desde el momento en que la misma adquiere forma jurídica, se transforma en

⁸ Rawls, J. Legal obligation and duty of fair play en el Symposium, celebrado en 1964, pp. 5 y ss.

precepto, nace sólo por este hecho el deber moral de obediencia, de modo que la infracción de tales normas constituye una falta moral, además de la falta jurídica que entrañe.

Lección 15

FUNDAMENTO IUSNATURALISTA DE LA VALIDEZ

I. LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y RELIGIÓN O VISIÓN TRANSCENDENTE

Analizada que fue la relación del Derecho y la Moral, ahora se indica —como hace Legaz—, que la moral se abre a la religión, la cual constituye la forma más alta de la vida personal. En cuanto que la religión representa también un orden normativo de la conducta humana, es posible plantearse su relación con el Derecho. Esto cabe hacerlo, continúa diciendo Legaz, desde varios puntos de vista. Así, en cuanto representan estructuras de dos experiencias fundamentales de la vida humana, la religiosa y la jurídica. La experiencia religiosa tiene como sujeto al hombre en cuanto tal, en su total y concreta individualidad, pero el sujeto de la experiencia jurídica es el hombre en su dimensión social, el hombre visto bajo la especie de la alteración, el hombre en cuanto «gente». El hombre está en situaciones jurídicas, en cuanto que está en tales situaciones, es homo juridicus. La experiencia jurídica implica un factor de seguridad. Quien está en el Derecho aspira a una seguridad en el Derecho; hay una clara delimitación de las situaciones que, al ser definidas por las normas, alcanzan una precisión de contornos que intenta eliminar toda vaguedad y duda; el hombre en cuanto a Derecho, sabe a lo que atenerse, y lo que «puede», «debe» y «tiene» que hacer.

Desde la óptica de la religión, el hombre es «animal inseguro», surge esa experiencia del hecho de la interpretación de la limitada existencia humana, como algo inseguro, no predecible, la religión nace de ese factor angustia para la existencia, y nace para intentar paliar esa angustia, tocada siempre por la idea de la muerte y la interpretación de ésta.

Ante el hecho religioso, la experiencia jurídica del hombre se toma parcial y subordinada. El Derecho en una vida religiosa es trascendido, despojado de su carácter esencial. Pues sólo es esencial, indica Legaz, desde el punto de vista de una dimensión de la existencia humana, pero no de su más alta dimensión. El problema mismo de la justicia pierde sentido y al Derecho le bastará conseguir un orden que funcione, con la finalidad única de hacer posible el mantenimiento de la vida.

El vínculo de lo jurídico y lo religioso suele establecerse en unas direcciones:

A) Lo religioso que forma parte de la vida personal, posee también una dimensión social. Los contenidos religiosos se pueden convertir en una regla im-

personal de obrar, la gente «cumple» con los contenidos jurídico-religiosos que establece la autoridad eclesiástica.

- B) Siendo así la Iglesia, es una fuente material del Derecho y tiene sentido por tanto, hablar de un «Derecho canónico» o «Eclesiástico»; no lo comparte esto el Protestantismo para quien la Iglesia es una comunidad de vida personal. El cristiano no puede vivir de espaldas a la vida social en tanto cristiano y se incardina en el Ordenamiento.
- C) En cuanto a Derecho, el Derecho de la Iglesia posee la misma estructura que todo Derecho en general y cabe, en este sentido, la misma diferenciación entre experiencia jurídica y religiosa¹.

II. EL IUSNATURALISMO DE SUÁREZ

Francisco SUÁREZ (1548-1617), autor de marcado signo tomista, pero con aportaciones propias y valiosas. El Derecho es Ius, la ius es la Lex; además el Derecho también es id quod iustum est. Su obra culminante es «De Legibus». En su obra aparece el voluntarismo, ya que exigió como ingredientes de la ley «dirección» y «moción», es decir, juicio recto de mover a lo que se debe hacer y voluntad eficaz de mover a ello. Además, el carácter de permanencia de la Ley es otro punto importante de su obra. La Ley obliga a su observancia, y por tanto, a su aceptación: luego no puede ser la aceptación una condición necesaria de la obligación legal.

Con sus «Diputaciones metafísicas» se llega a decir que es el primer ensayo que se propone hacer de la metafísica un cuerpo de doctrina filosófica independiente.

Distingue en su iusnaturalismo se distingue lo justo «objetivo» y «subjetivo» (facultad, poder).

El Derecho como lo justo en sentido propio, objeto de la Justicia propiamente dicha se clasifica en tres especies:

1. El Derecho en sentido propio en cuanto se refiere a lo justo objeto de la Justicia conmutativa y equivale al dominio privado de una persona.
2. El Derecho en sentido propio, pero menos estricto, en relación al anterior, en tanto es lo justo objeto de la Justicia distributiva.

¹ El contexto en el que se desarrolla el texto de Legaz deja claro que la religión ha tenido un peso esencial en la concepción del Derecho español, sin duda, desde la escolástica ha sido el promotor de todo el aparato doctrinal posterior, Legaz Lacambra, L. Filosofía del... ob. cit. pp. 444-448.

3. El Derecho también propio, pero no estricto, sino lato, como lo justo objeto de la Justicia Legal, que equivale a dominio de jurisdicción.

El Derecho en sentido propio y estricto es el objeto de la justicia conmutativa y es un efecto moral de la ley consistiendo en una facultad o poder moral de una persona de hacer o no algo respecto de lo que es suyo y sobre lo que otra persona tiene necesidad moral, o deber, de adoptar una determinada conducta, indica Maciá Manso.

SUÁREZ ofrece (a través del Derecho-Ley) una concepción objetivista del Derecho al igual que toda la escuela española, lo justo está determinado por la ley racional y no depende de una voluntad arbitraria de un legislador.

El aspecto subjetivo de lo justo determinado objetivamente: para Suárez el Derecho es facultad o poder moral de la persona que recae sobre «la cosa objetivamente», pero esto no es formalmente el Derecho, sino sólo el objeto material sobre el que se da la facultad. La acepción primaria del Derecho es ius-lex no el ius-facultas. Es primaria porque es el sentido de «lo justo constituyente» y el derecho facultad es un efecto moral «lo justo constituido». En SUÁREZ se puede apreciar una modernidad:

- 1) En el Derecho-ley el papel importante que desempeña la voluntad.
- 2) Señala como acepciones fundamentales del Derecho, el IUS-LEX y IUS FACULTAS.

El Derecho en sentido propio, pero no estricto, objeto de la justicia distributiva consiste en la facultad moral de ejercer algún cargo o función pública necesaria para el bien común² y atribuida a una persona privada, atendiendo simplemente las exigencias de estar capacitada para desempeñarlo.

El Derecho en sentido propio, pero no estricto objeto de la Justicia Legal es el dominio de jurisdicción o poder político es la facultad moral de mandar, que pertenece a la comunidad política. Todos los actos que sean breves y necesarios para el bien común de tal comunidad y es potestad de mando respecto de los súbditos que tienen el deber de la obediencia.

Respecto al carácter de la Ley se han distinguido:

- Facultades morales puras: las que tratan de la Ley moral.
- Políticas: las que tratan de la persona.
- Jurídicas: Tratan de la comunidad y leyes jurídicas.

² Con respecto al derecho subjetivo es evidente que la escolástica fue el momento jurídico histórico que desarrolló toda la doctrina al respecto, por ello, de nuevo, es muy exhaustivo el recorrido que hace Legaz Lacambra, L. *Filosofía del...* ob. cit. pp. 731 y ss... y en su trabajo Legaz, L. «La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre» en *Revista de estudios políticos*, 1955, número 55, pp. 107 y ss.

III. LA TEORÍA DE LA LEY EN SANTO TOMÁS DE AQUINO

Santo Tomás (1225-1275) representa la culminación del pensamiento cristiano medieval, y la mayor autoridad de la Iglesia Católica. Su Teoría del Derecho se halla principalmente en la «Suma de Teología» en la que se tardó ocho años (1265-1273), estructurada en I-II. Tratado de la Ley; y en II y ss. el Tratado de la Justicia.

Otra de sus obras en la «Surnma contra gentiles» (1259-64), «Comentarios a las sentencias de Pedro Lombardo» (1254-56); «Comentarios a la Ética y a la Política de Aristóteles» y los opúsculos «De regimine Principum» y «De Regimine Judaeorum».

Su teoría de la Ley está inspirada en Aristóteles y en la división que hace San Agustín de los tres tipos de leyes: Ley eterna, Ley natural, Ley humana. Se trata de un cosmos gobernado, sostenido, por la razón divina, cuya expresión es la ley eterna: «razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción, todo movimiento, igual que San Agustín aunque hace referencia sólo a la ratio divina». La ley en general es definida como «ordenación de la razón dirigida la bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad»: el fundamento de la ley radica en la razón, y no en la voluntad.

La promulgación de la Ley eterna se realiza ya como instinto o tendencia intrínseca, ya como participación intelectual. La participación intelectual del hombre en ley eterna, se llama Ley natural.

La ley natural es el fundamento de la leyes humanas, que se derivan de ella mediante la utilización del razonamiento práctico (destinado a la configuración de un comportamiento, y no a la especulación sobre algo ya dado).

IV. CARACTERES DE LA LEY NATURAL

1. La ley natural es universal e inmutable como la ley eterna, pues deriva de ella. Pero esta inmutabilidad y universalidad es compatible con la regulación adecuada de situaciones históricas variables. Se trata de una tesis que desarrolla los atisbos que sobre este tema hiciera san Agustín, y otros precursores menores como Guillerno de Auxerre (1231 ¿) que distinguía en el Derecho natural entre preceptos necesarios de validez absoluta, y los secundariamente necesarios, que sin tener carácter ineludible son de gran utilidad para Santo Tomás.
2. El principio supremo de la Ley natural es hacer el bien y evitar el mal (lo que llama *sinderesis*), se trata de un principio de «razón práctica», equivalente al principio de no contradicción en la razón especulativa. Los princi-

pios de la ley moral se deducen de una análisis de cada caso, y se obtienen mediante razonamientos prácticos.

3. Las conclusiones de los principios prácticos están mediatizadas por la razón práctica que está sometida a la contingencia de la vida cotidiana. Lo que hace necesarias las leyes humanas, pero defectibles; en el razonamiento práctico se trata de ajustar una norma a una conducta, y en este proceso de aproximación entre la norma y la conducta hay que tener en cuenta no sólo la norma, sino las exigencias de cada situación. No se puede obtener un código ético completo y absoluto, pues entonces se niega la misma historia en sentido fuerte; ello sirve a Santo Tomás para explicar la diversidad de *ethos* históricamente dados en el espacio y en el tiempo. La universalidad y la inmutabilidad sólo se extiende a los principios de la ley natural, por ser más evidentes y generales.
4. Cuando se refiere a la mudanza del Derecho Natural, se refiere a la adición o sustracción en los principios secundarios: por sustracción se ha de entender una mutación excepcional en la materia a la que se aplican dichos principios (la norma que exige respetar la vida ajena no rige en el caso de la legítima defensa) y mutación por adición puesto que necesidades nuevas hacen que aparezcan nuevas exigencias hasta entonces desconocidas por no ser amenazadas (p. el derecho a la propia imagen).
5. La Ley natural es cognoscible por todos los hombres, en sus principios universalísimos, que sólo se pueden menospreciar en la práctica bajo el influjo de las pasiones y de la concupiscencia. Los secundarios pueden llegar a borrarse del entendimiento humano por la perversión de los hábitos y de las disposiciones naturales, que se suyo, tiende la bien.

V. LEY HUMANA Y BIEN COMÚN EN SANTO TOMÁS

1. La referencia al bien común señala el ámbito propio de la Ley humana; siguiendo a San Agustín considera que no incumbe al legislador regular todo lo que la ley natural regula; su objeto se limita a aquellos actos cuyo alcance social es mayor, y que por ello, afectan al bien común.
2. La ley humana ha de respetar la ley Natural, como principio.
3. Debe poseer alcance general y proceder de una instancia pública que obre en representación del cuerpo social.
4. Debe obedecerse por la coactividad para poseer el alcance de general.

Respecto a la derivación de ley humana de la ley natural, ésta puede producirse por dos vías: por vía de conclusión o por vía de determinación. Por vía de conclu-

sión como cualquier premisa deriva de sus principios. Por vía de determinación, como lo particular deriva de lo genérico y común o abstracto. Ejemplo de lo primero es la ilicitud del homicidio, que procede del principio más general de que a nadie se debe hacer daño; ejemplo de lo segundo es la pena determinada para un delito cualquiera, pues la ley natural sólo prescribe que todo delito sea castigado; las leyes producidas por el primer modo dan lugar al derecho de gentes, las otras al derecho civil.

VI. TEORÍA DEL DERECHO

1. Santo Tomás empleaba indistintamente los términos *lex* y *ius*, pero en ocasiones, utiliza el término *ius* para referirse sólo a la deuda, a lo justo, y entonces concibe el *ius* como objeto de la justicia.
2. Distingue entre ley natural y derecho natural: la ley natural abarca todo el comportamiento del ser humano libre; en cambio, el Derecho natural abarca su comportamiento en la medida en que tiene trascendencia social; dicho de otro modo, el Derecho natural es aquella parte de la ley natural que atañe directamente a la vida del hombre en sociedad³.

VII. EL VOLUNTARISMO O SUBJETIVISMO JURÍDICO

La doctrina imperativista del Derecho va unida a una concepción «voluntarista». Las doctrinas intelectualistas, que en la edad Media alcanzaron su culminación con la famosa definición de ley dada por Santo Tomás como «ordenación de la razón», fueron cediendo terreno al paso de conceptos voluntaristas, que se polarizaron en la doctrina de la ley humana positiva, mientras que la ley natural siguió siendo concebida en el sentido de un radical objetivismo axiológico, como juicio de la mente divina antecedente a todo acto de voluntad. Pero no faltaron autores que, interpretando la ley humana positiva con un criterio intelectualista, estimaron preciso hablar de «mandato», aunque emanado no de la voluntad, sino de la razón⁴.

³ Serrano Villafañe, E. «Realismo filosófico en Santo Tomás» en la Revista de estudios políticos, núm. 197, pp. 28-46, donde se analiza la proyección jurídica posterior que tiene la obra de Santo Tomás en nuestros autores de la doctrina.

⁴ Guerrero, E. «Sobre el voluntarios jurídico de Suárez» en Pensamiento: Revista de investigación e información filosófica, vol. 1, núm. 4, 1945, pp. 447-470.

El voluntarismo aparece formulado en la definición de ley de Alfonso De CASTRO, y Suárez, exigió como elementos de la ley, «dirección» y «moción», es decir, juicio recto de mover a lo que se debe hacer y voluntad eficaz de mover a ello; pero sin voluntad de obligar no hay ley y ésta es, por tanto, ya en el legislador, un acto de la voluntad justa y recta, por el cual aquél puede obligar al inferior a hacer esto o aquello.

En La escuela de racionalista del Derecho Natural, el voluntarismo está representado por HOBBS, para quien lo esencial de la ley es la auctoritas, no su veritas; por PUFENDORF, que considera toda ley —también la ley natural— como impositio de un superior, y por TOMASIO, que niega el carácter jurídico de la ley natural porque no consiste en impositio, como toda ley propiamente dicha (*iussus imperantis*). A partir de ROUSSEAU, el voluntarismo quedó implantado como forma fundamental del pensamiento jurídico moderno; se opuso, a la doctrina hobbesiana de la omnipotencia del Estado, y afirmó que el puro poder y la pura fuerza no podían, ni aún por prescripción, constituir Derecho: la ley es, desde entonces, expresión de la voluntad general, al cual es considerara por principio, racional y justa. Se profundiza en su obra y se analiza la teoría del Contrato social.

VIII. LOS TEÓRICOS DE SOCIEDAD Y EL CONTRATO SOCIAL: HOBBS Y LOCKE

1. *Hobbes*

En este autor la idea de Derecho Natural se desvanece. En el estado de naturaleza previo al estado social no llega a haber derecho y en el estado social pasaría a convertirse en derecho positivo. Para Hobbes, en contra de Aristóteles, el hombre no tiende a la sociedad. He aquí el cometido del contrato en Hobbes. No refleja el doble juego del unión y sumisión a un gobernante. Para Hobbes sólo hay un contrato de unión o de sociedad por el cual se designa la que va a ser gobernante. Ésta es la raíz del Absolutismo. La fuerza indiscriminada de todos es reemplazada por el poder absoluto del soberano que rige el Estado, dentro del cual queda la sociedad civil. El Estado es una construcción de los hombres, que representa a toda la sociedad civil, pero dirige la voluntad de todos hacia la paz interior y hacia la ayuda mutua frente a los enemigos del exterior. Es una mezcla diabólica de Estado poderoso y benefactor. Para Hobbes, el derecho, como todas las expresiones de la vida social, queda dentro del Estado y en poder del soberano, dueño de la ley, expresión de esa voluntad rectora, habrá de establecer lo necesario para el bien del pueblo⁵.

⁵ Existe una tesis reciente de 2015 de Antón Amiano, J.A. Lenguaje, cultura y política en Rousseau: de la teoría de la música al contrato social. Universidad de Granada, que analiza todos los aspectos que han llevado a la crítica de la doctrina del contrato social.

Hobbes queda más cerca del positivismo que de la doctrina del Derecho Natural:

1. Para Hobbes el hombre en su estado primario está ausente de todo sentido del Derecho.
2. Aun cuando hable de algunas leyes naturales, insiste en que el derecho no tiene más versión posible que la ley positiva, esas leyes naturales serán meramente indicativas.
3. La comparación con el voluntarismo de Occam sólo puede ser formal, no acepta la intervención de la voluntad divina, pues su voluntarismo está secularizado y equivalentes al positivismo.

2. *Locke*

Opuesto a Hobbes, llega a conclusiones de distintas. En sus «Ensayos sobre el Derecho Natural» se aprecia un modo de concebir éste diferente al viejo Locke. La Ley natural consideró que era la «ordenación de la voluntad divina cognoscible por la naturaleza». Mientras que Hobbes cree que el estado de naturaleza está configurado a imagen de la violencia, en el de Locke paz y bienestar predominan. Los hombres son libre e iguales, independientes y dueños de los bienes que necesitan. Su teoría del contrato es la siguiente: Los hombres en el estado de naturaleza poseen valores inherentes siempre a ellos. Pero es necesario ir a un estado social, organizado y seguro, para mejor administrar el bien público. He aquí el profundo significado —dice Hernández Gil— que atribuye la contrato y al derecho natural. El hombre no recobra, sino que en el estado social, garantiza sus derechos (libertad, igualdad, la independencia): proceden de la naturaleza y del Derecho Natural. Lo que se consigue es su perfeccionamiento y su respeto. Esto es lo que consienten los hombres y lo que consienten. Pero siempre habrá la evocación de lo que está en ellos desde el principio y no por obra de la sociedad ni del Estado. El Estado no libera de la naturaleza. Racionaliza la organización de lo espontáneamente dado por ella. Naturaleza, sociedad civil y Estado no son etapas que vayan distanciándose; concurren y se necesitan mutuamente⁶.

En esta autor se encuentra la versión liberal del poder político y una versión del Derecho Natural, desde el Liberalismo y que justifica a éste como pilar de la convivencia. El Estado es una reafirmación de la libertad que acompaña al hombre antes del contrato social, le lleva a éste y al Estado.

⁶ Goldwin, R. en *Historia de la filosofía política* (coord. por L. Strauss y Cropsey, J). México: fondo de cultura económica, 1993, pp. 451-485.

La teoría de Locke cree que existen unos derechos naturales inalienables anteriores al Estado y a la Ley. Antes de Locke, el Derecho natural se había sistematizado, racionalizado y secularizado, con él se lleva la política y a la práctica.

IX. JJ. ROUSSEAU (1712-1778): EL MAESTRO DEL CONTRATO SOCIAL

Obras: «Discours sur les sciences et les arts» (1750); «Discours sur l'origine et les fondaments de l'inegalite panni des hornmes» (1755); «La nouvelle Helo'ise» (1761); sus dos obras más conocidas son «Du contrat social ou Principes du droit politique» (1762), y «Émile ou de l'éducation» (1762), entre sus obras mayores.

En su pensamiento, centrado en el contrato social, se opone al absolutismo de Hobbes y la monarquía constitucional estilo inglés, tal como la defiende Montesquieu. Aboga por una radical democracia y soberanía del pueblo. El pueblo actúa directamente dará su voto y será su voluntad el patrón de gobierno. El Estado debe ser el pueblo mismo. No hay en él más que una libre agrupación social (contrat social), sustentada por la voluntad de los ciudadanos.

1. En el Contrato social postula un modelo de comunidad en el cada individuo obedece, no a una voluntad particular extraña, sino la «voluntad general» o colectiva, orgánica (no de la mayoría, no la suma de voluntades) que presupone recta, que no equivoca y que nos hace libres; cada uno, al obedecer a la voluntad general, se obedece a sí mismo.
2. Es la voluntad general como la razón pura práctica; un postulado de comportamiento que hay que respetar siempre y en todo lugar, porque garantiza el bien.
3. Ese contrato debe constituir la sociedad; cada ciudadano enajena todos sus derechos a favor de la comunidad, recibiendo a cambio, la cualidad de miembro de un organismo, parte indivisible del todo. Se trata de un cuerpo moral colectivo, con voluntad propia, que se identifica con el querer de sus miembros.
4. El hombre sustituye sus instintos: moraliza sus acciones, busca principios comunes y escucha a la razón antes que sus pasiones.
5. Se trata de un postulado optimista de la nueva comunidad política, porque el estado civil continuaría y perfeccionaría el estado de la naturaleza.
6. Paradójicamente, esa sumisión al contrato social, nos hace más libres, nos hace querer lo que debemos querer, lo que nos conviene y que no lo sabemos.

7. El contenido de la voluntad general se manifiesta en la legislación, que tiene validez para todos, todos iguales ante la ley.
8. Respecto al contenido de las leyes, Rousseau no establece limitación material alguna a los decretos de la voluntad general: voluntarismo radical, que significa el absolutismo de la mayoría. El carácter absoluto del poder de la totalidad del pueblo sobre los individuos es tanto más manifiesto cuanto ROUSSEAU no reconoce, como hicieran LOCKE o MONTESQUIEU (o BODINO), la existencia de una ley fundamental, borrando toda distinción entre las leyes.
9. La Soberanía rusioniana es indivisible. Es inalienable e intransferible. Rechaza la división de poderes.
10. La unidad del poder no significa que ROUSSEAU rechace la necesidad de un órgano ejecutor de las leyes, realizador de actos particulares. Así, junto al poder legislativo, reconoce un poder ejecutivo, pero no con la mera función de aplicar las leyes, como un simple delegado del pueblo soberano, revocable en todo momento⁷.

X. OTRAS CONCEPCIONES

1. *La Teoría psicológica de la validez de Leon Petrazycki*

Este autor, pertenece a lo que llama el profesor Hernández Marín, «Realismo interno o psicológico». El autor (1867-1931) entiende que el Derecho es un fenómeno psíquico, de una conciencia social que se posee desde el ámbito individual. En su análisis sociológico del Derecho, entiende que el Derecho nace de la sociedad antes de institucionalizarse de forma espontánea e irracional en el psiquismo colectivo afirmando la existencia de un «Derecho intuitivo»⁸.

2. *Radbruch y el binomio seguridad-justicia*

El mérito de RADBRUCH consistió en haber hecho posible el estudio científico de la cultura por referencia a los valores. El Derecho es cultural. De esa cultura

⁷ La bibliografía sobre Rousseau es enorme, particularmente nos gusta el estudio de Suárez-Íñiguez, E. «Consideraciones sobre el contrato social de Rousseau» en la Revista Mexicana de ciencias políticas y sociales, vol. 38, núm. 152, 1993. También la obra de García San Miguel, L. Filosofía Política, grandes obras: El contrato social. Madrid: dikinson, 2006.

⁸ Haskin, E. «Leo Von Petrazycki: su vida y obra» en Revista General de Legislación y jurisprudencia, vol. 83, núm. 164, 1934. pp. 299-329.

resultan valores y disvalores. La idea de justicia e, en este autor, la que configura ciertas realidades humano-sociales, o sea, que les da forma y figura jurídica. El Derecho es una realidad cultural que no puede definirse más que en función del valor que esa realidad aspira a realizar, y que es la justicia. El derecho es un ensayo de la realización de la justicia, aunque un ensayo fracasado. Derecho injusto, es, pues, el Derecho fracasado en su ensayo de realizar la justicia y no un Derecho sin ninguna conexión con la justicia. La validez del Derecho es la que depende de la conciencia personal y de la decisión libre y responsable de un Derecho que está garantizado por la seguridad como máximo principio. Autor prolífico, es referencia inexcusable en temas de la Teoría de la Justicia y de los valores en el mundo jurídico⁹.

3. *La teoría antipositivista de Ronald Dworkin*

Sucesor de Hart al frente de la cátedra de la Universidad de Oxford, su obra adquiere importancia cada vez mayor. Es un autor que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y realistas que han dominado el pensamiento jurídico modernamente. Rechaza el positivismo desde la perspectiva metodológica, única vía que permitía unificar a las teorías del positivismo. Una concepción del Derecho que niegue la separación absoluta entre el Derecho y la Moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos —como hacía el viejo iusnaturalismo— es una doctrina peligrosa. En la práctica demuestra que en los tribunales la distinción entre el Derecho y la Moral no es tan clara como sostienen los positivistas. Acudir al Derecho que se aplica y obedece para demostrar que la moral interviene en el derecho, es muy peligroso para la doctrina positivista porque pone de manifiesto la debilidad de su enfoque. Dworkin toma como punto de referencia la teoría de Hart porque considera que es la versión más depurada del positivismo jurídico. Normas, directrices y principios: el ataque al positivismo se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios. El modelo positivista sólo aplica normas, y deja fuera principios y directrices. El concepto de una norma clave —la regla de conocimiento de HART— permite identificar las normas mediante un test que llama e origen. El test es adecuado si se afirma que el Derecho es un conjunto de normas. Pero precisamente pretende demostrar que esa concepción del Derecho es unilateral. Junto a las normas existen principios y directrices que no se pueden identificar por su origen, sino por su fuerza argumentativa y por su contenido.

⁹ García Manrique, R. «Radbruch y el valor de la seguridad jurídica» en el Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 21, 2004, pp. 261-286.

1. El criterio de identificación de los principios y las directrices no puede ser el test de origen. Las directrices hacen referencia a objetivos que se deben alcanzar y que son beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad. Los principios dan razones para decidir, en tanto que las normas se aplican o no. El contenido material de principio —su fuerza argumentativa— es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada¹⁰.
2. La Regla de conocimiento, la distinción entre normas y principios es el instrumento que se utiliza para rechazar la regla de conocimiento como criterio de identificación del Derecho. Esta idea ha sido criticada por Carrió, Raz... y otros.
3. Neiusnaturalismo de Dworkin: El razonamiento jurídico invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un lento proceso; estos principios son morales. El razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los «casos difíciles». Pero no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un Derecho Natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables. Su teoría rechaza el modelo del naturalismo, que pretende descubrir una moral objetiva en el hombre, su teoría es una tercera vía, ni positivista in ius-fundamentada en el modelo reconstructivo de RALWS. Se parte de que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. La idea es conjuntar razonamiento moral y jurídico que desde BENTHAM y AUSTIN había quedado separado radicalmente. En resumen, indica Calsamiglia, la crítica al presupuesto de la separación absoluta entre el Derecho y la Moral, le conduce a la construcción de una teoría del Derecho en la cual la moral y la política juegan un papel relevante. Su modelo, su tercera vía, es la reconstrucción racional aplicada al conocimiento —y a la crítica— del Derecho.

¹⁰ Casalmiglia, A. ¿Por qué es importante Dworkin? En la Revista Doxa, núm. 2, 1985, pp. 159-166.

Lección 16

FUNDAMENTO POSITIVISTA DE LA VALIDEZ

La validez en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno: Monismo y Pluralismo jurídicos. A lo largo de la historia del pensamiento jurídico —indican OST y VAN DER KERCHOVE— se ha insistido en este tema. Por concepción Monista, del Derecho entenderemos la idea de que el Derecho únicamente existe en la forma de un sistema único y universal (tesis sostenida por KELSEN, DABIN...)

Por concepción Pluralista no se entenderá ni el hecho de que las mismas personas estén sometidas a más de un orden jurídico independiente ni el hecho de que en el seno de una determinada sociedad se apliquen diferentes mecanismos jurídicos a situaciones idénticas, simplemente se entenderá el simple hecho de que, en un mismo momento, coexistan varios sistemas jurídicos.

Con esta concepción se admite la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de la misma naturaleza, y en particular, una pluralidad de sistemas jurídicos estatales (unitarios, federales y federados). Una concepción pluralista del Derecho, puede igualmente admitir la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de naturaleza diferentes, como los sistemas jurídicos supraestatales (orden jurídico internacional) los órdenes jurídicos supranacionales (el Orden de las Comunidades europeas), los sistemas jurídicos infra-estatales (órdenes jurídicos corporativos) o los sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados (orden perteneciente a un grupo de sociedades transnacionales, orden eclesiástico)¹.

Es lo que llama BOBBIO un «Pluralismo institucional» queriendo aludir a la coexistencia de sistemas jurídicos de diferentes tipos.

A la pregunta de si el Derecho Internacional existe como fundamento de la validez de los sistemas jurídicos nacionales o si la relación es a la inversa y si se trata de sistemas jurídicos independientes, KELSEN distingue tres posibilidades para dar respuesta:

1. Monismo internacional: sostiene que los derechos nacionales forman parte del Derecho Internacional, pues éste da validez a cada uno de ellos.
2. Monismo nacional: el Derecho Internacional recibe su validez de los derechos nacionales, y, por tanto, forma parte de ellos.

¹ Ost, F. Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho: (de Kirchman a la discusión a la discusión epistemológica actual). Madrid: Grijey, 1999, pp. 237-252.

3. Pluralismo: sostiene que el Derecho Internacional es independiente de los derechos nacionales².

Aunque puede elegirse cualquiera de las respuestas, se afirma en la primera. Se apoya en que la norma fundamental que, según él, se presupone otorgando validez a cada derecho nacional aparece reproducida, con su mismo contenido, como una norma positiva, de carácter consuetudinario, del Derecho Internacional. En efecto, indica NINO, las costumbres internacionales incluyen una norma que se suele llamar «principio de efectividad», la cual prescribe que se reconozca todo régimen que durante un tiempo prudencial ejerza el control coactivo en un cierto territorio. Esta norma cumple la misma función que KELSEN asigna a la norma fundamental de los derechos nacionales, o sea que da competencia para dictar normas al grupo de personas que, sin estar autorizadas por ninguna norma positiva del sistema, tiene éxito en establecer normas originarias eficaces. Si se ha encontrado una norma positiva (el principio de efectividad que da validez a las normas originarias de los derechos nacionales, parece que no habría necesidad de la norma fundamental presupuesta que da validez a los derechos nacionales, ya que se puede continuar con las cadenas de validez de normas positivas hasta la norma fundamental presupuesta de Derecho Internacional. De este modo todos los derechos del mundo formarían un solo sistema como partes del Derecho Internacional; pero no convence una teoría que considera independientes a los derechos nacionales entre sí y con respecto al Derecho Internacional.

I. ¿COMO UN SISTEMA ES INDEPENDIENTE DE LOS DEMÁS?

KELSEN entiende que la característica esencial del Derecho es la posibilidad de «regular su propia creación y aplicación». El Sistema ha de poseer una norma fundamental propia, que a la vez que constituye el fundamento de la validez, garantiza la unidad del conjunto de normas que le pertenecen. KELSEN hace que todas las normas jurídicas tengan que remontarse necesariamente a su única norma fundamental, bien sea nacional o de Derecho Internacional. La concepción autoorganizadora del Derecho en Kelsen, aboca por tanto, a la reducción del problema de la identidad del sistema jurídico a su unicidad. HART parte de un supuesto cercano, pues subraya el carácter autoreferencial de las reglas jurídicas, que él denomina «secundarias» precisando que «se refieren todas ellas a las propias reglas primarias» y «determinan la manera en que las reglas primarias pueden ser definitivamente identificadas, promulgadas o abrogadas». Entre las categorías de

² Suárez Campos, J.M. «Una reflexión sobre Kelsen» en Anuario jurídico y económico escorialense, núm. 30, 1997, pp. 951-970.

reglas secundarias hay una privilegiada: la regla de conocimiento, que, al igual que KELSEN, «determina los criterios a cuya luz se aprecia el última instancia la validez de las reglas de Derecho», y por esa razón, se puede considerar que constituye el fundamento de un sistema jurídico. La condición mínima para considerar a un sistema dotado de identidad reposa en el hecho de que no está únicamente compuesto por reglas de conducta ya que posee una regla de conocimiento que le permite identificar las reglas como propias. Por ello, HART, no llega a reducir el conjunto de sistemas jurídicos a la unicidad, expresa sus serias dudas de que las reglas del Derecho Internacional formen un sistema, por faltar una verdadera regla de conocimiento. HART no duda en admitir explícitamente la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos estatales, dotados de su propia regla de conocimiento³. A modo de resumen, indica OST que todavía es posible afirmar que una concepción pluralista del Derecho disuelve la ecuación monista entre espacio jurídico y espacio territorial, que querría, a la vez, que aun territorio determinado le corresponda tan sólo un único sistema jurídico y que a todo sistema jurídico le corresponda un territorio determinado. Esta ecuación es doblemente inexacta. Por un lado, porque varios espacios jurídicos pueden superponerse en el mismo lugar, lo que significa que ninguno de los sistemas presentes tiene un territorio que le sea propio. Por otro lado, porque se puede constatar la existencia de órdenes jurídicos no territoriales (el Derecho zíngaro, por ejemplo), el Derecho canónico, o el derecho propio de un grupo económico transnacional, que ponen en práctica los poderes deslocalizados. El que dicha ecuación hay sido puesta en tela de juicio muestra la relatividad fundamental de la noción de espacio jurídico: disociándolo de sus sustrato material y geográfico, lo convierte, en ocasiones, en una ficción.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL PLANO DEL «SER» Y EL DEL «DEBER SER»

La fenomenología, la influencia de las corrientes sociológicas modernas y la filosofía de la existencia o existencialismo, han llevado a la Filosofía del Derecho a hacerse cargo del problema del «ser» del Derecho, inicialmente suscitado por aquellas direcciones neokantianas que contraponen Ser y Deber Ser, e insertan el Derecho en el ámbito puramente ideal de lo normativo, entendido como normatividad lógica. Este es el problema ontológico del Derecho, dice LEGAZ.

Puede aludir esa distinción a tres clases de conceptos entre Ser-deber ser, indica Hernández Marín:

³ Guastini, R. «Releyendo a Hart» en revista *Doxa: Cuadernos Filosofía del Derecho*, núm. 37, pp. 99-110.

- a) La distinción entre entidades proposicionales asertivas y las directivas o prescriptivas.
- b) La distinción entre entidades factuales y entidades ideales.
- c) La distinción entre entidades jurídicas o ético-positivas y entidades jurídicas o ético naturales (KELSEN).

KELSEN distingue dos tipos de juicios:

- Los juicios del SER: son enunciados descriptivos, susceptibles de verdad o falsedad.
- Los juicios del DEBER-SER: que son directivos y respecto de los cuales no tiene sentido explicar la verdad o falsedad.

Seguindo a HUME, Kelsen sostiene la existencia de un «Abismo lógico» entre el ser y el deber ser, en el sentido de que ningún juicio del deber ser puede derivarse lógicamente de premisas que sean sólo juicios del ser, valiendo también la inversa.

Los juicios del deber ser sirven para interpretar, pues constituyen su sentido, los actos de voluntad, o sea los actos cuya intención se dirige a la acción de otra persona.

Se niega a ver detrás de los juicios del deber ser, que llama «normas» una voluntad real, en sentido psicológico, y por eso rechaza la identificación que hacía Austin entre normas y mandatos.

La reflexión sobre lo que el Derecho es (realidad normativa) y lo que «debe ser» (valores que propugna el Derecho) ha quedado disminuida por la filosofía moderna, por el cientifismo que la invade y por la influencia del pensamiento de WITTGENSTEIN, reduciendo la Filosofía a una actividad y una terapéutica, ha determinado el análisis del lenguaje como prioritario y la lógica jurídica. El tema se plantea según el hombre que se es, dijo FICHTE: Allí donde se dé una orientación dentista de la filosofía se encamina hacia la teoría de la ciencia, de temas gnoseológicos, lógicos y logísticos. Así, el neokantismo ha orientado la Filosofía del Derecho hacia el problema del concepto universal del Derecho y hacia los problemas de la teoría de la ciencia jurídica, la fenomenología hacia la búsqueda de las esencias invariables, el positivismo lógico hacia problemas de sintaxis lógica del lenguaje jurídico...

Donde existe una concepción metafísica los problemas más acuciantes son los de la vida, existencia, los temas éticos, los temas iusnaturalistas, del deber ser. La filosofía es siempre concepción del mundo, el iusnaturalismo se hallará siempre presente de una u otra forma en los valores.

Pertenece a la Ontología pues responde a la pregunta de la naturaleza del Derecho, o sea, de la existencia de in orden de la conducta humana, cuyos fundamentos son ajenos al capricho de los hombres. Lo que hay que resolver es lo que el Derecho es en la realidad. A este problema se puede tomar frente desde diversos planos.

Plano normativo: el Derecho considerado como norma; desde un aspecto subjetivo (noción personalista del Derecho) o desde un plano axiológico (el Derecho como lo justo, *id quod iustum est*).

III. TRES ENFOQUES DE LO JURÍDICO CADA UNO CON SU CARGA HISTÓRICA

- A) Enfoque normativista que es un punto de vista objetivo, y que históricamente a estrechamente vinculado a la concepción axiológica de lo jurídico, se halla hoy ligado con la noción comúnmente aceptada de la ciencia jurídica la cual ha incurrido en el convencionalismo de considerar Derecho sólo al sistema de normas vigentes que rige en una comunidad determinada.
- B) Noción personalista que responde a históricamente a la concepción de los pueblos germanos, HEGEL, al afirmar que el Derecho «es existencia de la voluntad libre» de ROSMINI el Derecho la persona es «derecho humano subsistente».
- C) El punto de vista axiológico ha tenido una larga tradición que se remonta a Platón y Aristóteles pasa por Santo Tomás y llega a la conciencia jurídica del hombre de la calle, quien, entre Derecho y Ley identifica el primero con lo justo y recto.

El problema ontológico es fundamental y undante, condiciona el planteamiento de los otros problemas de filosofía y la ciencia del Derecho. En efecto, los Valores jurídicos (Gusticia) son valores del «ser Jurídico», y el modo de ser del Derecho determina su concepto y el sistema de categorías conceptuales.

IV. PRINCIPALES TEORÍAS POSITIVISTAS: LA TEORÍA DE HANS KELSEN (1881-1973)

Sus obras más importantes son: «Teoría del Estado» (1925); «Teoría pura del Derecho» con sus versiones es español, Legaz (1933), La alemana de 1934, la inglesa (1945), la francesa (1953) la 2ª alemana (1960).

1. *Teoría de la norma*

La teoría pura del Derecho pretende ser un estudio «aséptico» del Derecho y de la función del jurista, sin consideraciones morales o sociológicas. De ahí el término «puro». Debe estudiar el Derecho tal y como es. Sólo se debe estudiar los

hechos y las realidades sociales sólo desde el aspecto jurídico. Una norma quiere decir que «algo deber ser o que va a suceder», un hombre debe comportarse de determinada manera, este deber ser de uno o muchos actos de la voluntad humana, se transforman en norma objetiva, y no en mera voluntad subjetiva que se agota cuando cesa esa volición que lo sustenta. Resulta notoria en la concepción kelseniana del derecho ante todo un Ordenamiento del comportamiento humano, que como tal, constituye un conjunto sistemático de reglas. Se conoce como validez de un Ordenamiento a la conexión que presentan sus reglas. La norma que constituye el fundamento de validez es otra norma, la norma superior; una norma es válida cuando existe y cuando es dictada legalmente. El concepto de validez queda reducido a la Legalidad de la edicción de la norma. KELSEN propone distinguir entre dos ordenamientos de reglas: el Ordenamiento estático y el dinámico. Todo la validez descansa en una última norma, la norma fundamental. En los Ordenamientos jurídicos estáticos las reglas de conocimiento se encuentran relacionadas en el sentido de que las disposiciones que los integran derivan las unas de las otras, y todas a su vez de la suprema, de la misma forma en que lo particular es derivable de lo general. El Ordenamiento estático es típico, según el criterio de Kelsen, de los ordenamientos morales; mientras que los ordenamientos jurídicos tienen el carácter de dinámicos.

Lo que sí es definitivo es cómo se encuentran entrelazados los preceptos en los ordenamientos dinámicos, aquí no lo están en virtud de su contenido, sino porque han sido creados de una manera peculiar, es decir, según determinadas reglas, y de acuerdo con un método para la autoridad que puede emanarlas. Una prescripción es válida «en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla y sólo por ello». En el ámbito de los Ordenamientos jurídicos es posible distinguir, atendiendo a su contenido inmediato, entre «prescripciones de conducta (o de comportamiento)» y «prescripciones de competencia (de estructura, de organización, o dinámico instrumentales...)», esta distinción no es posible plantearla en el ámbito de los ordenamientos estáticos. KELSEN entiende que la validez de las normas ha de remontarse de prescripción en prescripción hasta la «Constitución». Es la concepción gradual o escalonada del Ordenamiento (Stufenbau), que adoptó de MERKL. Ahora bien, la búsqueda del fundamento de la validez de una prescripción no puede prolongarse hasta el infinito, debiendo terminar en una prescripción que se presupone última y suprema y que será el fundamento común de la validez del conjunto de prescripciones que pertenecen al mismo Ordenamiento. Esa norma puede existir, pero si no es así, siempre habrá una Constitución que históricamente nos permita remontarnos a ella. La norma fundamental (Grundnorm)⁴ es el fundamento de la validez del Ordenamiento positivo en

⁴ Ramírez Cleves, G. *Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias*. Universidad de Colombia: 2012.

la concepción kelseniana, ya que atribuye validez a la Constitución positiva, o más bien, sugiere que se presuponga sobre la Constitución positiva una ulterior norma, la Grudnorm, en cuya virtud se entiende que quienes detectaron el poder constituyente y redactaron la primera Constitución habían sido investidos de un poder legítimo para hacerlo. La atribución de validez a la Constitución positiva por esa norma fundamental hipotética, inviste de validez al conjunto del Ordenamiento jurídico. Por ello validez y existencia son la misma cosa, la validez es el modo de «existencia específica de una prescripción».

El problema de la validez para Kelsen es, por tanto, el problema de la existencia del Derecho. El Derecho no es más que un conjunto de normas que indican un «deber ser» (sollen), o mejor, estatuyen un «deber ser» en forma de juicio hipotético.

El Derecho es un sistema de juicios hipotéticos, no un imperativo. Para poder hablar del Derecho en términos de «deber ser» habrá que suponer o presuponer la norma fundamental, que se nos presentará como uno de los supuestos que hacen posible la ciencia jurídica.

V. LA TEORÍA DE H. HART Y LA «RULE OF RECOGNITION»

Por su parte, HART recurre para explicar la unidad del Ordenamiento jurídico a lo que llama la «regla de conocimiento»; su obra más importante es «El concepto del Derecho».

Una regla es válida, pertenece al sistema jurídico de que se trate, cuando satisface los criterios establecidos en la regla de conocimiento. Con este criterio basado en la regla de conocimiento, Hart evita algunas de las objeciones que suscitaba la tesis de Kelsen de la norma fundamental. La regla de conocimiento no es, a diferencia de la norma fundamental, una norma propuesta, una hipótesis del pensamiento jurídico (que es la gran crítica que se le ha hecho a Kelsen), sino que es una regla social, una norma positiva. La regla de conocimiento existe como una práctica generalmente concordante por parte de los órganos de aplicación (jueces) de identificar el Derecho por referencia al criterio o criterios establecidos en la regla de conocimiento.

Para la existencia de ésta, es preciso además, que los jueces en su conjunto acepten como vinculantes esos criterios. La regla de conocimiento abre la posibilidad de un discurso jurídico interno ya que es el presupuesto para poder emitir enunciados internos.

Un jurista adopta un punto de vista interno si acepta la regla de conocimiento, frente a aquel sujeto u observador que hace afirmaciones externas, o desde fuera del Ordenamiento, indica De Lucas. La regla de conocimiento es el elemento que

dota de unidad al sistema, pero no deja de suscitar problemas. Entre ellos destacan el problema de la circularidad entre la regla de conocimiento y las reglas de adjudicación, el de la unidad o pluralidad de reglas de conocimiento, y el de la capacidad o no para identificación de los principios como elementos, junto con las reglas, del sistema jurídico. El problema de la circularidad, indica que la existencia de la regla de reconocimiento consiste en que los jueces y tribunales en su conjunto aceptan como vinculantes unos mismos criterios de validez jurídica. Para saber quiénes son jueces y tribunales hemos de acudir a reglas de adjudicación que son las que confieren potestad jurisdiccional, para saber si son válidas, hemos de acudir a los criterios de validez de la regla de reconocimiento, algo circular. El problema es sobre la unidad o pluralidad de la regla de reconocimiento. Hart habla en plural a veces. La tesis de la unidad es una de las centrales de su teoría. Cada sistema sólo posee una regla de reconocimiento, el que la regla sea una no implica que establezca un único criterio de validez jurídica. En los sistemas jurídicos desarrollados la regla de reconocimiento suele tener un carácter complejo y establecer varios criterios de validez jurídica, pero clasificados en un orden de subordinación y primacía relativas. Los distintos criterios están unificados por su disposición jerárquica razón por la que Hart habla de «una regla».

El resto del pensamiento de HART, se resume según el profesor Hernández Marín:

1. Las normas jurídicas son imperativos.
2. La separación entre el Derecho y la moral entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser.
3. El análisis de los conceptos jurídicos es diferente del análisis sociológico y de la crítica o valoración del Derecho.
4. El Derecho es un sistema lógico cerrado.
5. Las entidades (proposicionales, valores...) éticas naturales no pueden ser conocidas. Weinberger es uno de los autores que afirman que esta tesis es característica del positivismo jurídico⁵.

VI. VON WRIGHT Y LAS NORMAS SOBERANAS

No todas las normas son prescripciones (el caso siempre polémico de las normas permisivas). Es de interés la clasificación de las normas que propone el teórico de la Lógica finlandés Von Wright en su libro «Norma y acción». La palabra

⁵ Saapk, T. «Kelsen and Hart on the Normativity of Law» en *Scandinavian studies in Law*, núm. 48, pp. 397-414.

norma para este autor es ambigua y vaga; se usa en muchos sentidos y a menudo en un significado poco claro. En todos los sentidos se dan unos elementos comunes y ello le lleva a realizar una nueva clasificación. Distingue entre Normas que llama reglas, las directrices o normas técnicas y las prescripciones.

Las reglas, son aquellas que definen una actividad humana. Son las reglas del juego, que ha indicado el profesor Nino. Determinan lo permitido, definen el juego y la actividad de los jugadores (las reglas de la Lógica y de la Matemática, las reglas de la gramática de cualquier idioma).

Las directrices o normas técnicas hacen referencia a algo que hay que hacer si se quiere alcanzar un determinado fin. Las normas técnicas de las instrucciones de uso.

Las prescripciones sus características son:

1. Tienen su origen en una autoridad normativa.
2. Van dirigidas a un agente o agentes, llamados sujetos normativos.
3. La autoridad que dicta la norma quiere que los sujetos adopten cierta conducta.
4. Para que ellos conozcan su voluntad, la autoridad promulga la norma en cuestión.
5. Para dar efectividad a tal norma se establece una sanción, la amenaza de un castigo por desobedecer la norma.

Las prescripciones son los mandatos, los permisos y las prohibiciones dado por alguien que se encuentra en una posición de autoridad —autoridad normativa— y que se dirigen a los agentes —sujetos normativos— en relación con su conducta. Las leyes del Estado, los órdenes militares, los permisos de padres a hijos.

Junto a estas tres especies o tipos principales, señala otros tres tipos de normas que son las costumbres, los principios morales y las reglas ideales, estableciendo un esquema más plural de las normas y su clasificación.

VII. GEORG JELLINEK Y EL «PODER» SOBERANO

Pertenece este autor a la escuela más formalista del Derecho. Autor centrado en temas de poder y creador de la teoría de la «autolimitación del poder del Estado». La limitación del estado en cuanto tal por el Derecho en los regímenes constitucionales modernos. Se plantea el problema respecto del Estado (como persona jurídica, no en la persona individual del Príncipe) la persona en la que reside la soberanía de ese poder, persona cuya voluntad es la fuente del Derecho y que, sin embargo, se limita por el Derecho. Tanto el padre como el hijo trataron del Dere-

cho político y Walter Jellinek fue el gran teórico, tal vez sin pretenderlo —señala Lucas Verdú— de las mutaciones constitucionales⁶.

VIII. EL SOBERANO COMO SUJETO: TEORÍAS DE BENTHAM Y AUSTIN

Jeremy BENTHAM (1748-1832) rechaza el Iusnaturalismo, como consecuencia de su crítica a una de las consecuencias de la tesis iusnaturalista: La tesis del objetivismo jurídico, para él el Derecho natural no existe, es un fantasma. Critica los postulados básicos del Derecho Natural: vivir honestamente...a los famosos *tria iuris praecepta*. El Derecho lo crean los jueces el *Judge made Law*, desde este autor es verdad del Sistema judicial inglés. Puede ser considerado fundador del positivismo jurídico moderno, cree en la posibilidad de un principio moral universalmente válido del cual derivan todos los juicios valorativos: es el llamado «principio de utilidad», el cual sostiene, en sustancia que una conducta es moralmente correcta cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de gente. Es la ideología creada por este autor y Austin (con diferencias) del Utilitarismo (*Introduction to the principles of Morals and Legislation*, 1789). Creyó fervientemente en la capacidad del Derecho para transformar las sociedades y redactó códigos para distintos países latinoamericanos y Rusia. El Parlamento es un cuerpo activo que por medio de la legislación puede efectuar cambios sociales. El egoísmo humano basa toda una filosofía hedonista. «La naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos señores soberanos, el placer y el dolor, son ellos los que señalan lo que debemos hacer». «La finalidad del Derecho es aumentar la felicidad, el objeto general que todas las leyes tienen es común, incrementar la felicidad general de la comunidad», de ahí viene toda una teoría de la pena del Derecho penitenciario.

1. *John Austin (1790-1859)*

Representante del Idealismo jurídico, para este autor una ley es un mandato general, y distingue entre Legislación propiamente dicha y legislación judicial. Las Leyes que forman la Legislación permanente son establecidas de forma directa; mientras que las leyes que integran la Legislación judicial son establecidas de forma indirecta u oblicua con ocasión de las decisiones judiciales. Austin sostiene la tesis del objetivismo jurídico, es decir: admite la existencia de una Ley divina.

⁶ López García, J.A. «George Jellinek: apuntes biográficos e intelectuales» en *Estudios en Homenaje a Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson, vol. 1, 2008, pp. 762-810.

Escribe que la Ley divina y la ley positiva como leyes propiamente dichas, sólo la Ley positiva es ley en sentido estricto, sólo el Derecho positivo es Derecho en sentido estricto. Para Austin todo el Derecho es el positivo, no existe el Derecho Natural. «El Derecho positivo está formado por las leyes (mandatos generales) del soberano de una sociedad política independiente». Define las normas (The providence of Jurisprudence determinated) como datos generales formulados por el soberano a sus súbditos. Toda norma es un mandatos u orden, o sea una expresión del deseo de que alguien se comporte de determinada manera y de la intención de causarle daño si no se conduce de conformidad con el deseo. Las normas especifican siempre un sujeto, destinatario de la orden, el acto que debe realizar y la ocasión en que tal acto debe realizarse. Además las normas presentan un operador imperativo que es el que ordena a los sujetos realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada. Los mandatos que son jurídicos tienen su origen en la voluntad del soberano. Su definición de la Soberano es la siguiente: «Si un hombre determinado es destinatario de un hábito de obediencia de la mayor parte de una sociedad sin que él, a su vez, tenga el hábito de obedecer a un superior, ese hombre es soberano en esa sociedad, y la sociedad (incluido el soberano, veremos sus disquisiciones sobre quién es el soberano, la realidad o la norma) es un sociedad política e independiente»⁷.

Austin expresa su conformidad con BLACKSTONE, célebre iusnaturalista, en el sentido de que el Derecho positivo «debe ser» conforme a la Ley divina, pero la fuente del Derecho puede no ser Dios, sino el soberano o el Parlamento. Pero no está claro qué tipo de iusnaturalismo sostiene si es La ley divina o «lo racional» en el Derecho, esto es, los principios y nociones comunes a todos los Ordenamientos jurídicos. Más bien hay que sostener que es un pensador iuspositivista, de dudoso carácter en el pensamiento del Derecho como Sistema, pues habla del Derecho como un «todo orgánico», pero no es algo muy repetido en su obra.

El concepto de «autoridad soberana» se liga a la concepción de que. Como mandato, las normas jurídicas «proceden de superiores» y vinculan a inferiores. Superior es quien posee «poder» y lo puede imponer a través de amenazas: Dios es enfáticamente el superior del hombre, a quien fuerza a seguir su voluntad; el señor es el superior del esclavo; y análogamente, el «soberano» es el superior del ciudadano. «Superioridad» y «mandato» también se implican recíprocamente.

La soberanía es una forma más de superioridad, posee dos rasgos específicos:

- a. Los miembros de la comunidad bajo soberanía tienen un hábito de obediencia o sumisión respecto a un superior común y determinado.

⁷ Turégano Mansilla, I. «John Stuart Mill y John Austin: una mirada comparativa» en Anuario filosofía del Derecho, núm. 23, 2006, pp. 157-186.

- b. El superior común no tiene hábito de obediencia o sumisión respecto a ningún «superior humano»; sólo así es el soberano de la comunidad, y la sociedad es políticamente independiente.

El término «norma jurídica» denota objetos que no son mandatos. Una norma no imperativa no es realmente una norma, en tal caso será el fragmento de otra norma, y cita los casos de normas declarativas y de normas permisivas, a las que llama «normas impropias».

AUSTIN se refiere a las normas consuetudinarias y a las normas que confieren derechos como normas, son asimilables a la idea de mandato:

A) Una norma que confiere derechos es un mandato porque impone implícita o explícitamente deberes paralelos.

B) Una norma consuetudinaria es un mandato, porque, a pesar de supuesta espontaneidad, para considerarse tal norma debe haber sido incorporada por el soberano legislativo a través de sus «delegados judiciales»; antes de la adopción jurídica las costumbres son sólo reglas morales, después ya son mandatos y su contravención conlleva consecuencias jurídicas, ya que han sido directamente sancionadas por el soberano mediante la intervención de los tribunales.

2. *Raz, J. (1939)*

Entiende este autor que la tesis que perfecciona a cualquier Derecho es que tiene que hacer justicia en dos sentidos: el factual y el normativo. Es autor que pretende y cree en la noción de Sistema («The concept of a legal system, Oxford», 1970). Se muestra crítico con la teoría del profesor Hart y su división de reglas primarias y secundarias. Su teoría se basa en lo que se ha dado en llamar el sistema de delegaciones o «cadena de validez» de las proposiciones jurídicas por parte de quien posee el poder básico de regulación jurídica, lo que conlleva a indicar que existe otra parte del poder social, que se escapa a la autoridad normativa. La única normatividad que existe, al igual que Kelsen, es una normatividad justificada. Las normas no pertenecen al mundo de los hechos, sino al mundo de lo que «debe ser». Para conocer la norma jurídica como verdadera y no como una secuencia de hechos, hay que asumir que las prescripciones de ciertas autoridades deben ser observadas⁸.

⁸ Ruiz Manero, J, «El positivismo excluyente de Raz» en Boletín mexicano de Derecho comparado, núm. 110, 2004, pp. 709-739.

IX. LA TEORÍA JURÍDICA DE FRANÇOIS OST

1. *Las diferentes formas de sistematización*

Indica OST que en esta ocasión, se trata de observar la teoría general de la sistematicidad jurídica y la línea de estudio de los sistemas jurídicos. La diferencia entre sistematicidad dinámica y estática es una de las centrales. Fue KELSEN el creador de esta línea de estudio de los sistemas jurídicos. KELSEN define el sistema estático como aquel en el que «las normas son válidas en virtud de su fondo o contenido», pues su validez depende de una relación de subsunción entre su fondo y el de otra norma análogo al que puedan realizarse entre lo particular y lo general. Define el sistema dinámico, como aquel en el cual una norma dada pertenece porque ha sido creada de la forma determinada en la norma fundamental y no por que tenga un contenido determinado. Esta diferenciación es más teórica que práctica y ha planteado problemas para conjugarla con el propio pensamiento kelseniano. Es dificultoso imaginarse en un sistema estático, que el contenido de la norma inferior pueda ser deducido del contenido de la norma superior y por otra, que una norma no puede ser deducida de otra. KELSEN entiende que un sistema se basa en el órgano competente para adoptar las normas, que una norma esté o sea habilitada, que posee competencia. WROBLEWSKI, indica que KELSEN reduce el sistema a un «decisionismo», el derecho sería un conjunto de decisiones sin ningún tipo de coherencia.

Los autores, indica OST, han interpretado la diferenciación de la sistematicidad kelseniana y así, WROBLEWSKI, dice que un sistema normativo es dinámico, como aquel que posee un carácter meramente formal, en el sentido en que se caracteriza por la ausencia de toda relación de contenido entre las normas pertenecientes a este sistema, mientras que un sistema normativo estático, se caracteriza por el hecho de que comporta una norma de validez vinculada a un contenido determinado de tal manera que todas las normas que pertenecen a este sistema pueden ser deducidas según reglas admitidas de inferencia.

También TROPER ha intentado presentar una formulación nueva de la tipología kelseniana. Según este autor, un sistema exclusivamente dinámico, sería un sistema de delegación en el que el contenido de las decisiones no está prescrito y los funcionarios disponen a este respecto de un poder totalmente discrecional. No obstante, este sistema no excluye la prescripción de un «procedimiento» determinado para la adopción de tales decisiones. Considera que un sistema exclusivamente estático, sería un sistema como la moral o el derecho natural, en el cual un enunciado tendría el significado de norma únicamente porque una sociedad determinada admite que se deriva de otro enunciado.

BOBBIO aclara que los sistemas pueden ser simples y complejos, si son compuestos por normas primarias y por la norma o las normas para la identificación

del sistema (simples), o conteniendo además de las normas primarias, normas de sanción y de producción jurídicas (complejos), pero poco añade acerca de la diferenciación de KELSEN.

Es TROPER de nuevo, el que ha introducido la distinción más acorde con el pensamiento kelseniano, diferencia entre un sistema «no jerarquizado» u «horizontal», en el que todas las normas estarán situadas al mismo nivel y en el que los enunciados no se justifican entre sí; y un sistema «jerarquizado» o «vertical», en el que existe una jerarquía entre las normas y en el que un enunciado se presenta como una norma, si su autor lo justifica invocando que lo enunciado en dicha norma debe aplicarse por emanar de otra; la distinción entre sistema dinámico no concierne a los sistemas horizontales, sino a los verticales.

PERELMAN establece una diferencia entre dos sistemas normativos presupone la elaboración de reglas que permiten evitar todo tipo de poder de decisión —sistema de legislación sin jueces, y la «Política»: en la que el poder de decisión sería ilimitado y arbitrario y se ejercería sin reglas previas— la primera correspondería a un sistema estático y la segunda con un sistema puramente dinámico. Más interpretaciones se harán, pero la base kelseniana ha resultado provechosa y mutable a los cambios normativos y sociales.

2. *Sistematicidad lineal y circular*

Para OST, si alguna representación parece dominar tradicionalmente el pensamiento jurídico, es sin duda, la idea de que el Derecho es un sistema fundamentalmente jerárquico. La sistematicidad lineal: parte de esa concepción del pensamiento ya tradicional de KELSEN, según el cual, la norma superior constituye el fundamento de validez de la norma inferior, especialmente en su presentación piramidal del sistema, su mejor ilustración. Se advierte, hoy en día, el amplio poder creativo y normativo que de hecho se ejerce en cortes y tribunales numerosos, pertenecientes a las corrientes de la Sociological Jurisprudence y del realismo norteamericano, que es la teoría del Derecho que sostiene que el Derecho es lo que decidan los tribunales que sea (HOLMES). Ha sido una inversión de la idea kelseniana, quizá demasiado exagerada y difícilmente encajable en los sistemas occidentales donde el juez decide según la norma pre-descrita, siempre. La PERSPECTIVA NORMATIVISTA clásica (KELSEN) contempla una pirámide sobre su base que culmina en una regla superior única; en cambio, LA PERSPECTIVA REALISTA, en compensación, nos propone una pirámide invertida, las múltiples-fuentes lejanas de derecho desembocando en la decisión singular del juez. Si el movimiento realista —no sorprendente en el sistema de judge-made-law— tiende a considerar la autoridad del juez como suprema en relación con la del legislador, en verdad se refiere a la del constituyente. Pero tampoco pone en duda el carácter jerárquico del sistema y la linealidad de su lógica, sino que lo sitúa en otro punto

esa pirámide. La sistematicidad circular, se presenta en otras corrientes que dudan de que el carácter jerárquico sea la base de toda norma. Dice VIRALLY que no podríamos afirmar a priori que una norma no puede en ningún caso modificar aquella de la que obtiene su validez; igual opina AMSELEK quien ve claro que la reglamentación jurídica de las competencias normativas es mucho más compleja, más encabalgada que el esquema kelseniano nos muestra; los sociólogos del Derecho son los que se han adentrado en estas ideas, así, N. LUHMANN que intenta abandonar totalmente el modelo jerárquico en provecho del de la circularidad. En los fenómenos jurídicos contemporáneos, para su análisis, es preciso concluir que los sistemas están desprovistos de centro y de cima para muchos conflictos, en cuyo seno la circulación no se realiza en un sentido único en la medida en que las múltiples estructuras que los componen mantienen relaciones de interacción, contribuyendo los elementos «inferiores» a determinar los elementos superiores. En cuanto a N. LUHMANN presenta los sistemas jurídicos como concatenaciones de elementos que no se acomodan a ningún «principio fundador» o metanorma. De manera que las relaciones —incluso de validación— que sostienen las diversas normas jurídicas son relaciones circulares o recursivas, ajenas a la idea de jerarquía y a los mecanismos de causalidad y de deducción.

3. *Sistematización formal y material*

La oposición entre sistematicidad material y formal que se traza es la más compleja. El primero de estos conceptos consistiría es una articulación meramente formal, es decir, en una relación lógica caracterizable con independencia del contenido de sentido de las proposiciones que religa y que permite calificar el sistema en el que las proposiciones se unen por una relación propia de «sistema formal». En el segundo caso, por el contrario, se puede tender hacia una articulación material o sustancial, es decir, una relación orgánica o teleológica que no podemos caracterizar de forma satisfactoria haciendo caso omiso del contenido de los elementos que se articulan. En este sentido, podemos hablar de una sistematicidad material. La propia distinción es atinente a una lógica de todo sistema, es un concepto eminentemente lógico (dice KLUG). Ahora bien, estos dos tipos de sistematicidad no son excluyentes necesariamente, son más bien complementarios.

X. SISTEMATICIDAD FORMAL

Se habla de sistema axiomático, de sistema lógico, de sistema deductivo, de sistema deductivo-axiomático, o de sistema-cálculo... para diferenciar esta sistematización, se destacan una serie de caracteres:

1. Carácter deductivo

Un sistema deductivo es un conjunto de proposiciones que contienen sus consecuencias, es decir, como un conjunto de proposiciones que también comprende a las que de ellas derivan de las reglas de inferencia admitidas por el propio sistema, dice TARSKI. Los sistemas racionalistas del Derecho natural (siglo XVII y XVIII) elaboraron sus leyes atendiendo al criterio de la deductividad, indica ARNAUD. En este sentido, la codificación del siglo XIX francesa (sobre todo) representa la consagración del modelo deductivo. DUPORT afirma que el juicio de un proceso no es otra cosa que un silogismo en el que la mayor es el hecho, la menor es la ley, y el juicio es la consecuencia. GARANT P' AINE se conforma con rectificar esta presentación invirtiendo el contenido de las premisas y enunciando que un silogismo para ser correcto, debe: 1) describir, en la mayor, una verdad general evidente para todo el mundo; 2) determinar en la menor la relación singular del tema contencioso con la verdad general y, en consecuencia, en el juicio silogismo, la relación de este tema, pues no hay más verdad que la que dice la ley; 3) declarar lo que la ley ordena sobre el tema contencioso, pues tanto en la mayor como en la menor la ley es la verdad suprema que regula todo. La escuela de la Exégesis tenía un método esencialmente deductivo, deduciendo lógicamente todas las consecuencias lógicas de las premisas, ahora bien, existen autores que a un sistema deductivo ven como necesario la inclusión de una reglas extralógicas.

2. Carácter formalizado

Un sistema es formalizado cuando las operaciones de su construcción se determinan «únicamente» con la indicación de la forma gráfica de los signos lingüísticos empleados y su disposición en el espacio, dice KALINOWSKI. El Derecho en este sentido, es difícilmente de la representación de los datos jurídicos, aunque ahora menos por la informática jurídica, el Derecho sólo deja formalizar «algunos» de sus aspectos.

3. Carácter axiomatizado

Un sistema deductivo es axiomatizado en la medida en que al principio, a título de axiomas, son enunciadas de forma explícita las proposiciones. La axiomatización se compone de dos propiedades: 1) la decibilidad del sistema y 2) la independencia de los axiomas.

- 1) La decibilidad de los sistemas jurídicos significa la posibilidad de decidir sobre reglas jurídicas ciertas, aunque dice HART, que la mayoría de las veces en los sistemas la regla de conocimiento no se encuentra enunciada, pero su existencia es manifiesta. Las reglas de conocimiento propias de las

mayoría de los sistemas concretos son vagas. La regla de conocimiento es de «textura abierta», en ocasiones. La decibilidad de un sistema jurídico está lejos de ser perfecta.

- 2) La independencia es la propiedad de que no existe la redundancia normativa, pero se explica que ésta exista pues la imposibilidad de determinar a priori de forma segura, el campo de aplicación de las normas, muchas disposiciones particulares pueden, a priori, formar parte de una interpretación tanto analógica como a contrario, al igual que un principio general puede ser considerado a priori como aplicable al conjunto de casos particulares que origina, como puede ser considerado perteneciente al grupo de derogaciones justificadas por la especificidad de algunos de los mismos. Existirá la redundancia entre una norma particular y un principio general y no siempre será inútil.

XI. COHERENCIA

Es una idea que está ínsita en la propia concepción del sistema, es decir, en el plano de la definición más específica de la noción misma de sistema jurídico. No existe coherencia cuando se dan «dos directivas incompatibles», pues pueden imponer dos obligaciones opuestas o dos soluciones diferentes a un mismo litigio, que producen las antinomias jurídicas. Con este objeto de poder evitar antinomias, se indican una serie de criterios: el jerárquico, *lex superior derogat inferiori*; el cronológico (*lex posterior derogat priori*, la norma posterior prevalece sobre la norma anterior); y el de especialidad (*lex specialis derogat generali*). Estas reglas, ante la falta de coherencia originaria del sistema jurídico, le dan seguridad; las antinomias son inevitables en todo sistema, ahy que evitar que sean numerosas. La antinomia jurídica no es puramente formal, el juez debe resolverla obligatoriamente, apoyada, a veces, dicha solución en un orden no exclusivamente formal.

XII. COMPLETUD

Es un postulado-idea que sugiere que un sistema no contiene ninguna laguna y, con ayuda del conjunto de sus elementos, pueda determinar el status jurídico de cualquier derecho, algo que indicó como prioritario la codificación, pero que está demostrado sociológicamente, ha quedado desfasado. Dos teorías se manifiestan:

1. La teoría del «espacio jurídico vacío», según la cual todo lo que no está jurídicamente reglado es jurídicamente irrelevante y
2. La de «la norma general exclusiva», según la cual todo lo que no está jurídicamente reglado está jurídicamente permitido.

XIII. SISTEMATICIDAD MATERIAL

Las consideraciones precedentes que las relaciones entre los elementos de un sistema jurídico se entablan no son exclusivamente de tipo lógico, sino también de naturaleza material o sustancia, esta sistematicidad se le ha denominado como sistema-organismo, orden axiológico o teleológico, todas estas expresiones significan que las reglas forman conjuntos por causa de su contenido. La sistematicidad formal podría ser calificada de «mecánica», la sistematicidad material es considerada como «orgánica». La sistematicidad formal puede ser también calificada de mecánica en el sentido de que excluiría toda: finalidad interna o inmanente, lo que se traduciría por el rechazo de toda consideración teleológica en el funcionamiento del sistema jurídico. Una sistematicidad orgánica plantea otra concepción: es un sistema de órganos diferentes de los cuales cada uno tiene un papel especial, y que se han formado ellos mismos de partes diferenciadas. Santi-Romano dice que el orden jurídico es un «todo vivo» u organismo; otros autores consideran que todo organismo posee una «estructura» y unas «funciones» y que la disposición lógica de los miembros del derecho, por completa que pueda ser, no es más que una cosa secundaria, un producto del objetivo al cual debe servir.

Otro rasgo de la sistematicidad orgánica parece radicar en que entre sus elementos existe una idea de equilibrio, cuando caracteriza el condicionamiento mutuo de las soluciones jurídicas, entendiéndolo como un vínculo de carácter orgánico, y la idea de armonía del sistema jurídico, que expresa la existencia de los principios generales del derecho, que deriva de un espíritu general, que anima el sistema y se manifiesta por la concordancia de las soluciones elegidas. Otro rasgo es el del carácter «teleológico»: la consideración de los «fines» u objetivos o de las metas, es decir, presentar a un sistema como un conjunto de reglas consideradas como medios destinados a realizar fines, que pueden expresarse a sí mismas en términos de intereses, de valores o de compromisos sociales. Existen en los sistemas las «contradicciones teleológicas»: cuando se adoptan normas que no son aptas para alcanzar objetivos buscados; así como en casos de desarmonía o inconsecuencia axiológica (consistentes en la adopción de que situaciones «iguales» respecto a los objetivos buscados son tratadas de forma desigual, lo que, de nuevo, nos lleva a dejar por insuficiente la sistematicidad formal.

XIV. LAS FUNCIONES DEL DERECHO

El Sistema jurídico es, evidentemente, un subconjunto del sistema social: si bien toda norma jurídica es un norma social, lo contrario no es necesario (CHEVALLIER) Entre el orden jurídico y el orden social se establecen innumerables relaciones, de ahí que lo jurídico no pueda pretender, la autogeneración absoluta

y, a la vez, ambicionar disciplinar lo social. Cumple el derecho distintas funciones, en la sociedad. Algunos autores reducen la función del Derecho en el sentido de su papel de registro único de lo prescriptivo, como si el derecho se limitara a regular los comportamientos so pena de sanción, como si redujera a la regla de conducta a la regla de derecho. SUMMERS y HOWARD dedican muchas páginas en su obra «Law, its nature, functions and limits», a presentar el papel que realiza:

1. El derecho como instrumento de expansión y realización del individuo: promueve la salud pública y la calidad del entorno, protege la vida privada y ordena la familia, mantiene el orden en el grupo y garantiza libertades públicas, reduce las desigualdades de oportunidades... para ello el Derecho prevé los dispositivos de compensación de los daños, otras aplica penas represivas o medidas equivalentes, otras enmarca las actividades recurriendo a la regulación administrativa...hay algo de idealismo al presentar el conjunto de funciones asumidas por el derecho como si estuviesen guiadas por el único propósito de favorecer la expansión individual, los límites de esta perspectiva individualista también se plantean: dice ORIANNE que lo que se pone de relieve es la gran diversidad de funciones a las que, los sistemas jurídicos, en nuestras sociedades modernas, eminentemente complejas, están llamados a ejercitar.
2. La ley es un instrumento para conseguir un estado de cosas y alcanzar, ya para modificar un estado de cosas o para crear uno nuevo.
3. Realizar la estructuración e integración sociales.
4. El Derecho escoge y difunde el lenguaje común.
Por otro lado, el sistema jurídico
5. Garantiza el registro y la difusión de las informaciones para los destinatarios, permitiendo así, desarrollarse en la continuidad de una memoria común cuyos datos son permanentemente accesibles a todos.
6. El derecho estratifica una serie de vocablos y los orienta a unos significados determinados, excluyendo otros de antemano.
7. Una serie de valores quedan afirmados por el derecho y es el Derecho el que garantiza o es fundamento de la vida colectiva: así las declaraciones constitucionales que expresan esos valores de una forma solemne y las prescripciones penales les garantizan una sanción reforzada.
Al margen ya de la estructuración de la vida social, el sistema concurre a su regulación. A este título y de forma general, el garantiza la previsibilidad económica, social y política, que de ella deriva.
8. La regulación de las conductas y la gestión de los conflictos. Lo más frecuente es que el recurso al aparato judicial se deje a la iniciativa de las partes, mientras que la regla se presenta como modelo a los individuos,

organizándoles nuevas e inéditas posibilidades de actuación acompañadas de un conjunto de límites y constricciones.

9. Fuerza obligatoria, pese a ello, no es un convencido de que la coactividad sea una condición necesaria de un sistema jurídico.

XV. LA TEORÍA DIALÉCTICA DE FRANÇOIS OST

Recientemente, es la aportación más importante y original que del tema del Sistema jurídico se ha visto. El autor considera a HART y KELSEN como los precursores modernos del concepto de Sistema. Entiende que el Sistema jurídico posee una serie de elementos (Normas, por supuesto, conceptos, valores, principios, las instituciones...) que le hacen poseedor al concepto de un carácter heterogéneo de todos esos elementos que lo componen. Entiende que todas las sistematizaciones son válidas: estática y dinámica, lineal y circular... pero que el Legislador se sitúa en la necesidad de equilibrar (homeostasis del sistema) los cambios sociales y jurídicos sin que se resienta el sistema su obra «El Sistema jurídico entre orden y desorden» analiza esa estructura que concibe dialéctica del sistema, no por opinión científica, a su juicio, por descripción de la misma. El trabajo de los agentes del Sistema (codificación, judicatura...) está inoculado de sistematización. El sistema ante esos cambios sociales pretende ser autopoietico, es decir, autónomo para en un proceso de ajuste constante afirmar sus bases conceptuales y su absorción del cambio social, pues secunda la idea de CARBONNIER de que existe una zona de «infraderecho» no institucionalizada oficialmente, pero que trata con normas válidas y reconocidas. Los paradigmas de la codificación (legalidad, tratamiento lineal, monismo político, monismo jurídico) ya no se mantienen es por ello que el sistema se enfrenta a momentos racionales (orden) y a momentos irracionales (desorden, según su frecuencia) que tiene que absorber.

Por ello defiende una «sistematicidad circular» o «dialéctica» y no «jerárquica», «horizontal» o «matemática» o «axiomática» (simbolizada por KELSEN), entre los diferentes elementos del Sistema jurídico, esa absorción de los elementos irracionales le llevan a defender esa circularidad de los elementos del sistema y el orden y el desorden en el que se desenvuelve la Jurisprudencia, la Legislación, y los jueces con sus respectivos modelos⁹.

⁹ Ost, F; Van de Kerchove, M. El sistema jurídico entre orden y desorden. Madrid: Dykinson, 1997 (trad. Hoyo.I), pp. 134 y ss... toda la teoría de estos autores gira entre el papel complementario de la sistematicidad formal y material. No son excluyentes ninguna de estas dos versiones del sistema jurídico.

EL REALISMO JURÍDICO Y SUS IDEAS

I. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

A partir de 1930 —por poner una fecha—, surge un movimiento, un grupo de autores jurídicos que superan el Positivismo, normativismo imperante de Kelsen, la concepción de HART después, y el Iusnaturalismo. El movimiento es el realista. Su idea es que la teoría de la norma como tal no existe y el Derecho sólo se compone de decisiones judiciales particulares que son las verdaderamente interesantes para el estudio de los juristas. (Entre ellos, MOORE, OLIPHANT, COOK, LLEWELLYN, CLARK, FRANK...)¹

Los rasgos del Realismo norteamericano son destacados por LEGAZ:

1. Creación judicial del Derecho.
2. Consideración del Derecho no como fin sino como medio para el logro de determinados fines sociales.
3. Estudio de la influencia emanada de los cambios sociales, siempre más rápidos que la evolución jurídica.
4. Estudio del comportamiento efectivo de los tribunales y de su discrecionalidad entre ese comportamiento y las normas recibidas, las cuales son una guía, pero no el fundamento de las resoluciones judiciales.
5. Interesan los fundamentos jurídicos reales más que los oficiales.
6. De la Jurisprudencia conceptual se pasa a los hechos jurídicos y los intereses sociales.

El famoso magistrado HOLMES (1841-1935) es el que se considera, por personalizar, el gran precursor de este movimiento. En sus reflexiones se puede advertir su ataque hacia la teoría del «silogismo» y su defensa de las soluciones particulares en cada conflicto (*The Common Law*, 1882). La Lógica no es la única fuerza operante en el desenvolvimiento del Derecho. El desarrollo del Derecho —dice Recasens— (*Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 1980) y sobre todo su individualización posee razones que no encajan en la «lógica tradicional», que no son razones de lógica matemática, sino razones de otro tipo, las que llama «del

¹ Quizás el pragmatismo de Pierce, de James, de Dewey ...tuvo que ser el contexto de una concepción del Derecho práctico y sobre todo vivido por jueces y público.

buen sentido». Por algunos, ha sido llamado el «padre del realismo». «Derecho es profetizar sobre lo que harán los jueces y Tribunales en un caso dado»².

1. *Benjamín Cardozo (1870-1938)*

Saca sus conclusiones de su cargo de juez. «Qué hago yo cuando fallo un litigio» es su verdadera pregunta. El Derecho (*The Nature of the judicial Process*, 1921) no era sólo lo que los tribunales hacen, sino las reglas sobre las que basa su actividad. Vio en el Derecho un orden determinado en última instancia por ciertos factores éticos; a esto llamó el «método sociológico», que venía a significar la decisión de los casos jurídicos con referencia al bien común la equidad y la justicia social. El método lógico tiene tan sólo una función limitada y relativa. Mejor acudir al método histórico y evolutivo, pero éste puede quedar también obsoleto. Si ni el método lógico ni el histórico resuelven el problema se puede acudir al punto de vista de justicia y de bienestar social, engranados en un concienzudo estudio psicológico de los intereses que se contraponen en el pleito.

2. *Austin (1790-1859)*

Las ideas de la «escuela analítica» inglesa fundada por este autor sembraron el precedente del movimiento realista. La teoría analítica de Austin refiere el Derecho positivo al mandato del soberano. Queda el problema de saber si el soberano es una realidad o, por el contrario, es un concepto mediante el cual ordenamos los datos jurídicos. Varios autores secundaron esta idea: si la realidad efectiva sobre la que se apoya y sale el Derecho vigente, es el verdadero «soberano». Las normas serán una guía sobre todo en los casos complicados, pero no suministran una respuesta absolutamente segura, porque el Derecho real y efectivo va a ser lo que «sobre lo que el caso planteado resuelva el órgano jurisdiccional».

3. *K. Llewellyn*

Considerado como el autor más importante de este movimiento jurídico. Distingue entre lo que él llama («Some Realism about Realism», 1930) «reglas de papel» y «reglas efectivas»³. Las primeras son las formuladas en leyes y reglamentos, pero también las normas que los tribunales declaran en sus sentencias,

² Legaz estudia con profundidad las figuras más destacadas del realismo, *Filosofía del ...ob. cit.* pp. 225 y ss.

³ Llewellyn, K, *Some Realism about Realism*, en la *Harvard Law Review*, 1930, núm. 44. pp. 122-164.

como fundamentos de sus fallos. Las reglas efectivas son aquellas, declaradas o no, según las cuales los jueces deciden «realmente el litigio». Derecho es lo que hacen efectivamente jueces, abogados, policías, secretarios, etc..., en caso de litigio: what these officials do about dispute, is to my mind, the law itself. La función del derecho en la sociedad es la de decidir los casos litigiosos, delimitar los intereses, establecer un poder gubernamental e integrar la sociedad. Hay un Derecho natural para «uso de los juristas» basado en el bien común y en la justicia social. También analizó la apreciación de los hechos y la calificación jurídica de los mismos.

4. J. Frank

Ha dedicado atención preferente a analizar la conducta efectiva del juez y los problemas relacionados con la apreciación de la prueba. Considera («If Men were Angels», 1942, «Law and the modern Mind», 1949) que la ciencia jurídica se basa en un mito y no en una teoría científica; el Derecho no es regla, ni es seguro, ni es previsible. El Derecho es lo que realmente hacen los tribunales; decisiones reales, concretas en el pasado y conjeturas con respecto a decisiones concretas en el futuro; las normas con constataciones generales sobre los que han hecho los tribunales y predicciones sobre lo que harán en el futuro. No hay normas de validez permanente, porque la sociedad está en continuo cambio. Las normas no son el fundamento de la decisión judicial; ésta no es un silogismo, sino que es emocional e irracional; ésta no es un silogismo, se basa en una intuición. Decisiva es la personalidad del juez, sus prejuicios, su modo de reaccionar. La seguridad jurídica, pretendida por RADBRUCH, es una ilusión: una actitud científica tiene que tomar en serio la inseguridad de la existencia, pues es una actitud espiritual alegre y aventurera, que acepta los riesgos. Al menos reconoce al Derecho Natural, sino como seguro, como el que proporciona una fuerza ética sobre el juez.

II. REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

Se debe citar a un grupo de autores que constituyen la llamada «escuela de Upsala» cuyo inspirador es el filósofo sueco HAEGERSTROM, al que le siguen autores como WILHELM, LUNDSTEDT; HEDENIUS, SOLNORDALY, OLIVECRONA; ROSS⁴.

⁴ Olivecrona, K. The Law as fact. Londres. Copenhagen, 1939, existen múltiples traducciones de esta obra, que observan la peculiar manera de concebir el Derecho de este autor.

1. *Alf Ross*

Autor que empezó siendo kelsiesiano, y que se fue separando de las teorías del austríaco. Distingue la ciencia del Derecho en aserciones que conciernen a las normas jurídicas y directivas, de tal manera que los enunciados de la ciencia del Derecho aseguran que una determinada regla jurídica es válida. Pretende conseguir una «teoría empírica del Derecho». El estudio del Derecho debe ajustarse a los cánones de observación y «verificación» que animan a toda ciencia moderna empírica, y en el principio analítico de interpretar las nociones jurídicas fundamentales como concepciones de realidad social, como conducta del hombre en la sociedad y no otra cosa, de donde se deduce la necesidad de rechazar la «validez» a priori que sitúa al Derecho por encima de los hechos, siendo así que éste tiene que ser considerado purely as a fact, y su validez tiene que ser interpretada conforme a «hechos sociales»⁵.

No admite como guía un principio «a priori» de justicia para la legislación, por lo que la política jurídica tiene que ser concebida con un espíritu relativista, en relación con las ideas de los grupos influyentes de la sociedad; Las proposiciones de la ciencia jurídica en la medida en que son aserciones, deben ser consideradas en base al «principio de la verificación». «El procedimiento de la verificación las proposiciones de la ciencia jurídica estará constituido por el comportamiento de los tribunales que deciden las controversias jurídicas».

Admite la posibilidad de considerar Derecho válido al todavía no aplicado, ya que entiende que la aplicación de la norma por los tribunales de justicia no es un requisito de validez, sino sólo un criterio de verificación positiva de la proposición doctrinal (aserción) que nos ha indicado que esa norma es válida. Esa verificación es el momento psicológico en la relación a las resoluciones de los tribunales para su aplicación, en esa «ideología de los jueces». El intérprete, si quiere mantenerse en un plano científico riguroso que obsesiona a ROSS, sólo podrá aventurar juicios de probabilidad con respecto a las proposiciones; una serie de factores que conforman esa incertidumbre: el imprevisible comportamiento de los testigos, el efecto que sus declaraciones puedan producir en el juez, y las interpretaciones de un mismo texto, y finalmente, las ideas del juez acerca de lo que entiende que es Derecho vigente. La afirmación de que una «regla es Derecho válido es una afirmación altamente relativa».

⁵ Si hay que quedarse con una de las obras de Rosos sin duda es *On Law and Justice*. London: 1958 (edición española escaneada, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 1970, www.dialnet.unirioja.com).

2. *Crítica de la Teoría de Ross*

Parece que la conclusión de la relatividad de la validez de las reglas de Derecho quiere decir que una regla puede ser Derecho válido en mayor o menor medida según sea mayor o menor el grado de certeza con que podamos predecir su aplicación⁶. Es engañoso tratar las diversas fuentes del Derecho concediéndoles el mismo status, un examen cuidadoso impone una gradación de aquellas áreas en las que se puede expresar con gran probabilidad una opinión acerca de los que es Derecho válido de aquellas en las que nuestro punto de vista es casi una conjetura. Si el principio de verificación sólo toma en cuenta lo empírico, la validez del Derecho es un hecho empírico (una objetiva y permanente actitud psicológica de los jueces y magistrados) éste sería o no, pero nunca podría serlo en modo relativo. Ross estaba animado por un propósito sincrético que permitiera armonizar y cohesionar las posiciones del Realismo psicológico y el Realismo conductista. El Realismo psicológico encuentra la realidad del Derecho en el hecho psicológico, por lo que entiende que una norma es válida si es aceptada por la conciencia jurídica popular. Ross no es partidario de lo que entiende disolvería el derecho en el plano individual de la Moral. El realismo conductista estima que la realidad del Derecho se encuentra en las actividades de los tribunales de justicia, una norma sería válida si cuenta con argumentos que le hagan ser aplicada y merecedora de fundamento por parte de los Tribunales. Mientras que para la teoría psicológica la validez del Derecho se define de una forma tal que nos vemos obligados a resumir en el dictum de que el Derecho es «aplicado porque es válido», para la teoría conductista la definición de este concepto nos conduce inevitablemente a decir que el Derecho «es válido porque es aplicado». Así que para compaginar estos dos puntos de vista dice ROSS que la ciencia del Derecho es el «conjunto de proposiciones verificables empíricamente que para ser tomadas en cuenta requieren ser avaladas por las decisiones de jueces y magistrados».

3. *K. Olivecrona*

Autor del Realismo, para él no hay más que una forma de saber científico, el «conocer», conocer lo que es como realidad, como hecho («Law as a fact»). Concepto fundamental en su teoría es el de «imperativo independiente»: independiente de la voluntad de quien lo crea y que, al respetar ciertas formalidades, si inserta en la estructura del Ordenamiento jurídico. El autor no confunde validez y eficacia, no admite que aquélla dependa de ésta, sino justamente al revés, la efi-

⁶ Montoro Ballesteros, A. «Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo (notas sobre el pensamiento de Olivecrona y Alf Ross)» en *Anales de Derecho*, número 4, 1983, pp. 19-98.

cia depende de la validez. Pues al ser válidas, es decir, creadas del modo previsto en la Constitución e integrarse, por tanto, en el sistema del Derecho, las normas son «operativas». Con todo, el realista OLIVECRONA no hablará, como es lógico, de «fuerza vinculante» de las normas o de obligatoriedad de las mismas, sino sólo de su idoneidad o capacidad causal para influir sobre el comportamiento de los jueces y de la gente.

La concepción de la Escuela Histórica del Derecho del «Volkgeist».

La Ciencia jurídica moderna nace con el siglo XIX. Los supuestos para mantener esta afirmación son, según LEGAZ:

- a) La Laicización del ámbito científico-jurídico.
- b) La separación de los conceptos Moral y Derecho.
- c) La lucha de la escuela Histórica contra el Derecho Natural y por la ontologización del Derecho Positivo.

La Escuela Histórica nace en conexión con otro proceso que apasiona a los juristas de entonces: La codificación. Napoleón ha dado un Código a Francia y lo que impera es el espíritu racionalista de la época. Todo está en la Ley que es plena como el Sistema, nace la Escuela de la Exégesis (BUGUET; LAURENT; BLONDIEAU).

1. Nada se debe dejar al arbitrio del intérprete (Laurent). El Derecho está hecho y sólo hay que interpretarlo.
2. Toda innovación que tienda a sustituir la «voluntad del legislador» por una extraña, debe ser rechazada.
3. La escuela de la Exégesis posee un carácter estatista, reconoce la omnipotencia jurídica del legislador estatal.
4. Se ha tratado de hacer compatible el positivismo legalista con su creencia en un concepto metafísico del Derecho o en ideas del Derecho Natural.
5. Culto desmedido al precedente y a la autoridad (POTHIER, TOULLIER, AUBRY, DU CARROY)⁷.

Se comprende que una doctrina edificada en estos cimientos ideológicos conduciría al inmovilismo del Derecho.

En Alemania, la moderna ciencia del Derecho nace con la Escuela Histórica.

Es una manifestación del espíritu romántico que domina universalmente a principios del Siglo XIX. El romanticismo tiñe todos los saberes científicos. Era la

⁷ Pérez Luño, E. «Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho» en el Boletín de la Facultad de Derecho Uned, núm. 14, 1999, pp. 15-44.

oposición al racionalismo y la exaltación de lo singular frente a lo genérico. Cada pueblo es una individualidad portadora de un espíritu singular, que es la fuente de todo lo que constituye la cultura de ese pueblo: el lenguaje, el arte las costumbres, el Derecho. Se ha discutido mucho sobre el verdadero origen de la idea de «espíritu popular» (Volskgeist) de SAVIGNY, padre de esta escuela. La interpretación más usual es la de su origen romántico (WOLF). Afirma la existencia de un pueblo como un ser orgánico viviente, con vida propia histórico-espiritual, entre esas manifestaciones, el Derecho y entre las fuentes del Derecho, la más directa, la Costumbre jurídica. Una innovación es su doctrina con respecto al Derecho Natural.

La Edad Media cristiana había legado la idea de Derecho en su concepción metafísica. Un orden de relaciones cuyo fundamento era Dios; el hombre conoce ese orden en sus premisas evidente y de las que deduce aquellas consecuencias cuyo desarrollo al detalle compete a las leyes humanas. La escolástica se escindió en dos direcciones: La intelectualista (SANTO TOMÁS) y la voluntarista (DUNS SCOTO; y OCCAM). Pero, a partir de GROCIO, cualquier opinión contraria es racionalizar el Derecho Natural.

La escuela del Derecho Natural había sido la máxima expresión del espíritu racionalista (Grocio, Pufendorf) y es en contra esto contra lo que fundamentalmente reaccionó la Escuela Histórica, el racionalismo · quizá ya había cumplido su misión en esos siglos⁸. El único dato de la construcción intelectual es el histórico, no hay Derecho natural de base. Era muy grande la doctrina del Derecho Natural en el propio Savigny, que cree en la existencia de una ley natural. La oposición era más aparente que real (KOSCHAKER) el Derecho Natural racional y el de la escuela Histórica eran «derechos de profesores», así como su independencia del Derecho Romano. De esa actitud nace la oposición a la codificación: presupone ésta primar al dato racional e intelectual, descubrir lo que es de razón y sistematizarla. Pero ello va en contra de la convicción de un Derecho real, y del respeto a las formas consuetudinarias. La escuela Histórica cayó en una paradoja: tras afirmar lo importante del Derecho propio, se lanzan a explicar el Derecho Romano vigente en Alemania, después de la «recepción» (del XVI), no lo vieron como Derecho extraño y propulsaron su uso, el del Corpus Iuris, y no el Pandectas, por ser obra de corrupción del verdadero Derecho romano. HUGO; SAVIGNY, PUCHTA, no fueron grandes historiadores, sin embargo. El origen romano de los derechos e instituciones era la idea de actuación: el Derecho romano no era un fin en sí mismo, sino un medio de conocimiento científico y dogmático del Derecho.

Por ello, Savigny trasciende su propia escuela. Implicó un gnoseología del racionalismo iusnaturalista, la escuela llegó a la construcción de una ciencia del De-

⁸ Martín López, A. «La doctrina del Derecho natural y Hugo Grocio» en Anales cátedra Francisco Suárez, número 2, vol. 2, pp. 203-234.

recho como sistema conceptual de la realidad histórica de un Derecho concreto. La Jurisprudencia conceptualista fue el producto póstumo del racionalismo iusnaturalista, que convirtió el Derecho en un mero cálculo de conceptos, en un proceso abstracto de naturaleza lógico formal. Pronto surgió la oposición a la escuela histórica (EICHHORN, REYSCHER, BESELER; MITTERMAIER...), defensores del Derecho germánico y muchos de ellos, colaboradores del propio SAVIGNY⁹. Esa oposición no hizo sino engrandecer su figura y sus aportaciones científicas sobre todo respecto al desarrollo legislativo del Derecho y el dato histórico en la legislación, así como su falso ataque visceral al Derecho Natural, doctrina en la que se había formado.

III. LAS TEORÍAS DE LA INSTITUCIÓN O INSTITUCIONALISTAS

El estilo sociológico de pensar jurídicamente se ha manifestado en la «teoría de la institución». En Italia esta teoría la introduce SANTI-ROMANO, que introduce en el pensamiento jurídico una fecunda teoría del pluralismo de los ordenamientos jurídicos. Ha sido en Francia, donde aparecieron otros autores igualmente importantes.

HAURIOU («La Theorie de l'institution et de la fondation», 1925) procedente del Derecho público cultivó esta teoría. La pretensión de este autor era coordinar y conciliar la idea con la realidad, la norma con el ser, tratando de hacer compatibles ideas contradictorias como las de BERGSON, PLATÓN y PROUDHON. La conciliación entre idea y realidad se efectúa en el concepto «institución». Una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. Para la organización del poder se crean unos órganos. Dentro del género institución hay dos especies: institución-grupo y la institución-cosa. La idea común de ambas es que penetran en la sociedad, la duración del medio social y un poder objetivo que mantiene el equilibrio de fuerzas dentro de la institución. En la institución grupo la idea es el elemento más importante (el elemento emocional que cala en la sociedad); en tanto en la institución-cosa se constituye a base de relaciones interindividuales y de este modo se aproxima al tipo de sociedad individualista, y el sustrato sociológico de lo creado por el individualismo. Pero interesa más la institución grupo para la estructura sociológica del Derecho.

RENARD (*Théorie de l'institution: Essai d'ontologie juridique*, 1930), es el autor que más ha popularizado la teoría de la institución. Esta teoría supone para

⁹ Morineau, M. «Un acercamiento a Savigny» en Anuario mexicano de Historia del Derecho, núm. 16, 2004, pp. 187-200. Para comprender el Derecho anterior a la escuela Histórica y el contexto.

él una renovación total de la ciencia del Derecho. La teoría aparece referida a la teoría tomista. Quiere crear no tanto una teoría de la institución como una «filosofía de la institución»¹⁰. Renard ha profesado la idea de un «Derecho natural de contenido progresivo», la justicia encarna en la realidad multiforme, impregna el Derecho Positivo, y su conocimiento es progresivo por el hombre. Alcanzó su teoría distinguiendo entre derechos subjetivos y estatutos, que más tarde amplió a lo que es por voluntad del hombre y lo que perdura a través de generaciones.

Supone la doctrina el dualismo fundamental entre individuo e institución como sujetos de Derecho. La personalidad supera a la institución; pero ésta tiene en aquélla su fuente y su impulso en virtud de la fundación, al mismo tiempo la personalidad vive y se desarrolla en el seno de instituciones. La institución posee vida autárquica. La unidad de los individuos está en el mantenimiento de las instituciones. La institución posee estructura jerárquica y autoritaria. Es una organización (Jerarquía) y ésta es una autoridad. Toda autoridad es institucional, la degeneración de autoridad lo es de las instituciones. El contrato representa lo discontinuo frente a la perpetuidad de la institución: ésta es adaptable y la perpetuidad es su razón de ser; el contrato es rígido y sólo adaptable a la institución. Aunque hay instituciones que se adaptan a la forma contractual (ejemplo clásico, el matrimonio). Hay situaciones jurídicas que son contractuales bajo un aspecto e instituciones en otro (v.gr. la concesión de un servicio público); otras que siendo institucionales se transforman en derechos subjetivos (los derechos reales administrativos), otras, permaneciendo institucionales, engendran derechos subjetivos (la situación de funcionario)...

El Derecho tiende a evolucionar de lo contractual a lo institucional: es la evolución de un pensamiento individualista a un pensamiento comunitario; lo contractual, sin embargo, no puede desaparecer jamás. Es una teoría que, lejos de tener atacantes como LE FUR, que entendía que la oposición entre contrato e institución llevaría al desorden en el primero y el orden en el segundo, es interesante por renovar el método jurídico tradicional. RENARD distingue, sin separar, el contrato de la institución, y admite que el primero sufre la influencia de la institución y a la inversa.

GURVITCH (*L'idee du Droit social*, 1932) ha reprochado a Renard esa influencia tomista, y que haya considerado la organización y la autoridad como ingrediente esencial de la institución, olvidando que ese «Derecho espontáneo» de los grupos sociales inorganizados se da con independencia a toda organización. Este autor terminó siendo un sociólogo del Derecho. Sus investigaciones se

¹⁰ Scerbo, A. «El institucionalismo jurídico de Georges Renard entre sugerencias filosóficas y afinidades teológicas» en *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 22, 2010. pp. 59 y ss.

centraron en torno al «Derecho social», cuyas manifestaciones se encontraban en las teorías iusnaturalistas del XVII y XVIII, en el krausismo y, modernamente, en el «Derecho Libre» y en la doctrina institucionalista de HAURIOU. Los ataques se dirigen al formalismo, la comprensión de la realidad social del Derecho al margen de la idea de Estado es central en su obra. Es antiestatista y defensor del pluralismo de las fuentes del Derecho. El Derecho social, propio de los grupos sociales, se diferencia tanto del Derecho de las relaciones interindividuales como de la perversión que representa el «Derecho de subordinación», que es el Derecho social domeñado por el estado y puesto al servicio de un Derecho individual, caso típico el Derecho de la empresa capitalista. El Derecho social puede ser espontáneo u organizado. Pero la capa más profunda de la experiencia jurídica está en el «Derecho intuitivo», creado al margen del Estado, ya afirmado por su maestro PETRASIZKY.

Lección 18

EL DERECHO SUBJETIVO COMO CONTENIDO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

I. LA SITUACIÓN JURÍDICA

Antes de tratar el tema del derecho subjetivo conviene precisar algo de la situación jurídica. La situación debe considerarse como un elemento de la existencia. La forma de la existencia jurídica es la personalidad jurídica, indica Legaz. Se puede definir la situación jurídica como «las distintas circunstancias de la existencia jurídica personal, en las que se contienen en potencia todas las posibilidades de la vida del sujeto del Derecho, con arreglo a las cuales realiza actualmente o puede realizar en cualquier momento las varias formas de conducta que constituyen el activo y pasivo de su haber jurídico» (LEGAZ).

Algunas situaciones no han de cambiar (el estado civil de la persona en su esencia), el Derecho moderno parte del principio de que todo hombre en cuanto tal posee la condición de persona, no admite la condición romanista de poseer los status. Sobre la base de las situaciones jurídicas fundamentales, el sujeto de derecho puede crear para sí o para otros, por medio de su libertad, nuevas situaciones jurídicas. El «mayor de edad» puede situarse como propietario, vendedor, heredero, testador, arrendatario...se puede decir que a mayor fundamentalidad de la situación, menor intervención creadora del sujeto de Derecho. El concepto de situación jurídica se puede hallar en las doctrinas de la sociología jurídica y en COMTE (Auguste), inspirando a DUGUIT. Este último pretendiendo oponerse a la metafísica personalista dominante del mundo del cristianismo y del individualismo, afirma que la es la única realidad la de la solidaridad, en la realidad social, es una regla ésta que limita al hombre en la falacia del derecho subjetivo. Sólo existe esa norma general esa ley social ese «Derecho Objetivo», negando el comportamiento en contra de ella, y, por tanto, la categoría de «derecho subjetivo». No existen derechos subjetivos, sino «funciones sociales» que cumplir. LARENZ arranca del hecho de al «comunidad» que para él tiene un valor de postulado. Niega la categoría de derecho subjetivo y la idea abstracta de persona. El hombre es «miembro» de una comunidad, con arreglo a ésta, se determina su capacidad jurídica, «está en determinadas situaciones jurídicas». La situación jurídica es simplemente un modo de concretarse el Derecho Objetivo, más tarde acude a los conceptos que él mismo niega. P. ROUBIER ha intentado dotar a la situación jurídica de una papel central en la Teoría del Derecho. Divide las situaciones en situaciones subjetivas y objetivas, las primeras son preestablecidas por una regla jurídica en virtud de un acto voluntario o por efecto de una ley de las que derivan

algunas prerrogativas que establecen una posición ventajosa para sus beneficiarios y a las que, en principio, pueden renunciar. Las situaciones objetivas son las que el elemento de la obligatoriedad prevalece sobre el de la ventaja y la disponibilidad. Toda situación posee unos deberes y obligaciones, contraposición de los mismos. No implica que este autor niegue la categoría de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Lleva el razonamiento de ROUBIER a sus últimas consecuencias, hace coincidir la idea de situación jurídica con la de sujeto de derecho, pues aquélla, en la definición más simple que de la misma cabe dar, es la de un sujeto considerado en relación con un Ordenamiento jurídico, que a su vez es una estructura ordenada de acciones humanas en una determinada sociedad. Sujeto de derecho es la de una situación jurídica como conjunto de poderes y deberes reconocida por el Ordenamiento como capacidad de exigir y prestar.

II. LA CONTRAPOSICIÓN DE DERECHO OBJETIVO (*NORMA AGENDI*) Y DERECHO SUBJETIVO (*FACULTAS AGENDI*)

La forma típica del Derecho subjetivo es la facultad, la *facultas agendi*, derivada de la norma *agendi*, de la ley. Para la ciencia jurídica tradicional, no sólo es la facultad el paradigma del derecho subjetivo, sino que es el Derecho en general, en su propia definición. El Derecho aparece como «mi derecho» el *meum iuris*, de Kant. Las direcciones modernas han desvalorizado este concepto, hacia el normativismo, que identifica la realidad jurídica como las normas objetivas; ello es un error, la idea de derecho subjetivo está vinculada a la de «derechos fundamentales de la persona» y es una forma de negar el derecho subjetivo¹.

El Derecho es realidad existencial, de la persona en su dimensión social, y vincula la aplicación de un efecto jurídico cualquiera, singularmente de determinadas consecuencias favorables, convalidadoras o desfavorables (esto es el cumplimiento de un deber jurídico) al acto facultativo de un sujeto, cuya posibilidad jurídica es el signo que el Derecho le da.

El acto facultativo es un acto del sujeto de derecho, es lo contrario a acto debido. Un acto es jurídicamente debido cuando su contrario acarrea una sanción a su autor.

Facultativo será aquel cuyo cumplimiento lleva consigo efectos favorables para su autor o cuyo impedimento está jurídicamente prohibido. El efecto de un acto facultativo es directa o indirectamente la producción de una norma de Derecho:

¹ Ya conceptos en crisis, como indica en su tesis doctoral Pérez Sánchez, C. Crisis del principio de generalidad y del formalismo jurídico: Rousseau, Kant y Hauriou. UCM, 2004.

un negocio jurídico válido, una sentencia judicial es el supuesto para la creación de una norma jurídica.

El derecho subjetivo es una situación jurídica por la que se participa en la creación del Derecho.

El acto facultativo se halla definido en la norma y no es cosa distinta del Derecho objetivo, es una manifestación de su libertad. El derecho subjetivo se define como aquella situación del sujeto de derecho en la cual y por virtud de la cual una conducta del mismo significa una participación en el proceso creador del Derecho, porque la imposición de deberes jurídicos a otro sujeto, y la creación de situaciones jurídicas nuevas en beneficio propio o de tercero, se halla a su disposición.

III. EL DERECHO COMO ACCIÓN

El derecho de cada individuo se sustancia en un cauce formal o procesal. Se ha planteado —dice LEGAZ— si el proceso o la acción igual al derecho subjetivo. Esta identificación la suelen realizar las concepciones poco progresivas. El Derecho procesal aparece como un Derecho meramente «adjetivo» un Derecho formal que sólo sirve para actuar, mediante el procedimiento, el Derecho material: «*Ius persequendi in iudicio quod sibi debeat*».

Mientras se ha estimado que la acción es el mismo Derecho en ejercicio, una parte del Derecho privado subjetivo, se le ha concedido la parte más externa, la forma, el rito: el derecho de acción ha sido el procesal como ritual o litúrgico, vigilante de los trámites que se habrían de seguir para llevar a cabo, esos trámites lo eran todo en el Derecho.

El Individualismo, proveniente del Derecho romano, no ve en la realización del Derecho más que la satisfacción del interés privado, interés que es exclusivamente amparado por la norma jurídica privada que es la más relevante. Sólo el trámite es el contenido del Derecho de acción, no posee un lado estrictamente jurídico.

Hay que aclarar con LEGAZ que:

- 1) La acción es cosa distinta al derecho subjetivo que con ella se hacen valer. El derecho subjetivo es una situación jurídica; la acción es un modo jurídico de hacer valer aquella situación (porque se pida al Tribunal una sentencia o por el «*petitum*» que se haga). Existen dos tipos de acciones: la de condena, hacer lo que se declare en la sentencia, y la declarativa, en que se pide que se declare lo que es Derecho.
- 2) Existen derechos subjetivos sin acción procesal y acciones procesales que no corresponden con derechos subjetivos. (p.e. derecho subjetivo sin acción

procesal es la negación de acción para reclamar lo ganado de un juego de suerte, envite o azar (art. 1798 Ce). Existen acciones sin derecho subjetivos correlativos, como la acción para pedir la nulidad del matrimonio (art. 101 y ss...del CC), la situación jurídica del individuo es semejante a la del titular del derecho subjetivo.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, donde existen los «derechos potestativos» no hay acción procesal correlativa y donde hay acción «constitutiva 11 en lugar de un derecho potestativo, es porque el Orden jurídico ha querido expresamente debilitar la situación jurídica del titular, reservando al juez, por razones de seguridad, la potestad de intervenir en una relación jurídica existente. (P.E. el inquilino que puede rescindir por sí solo el contrato, el ama de casa que puede despedir por sí misma a una criada etc... es más fuerte esta acción que la de los titulares de los derechos no correlativos de derechos subjetivos.

- 3) La acción constituye un «derecho público subjetivo»: el derecho de excitar la actividad jurisdiccional del Estado. La acción tiene carácter público y su ejercicio constituye una relación jurídica entre el individuo y el Estado (un órgano estatal): la norma que constituye esa relación no es la que señale el deber jurídico de los particulares de abstenerse de realizar ciertos actos, sino el deber del Estado de proteger las situaciones mediante una sentencia favorable y aplicación de las consecuencias desfavorables (ejecución), se utiliza por otros, la expresión pretensión, pero significa lo mismo².

IV. PRINCIPALES AUTORES DEL DERECHO SUBJETIVO

1. *El derecho subjetivo en Ockam*

Guillermo de Ockam (1300-50), estudió en Oxford. Sus obras más importantes son:

- «Dialogus intermagistrum et discipulum de imperatorum et pontificum potestate» «Comentarios a las sentencias de Pedro Lombardo»
- «Opus nonaginta iderum».
- El nominalismo como punto de partida.

Niega las esencias; sólo existe lo individual. Los conceptos existen sólo en nuestra mente y no son más que el resultado de abstracciones. Se trastoca con el

² Aarnio, A. «Derecho como acción» en Isonomia Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 8, 1988, pp. 103-124.

la base realista del tomismo. La rectitud moral depende de la conformidad con la contingente y no necesaria voluntad de Dios. Divide tajantemente Fe y Razón; Filosofía y Teología. Remite a la fe aquello que trascienda a la experiencia sensible. La revelación cobra protagonismo: la revelación auxilia a la razón. «Ni la existencia de Dios, ni sus atributos, ni la inmortalidad del alma pueden ser demostradas racionalmente con absoluta certeza».

Respecto al derecho subjetivo, indica VILLEY que la primera formulación del derecho como «poder» estaría en su obra *Opus nonaginta*. La ocasión fue en la polémica con el Papa Juan XXII sobre la pobreza evangélica: la orden franciscana, con el fin de imitar a Cristo, renunció a todo derecho sobre las cosas. Así los papas anteriores distinguieron entre *ius* o *propietas* y *dominium*, y *simplex usus facti*. Esto es, entre un derecho sobre algo, y el mero uso de ese algo. Así la propiedad la tendría la Santa Sede, y el uso la orden franciscana. Juan XXII revisó la postura de los papas anteriores, y estableció in *ius utendi* en la bula «*Cum Inter nonnullos*» (1323): el uso no sería justo, consideraba el Papa, sin un cierto *ius*, un *ius utendi*, un poder jurídicamente reconocido sobre las cosas, amparable ante los tribunales, y del que no podían ser privados sin culpa o causa racional. Así el término «derecho», en lugar de significar el bien que nos corresponde según justicia, se identificó simplemente con el poder que se tiene sobre dicho bien³.

Poco a poco, OCKAM se distancia del Papa, no es infalible ni tampoco el Concilio. La infabilidad de la Iglesia sólo es patrimonio de la *ecclesia universalis*, compuesta por los fieles. Reduce el poder papal, pues separa como Lutero la Iglesia y el mundo, mención aparte de su pensamiento político y económico que aquí no se trata.

2. *Hugo Grocio (1583-1645)*

Su vida está marcada por un contexto histórico, de eclipse del Imperio (siglo XIV y XV), aparición de Monarquías absolutas, la reforma de Lutero, quiebra de la unidad religiosa, el descubrimiento de nuevos mares y océanos, y las guerras religiosas y el orden internacional cambiante. Fue hijo de padre protestante y madre católica, lo que le influyó toda su vida. Estudió teología, Derecho e Historia. Participó activamente en la vida política y social holandesa, agitada por las luchas de las fracciones calvinistas: los rimostrantos o arminianos (próximos al catolicismo) y los gomarristas (afines al calvinismo y enemigos de los primeros). Grocio fue condenado a cadena perpetua, aunque pudo escapar de la cárcel viviendo en Suecia, y muriendo en Rostock (Alemania).

³ Mora, E. «El derecho subjetivo en la neoescolástica» en el volumen editado por la Universidad de Cádiz, 2003, 389, 419 y también Carpintero, F en ese mismo volumen pp. 35-288.

Obras:

- «De iure belli ac pacis»; «De mare liberum», «De iure summarum potestatum circa sacra». Afirma en «De iure belli...»(su gran obra), principios universalmente válidos de justicia. La naturaleza social y racional del hombre es para Grocio la fuente del Derecho: el hombre necesita vivir en sociedad para su desarrollo, tres normas rigen: el respeto de las cosas ajenas, la obligación de mantener promesas y la responsabilidad penal por los delitos cometidos. Afirma que la existencia del Derecho Natural se puede conocer incluso por los no creyentes. Para él, el Derecho natural se define como «norma de la razón recta que hace conocer una determinada acción, según sea o no conforme a la naturaleza racional, es moralmente necesaria o inmoral y que, por consiguiente, tal acción está prescrita o prohibida por Dios, autor de la naturaleza»⁴.

Parte de la evidencia del Derecho Natural para afirmar luego el imperativo divino: se trata de un razonamiento inverso al tradicional teológico, que partía del mandato divino para concluir con la bondad o maldad de los actos. Dios no puede querer otro Derecho Natural diferente al que existe. Autores posteriores indican que con él comienza un nuevo Derecho Natural, desvinculado de toda connotación religiosa. Parece que ello también puede ser una exageración de los países protestantes (en España, DE SOTO, VITORIA; SUÁREZ, MELCHOR CANO... tuvieron esa misma influencia). GROCIO pretende conseguir un sistema de derecho natural válido en sus ramificaciones. Se rechaza el argumento de autoridad y se postula la razón como el método imperante. Delimitadas las premisas del Derecho natural, considera que estamos en condiciones de construir un sistema completamente racional de normas morales como si fuera una demostración matemática. No comparte la doctrina del pacto social: la sociedad es connatural al hombre, la comunidad pacífica y organizada con arreglo a su entendimiento con los seres de su propia especie; la «sociabilidad». El mantenimiento de una sociedad pacífica es la fuente de la obligatoriedad de las normas legales. El Derecho positivo de los Estados, mantiene su validez sobre el principio de *pacta sunt servanda*. Por todo esto, ha sido considerado el padre del Derecho Natural racionalista, caracterizado por el laicismo, individualismo y subjetivismo.

La frase de Grocio de que «se puede conocer el Derecho Natural al margen de la existencia del Dios» no es original suya. Teólogos como De Rímini y Gabriel Biel ya la utilizaron. Rodrigo de Arriaga posteriormente; pero ello no le califica de hombre no creyente muy al contrario. Tuvo una importancia decisiva en el Derecho Internacional y en el término de «soberanía» es un poder «cuyos actos

⁴ Altamira,R. «Hugo Grocio y España» en la Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, volumen 9, núm. 36, 1926.

no están sujetos a otro Derecho, de suerte que puedan anularse por el arbitrio de otra voluntad humana».

2. *El Derecho en Samuel Pufendorf (1632-1694)*

Otro de los grandes autores de la escuela de Derecho Natural racionalista. En la base del pensamiento se cifra el sistematismo. La misión propia del pensamiento filosófico consistía en la construcción de Sistemas. Se buscaba el principio que fundamentase la posibilidad de esa construcción. La una de la escuela iusnaturalista no era ideológica sino metodológica; lo importante no era el concepto de Derecho Natural, sino la presuposición de que había leyes necesarias y universales que regulan la vida del hombre, al modo de las restantes leyes que rigen el Universo, y que podían derivarse de la consideración de la naturaleza humana. Su obra más importante es «De iure naturae et gentium». El Derecho natural quedaba enmarcado en la socialidad como uno de sus fundamentos. Pufendorf se lamentaba de que en el Derecho faltaba la certeza (y en las ciencias morales) de la matemática. Los dos primeros capítulos de la obra presentan un problema metodológico, intentando demostrar que el Derecho natural puede ser una ciencia exacta y certera. Todos los autores del Derecho Natural (WOLF) parten de la hipótesis del estado naturaleza y, cada uno, de un principio de interpretación de la naturaleza humana (sociabilidad, felicidad, perfectibilidad, seguridad...) intentando conseguir un Derecho Natural racional y geométrico⁵.

3. *El derecho subjetivo como facultad moral: la Escolástica española*

La Escolástica española es la heredera de los siglos XVI y XVII del Legado de la teología y a Filosofía jurídica tomistas. El alto número de teólogos-jurídicas de las escuelas más importantes: La de la Orden de santo Domingo (Vitoria, de Soto) y la Orden de san Ignacio de Loyola, la compañía de Jesús (Suárez y Molina) trataron el tema del derecho subjetivo. Aceptan la idea del Derecho como poder o facultad, propia de la escuela franciscana de la baja edad media, y de Occam, pero rechazan el fundamento voluntarista del mismo, como se había defendido.

La escolástica española en pleno renacimiento sigue perfeccionando este concepto de derecho subjetivo⁶. El nuevo concepto no está a salvo de implicaciones teológicas, pero su punto de referencia es ya el sujeto autónomo, a cuyo servicio

⁵ Martínez Albiach, A. «Grocio-Puffendorf ante Mayáns Campomanes» en los cuadernos de estudio del Instituto Feijoo de Oviedo, núm. 6.7, 1996-7, pp. 139-156.

⁶ Megías Quirós, J. «De la facultad moral a la cualidad moral» Anuario filosofía del Derecho, núm. 9, 1992, pp. 325-350.

se encuentra la sociedad, y no al revés, si bien la persona como la sociedad tienen, a su vez, como punto definitivo de referencia un orden divino de creación. SUAREZ define el derecho subjetivo como un poder que se tiene sobre una cosa que de alguna manera nos pertenece. «Suele llamarse propiamente Derecho a cierto poder moral que uno posee sobre lo suyo o lo que es debido; así se dice que el propietario de una cosa derecho sobre la cosa y que el trabajador tiene derecho al salario» (De Legibus ac Deo Legislatore). Molina indica que el derecho subjetivo es la «facultad de hacer, obtener, insistir, o en general actuar de cierto modo sobre alguna cosa, que si se contraviene sin causa legítima, provoca una injuria al investido de esa facultad».

Domingo de Soto en «De iustitia et iure» define dos versiones del Derecho, objetiva y subjetiva. En la segunda distingue entre los conceptos de dominio y derecho, define el derecho subjetivo como «facultad de disponer y usar libremente de las cosas». El dominio, el uso y el usufructo vienen a ser modalidades de esa facultad o poder. El dominio es la facultad y el derecho propios, que cada uno tiene sobre una cosa para servirse en beneficio suyo, mediante cualquier uso permitido por la ley. El uso y el usufructo son en cambio facultades no propias, sino dependientes del verdadero dueño o del juez que los concede, para usar o disfrutar de las cosas de otro, respetando la naturaleza de las mismas.

Hobbes en su Leviathan (1651), define el Derecho Natural como la libertad de todo hombre a usar de su propio poder, que tiene por objeto la preservación de la propia vida y la utilización de los medios que su razón conciba a tal efecto.

4. Noción de derecho subjetivo de Savigny

En su «Sistema de Derecho romano actual» el jurista más destacado de la Escuela Histórica del Derecho, considera el derecho subjetivo como la voluntad del sujeto de Derecho; el derecho subjetivo supone una exigencia de la voluntad de su titular. Esta idea esbozada por Savigny fue después matizada por un discípulo suyo, WINDSCHEID⁷.

5. Noción de derecho subjetivo de Windscheid (1790-1859)

En su «Manual del Derecho de las Pandectas» (Lehrbuch des Pandektenrechts) desarrolla esta idea anunciada. El derecho subjetivo queda definido como

⁷ Frossini, V. «Las transformaciones del derecho subjetivo» en Anuario Filosofía del Derecho, núm. 1967-68, pp. 267-174.

voluntad jurídicamente protegida, la voluntad del sujeto respaldada por la norma jurídica. Es concebido como:

- A) Voluntad de un sujeto que exige un comportamiento de otra u otras personas en virtud de las facultades concedidas por la norma jurídica.
- B) La voluntad del sujeto que da lugar al nacimiento, modificación o extinción de ciertos derechos.

En ambos casos la voluntad humana es el resorte que modifica las relaciones jurídicas o exige los derechos derivados de relaciones jurídicas anteriores. La voluntad se mueve de esta manera en el mundo del Derecho porque la norma lo permite, al ser una voluntad protegida por el Derecho. Es el «poder o señorío de la voluntad concedidos por el ordenamiento jurídico».

6. *Noción de derecho subjetivo de R. Ihering (1818-1892)*

La tesis del jurista alemán representante de la jurisprudencia conceptual evolucionada hasta la jurisprudencia de intereses es que el derecho subjetivo es un «interés jurídicamente protegido». En el «Espíritu del Derecho romano» defiende esta tesis. Afirma que en todo derecho existen dos elementos: uno formal y otro sustancial. El sustancial es el interés, y el formal, la acción para su defensa. Ambos elementos son igualmente necesarios un interés no es jurídico si no cuenta con procedimientos para su protección judicial; será otra clase de interés. Advirtió que el Derecho no era simple forma, que la forma que lo encubría era la «materia» que también conformaba el Derecho. La concepción dinámica del interés: hay intereses de todas clases pueden recaer en multitud de bienes u objetos, cambiar de naturaleza y grado y desaparecer. Al igual que la teoría de la voluntad sufrió fuertes críticas⁸.

7. *Noción de derecho subjetivo de G. Jellinek (1851-1911)*

Considera que el derecho subjetivo es a un tiempo voluntad y el interés protegidos por el Ordenamiento jurídico. La conveniencia era la de conjugar voluntad e interés en el ambiente jurídico de la época. En su «Sistema de derechos públicos subjetivos» entiende que el Derecho subjetivo es el interés que se protegía jurídicamente con la voluntad actuante del sujeto; ambos elementos complementarios y necesarios. El error era que las teorías anteriores eran parciales al desvelar dos elementos como no complementarios; así dice «el derecho subjetivo es el poder de

⁸ Ruiz Resa, J.D. «El concepto de interés en Ihering» en la revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 3, pp. 435-453.

la voluntad humana en dirección a un bien o interés, reconocido y protegido por el Ordenamiento jurídico».

8. *Noción de derecho subjetivo de León Duguit (1859-1929)*

Realizó este autor en sus primeras obras «El Estado, el Derecho objetivo y la Ley positiva» un primer ataque a la categoría de derecho subjetivo, por considerarlo contrario a la naturaleza y así lo ataca hasta su «Tratado de Derecho constitucional» (1921).

Rehúye de la teoría del pacto social y de la base tomista del derecho subjetivo: la idea de función social la concibe como la norma objetiva en su aplicación social y en el desarrollo de la solidaridad social. No existe un derecho a la propiedad, sino una función social poseedor de la riqueza. Lo importante en el Derecho es que fomenta la solidaridad social y destierra la concepción individualista del Derecho. Niega la categoría del derecho subjetivo y ésa es su gran crítica en lo que ha sido el centro de todas las concepciones de los Ordenamientos⁹.

9. *La concepción del derecho subjetivo del realismo jurídico. Los autores del realismo norteamericano*

FRANK; LLEWELLYN, COHEN, etc. Han valorado frente al Derecho legislado el Derecho como decisión judicial. El Derecho es básicamente un cuerpo de resoluciones judiciales afectadas de una emotividad que les impide una mínima unidad y coherencia. El relativismo decisionista no sólo afecta al Derecho en sentido objetivo, como regla exterior de comportamiento, sino a todos los conceptos jurídicos, como el derecho subjetivo.

Realismo norte europeo (LUNDSTEDT, OLIVECRONA; ROSS, HÁGERS-TRÓM), criticaron los conceptos tradicionales del derecho por irreales entre ellos el de derecho subjetivo; es un concepto imaginario irreal y metafórico, no representa una realidad objetiva, ese poder que representa es ficticio¹⁰.

⁹ Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. «Algunas consideraciones sobre la negación del derecho subjetivo en L. Duguit» en Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 1, 1984, pp. 301-330.

¹⁰ Hierro Sánchez-Pescador, L. «El realismo jurídico escandinavo: una teoría empirista del derecho». Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2003.

10. Olivecrona

En su obra «The Law as fact» pretende desterrar del Derecho todos aquellos conceptos jurídicos que no tengan una correspondencia empírica —deber jurídico, derecho subjetivo, persona jurídica— más bien cumplen una función psicológica sin correspondencias reales. Escoge como ejemplo el derecho de propiedad. El derecho subjetivo es una imagen irreal, es un poder imaginario muy beneficioso para la eficacia de las normas jurídicas. «El término derecho subjetivo no se utiliza para expresar objeto alguno»; por ello, es un término que queda reducido a un mero sentimiento psicológico.

11. Ross

Profundiza en la declaración del carácter metafísico e irreal de los conceptos jurídicos (piedra angular del pensamiento de sus maestros LUNDSTEDT y HÄGERSTRÖM).

Llama al derecho subjetivo con el término «tíl-tíl». Simboliza de forma imaginaria la violación de un tabú en una tribu, que conlleva unas determinadas consecuencias, como el exorcismo en quien lo viola, pero es una expresión que no se corresponde con la realidad, es una mera pretensión; el derecho subjetivo es un poder imaginario que tiene el valor de reforzar las consecuencias jurídicas. No es otra cosa que una técnica o instrumento de representación de las directivas de conducta de las normas, que unifica y clarifica la correspondencia entre los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas. Si la norma es una concatenación de supuestos de hecho a consecuencias jurídicas, el derecho subjetivo sería la representación de n/supuestos a n/consecuencias intercaladas entre unos y otras¹¹.

12. El derecho subjetivo en Kelsen

La teoría kelseniana parte de una idea principal: el derecho subjetivo es un aspecto del Derecho objetivo, no realiza esta distinción. El derecho subjetivo es el mismo Derecho objetivo contemplado desde el aspecto del sujeto. «La esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho de que una norma otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación».

¹¹ Alexy, R. «El concepto de competencia de Alf Ross» en Cuadernos Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 35, pp. 549-570.

Cuando el concepto se saca de su contexto se vuelve ideológico y presiona sobre el Derecho objetivo para que lo incorpore a las normas internas. KELSEN propone diversos sentidos del «derecho subjetivo»:

- a. Derecho como equivalente a no prohibido: se limita a describir la ausencia de una norma prohibitiva para poder realizar o no algo.
- b. Derecho como equivalente a «autorización»: describe normas que permiten o autorizan los comportamientos que mencionan.
- c. Derecho como correlato de una obligación activa.
- d. Derecho como correlato de una obligación pasiva.
- e. Derecho como acción procesal.
- f. Derecho como acción o elección política¹².

¹² Alarez Gálvez, I. «Sobre el concepto de derecho subjetivo en Kelsen» en Boletín de la Facultad de Derecho de Uned, núm. 17, 2001, pp. 27-76.

Lección 19

LA CIENCIA JURÍDICA EN SENTIDO AMPLIO: CONCEPCIONES MODERNAS

I. TESTIMONIOS CRÍTICOS SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA

J.VON KIRCHMANN (1802-1899) En 1847 Von Kirchmann pronunció su discurso como Procurador del Rey en Prusia: «Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft» (la falta de valor de la Jurisprudencia como ciencia). Vino a ser este autor un detractor de la Jurisprudencia científica, existentes en todos los tiempos y en la época moderna. (PETRARCA, LUIS VIVES, ERASMO en el Renacimiento), las burlas de RABELAIS contra los jueces, MONTAIGNE contra los intérpretes del Derecho, PASCAL...La jurisprudencia conceptualista (PUCHTA) ofrecía motivos abundantes de crítica y burla a un espíritu novedoso, ágil y dotado de buenas maneras al escribir. La escuela Histórica también tenía aprecio por el Derecho poco formalizado y popular, lo que animó a este autor. La ciencia posible era la general, la griega, la aristotélica. Sólo lo general tiene cabida, mientras que lo individual o singular queda al margen de la consideración científica. Lo general es lo estable y constante. Pero el Derecho pertenece a esas cosas singulares, irreductibles a lo general porque es huido y mudable. Las ciencias avanzan con lentitud. Sus leyes son el resultado de la tradición, pero como los objetos de la ciencia no cambian, esa lentitud no implica ningún inconveniente práctico. En cambio, el Derecho varía rápidamente, y la ciencia jurídica es lenta. Un error cometido afecta a toda la ciencia del Derecho. La Jurisprudencia se alimenta de las imperfecciones de su objeto; parece que le guste lo fragmentario y difícil, las lagunas, equívocos, contradicciones... «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura». Kirchmann ha sido autor seguido, aunque con escaso bagaje filosófico, pero su crítica a la jurisprudencia ha sido famosa, tal es su escepticismo en que la Jurisprudencia pudiera ser una «ciencia», propugnó una politización intensa de la misma¹. Es lamentable que la ciencia haya excluido de su seno a la política, con lo que es incapaz de dominar la materia y el curso de las cosas nuevas, al revés que otras ciencias. Las leyes positivas deben reducirse a los mínimos como material instrumental, el juicio del pueblo se dejará oír para completar un buen sistema. Esta tendencia de acercarse a la política o a la ciencia social es frecuente en las tendencias críticas o negadoras del valor científico del Derecho.

¹ Haba P. «Kirchmann...¡sabía menos pero vio mejor!» en la Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 14, 1993, pp. 269-318.

1. *Lundstedt (1882-1955)*

Formó parte de la llamada «Escuela de Upsala» (inspirador HAEGERS-TROEM), junto a Olivecrona, Hedenius, Ross...

Su obra representa una especie de nihilismo jurídico: niega a la jurisprudencia al negar el Derecho como objeto en general. Toda la ciencia jurídica es sinónimo de superstición e irrealidad. La confusión de causa y efecto está en todas las teorías jurídicas. Quiere, mediante una doctrina que cree original y que nadie hasta él ha dicho algo parecido, eliminar la superstición de la Jurisprudencia. Todos los juristas, incluso quienes lo niegan, creen en el Derecho Natural. No hay derechos subjetivos, ni deberes, ni derecho de la propiedad...es terminología que hay que utilizar. Sólo lo científico es lo que tiene fundamento en la experiencia. Todo funciona por un «mecanismo jurídico» de racionalidad y nada más. La conciencia jurídica es irracional, no existen reglas o normas. Para construir una máquina es necesario poner unos conocimientos en marcha, así las reglas son necesarias para el juez para obrar en beneficio común. La norma o ley es sólo una asociación de palabras cuya observancia es de importancia suma para la vida del Estado, la diferencia entre normas válidas y normas ideales (de lege data y de lege ferenda) es una pura ilusión de la imaginación del jurista. Lo que hasta ahora ha impedido la fundación de una jurisprudencia científica es el fantasma del Derecho objetivo, el material de normas o preceptos legales, derivados de la justicia natural. La Jurisprudencia es una ciencia inexacta, el jurista ansioso de proceder científicamente, tiene un campo práctico de acción de sentido constructivo para la vida social. La obra de construcción tiene que estar determinada en relación con la legislación, ya que ésta lo único para lo que sirve es para asegurar el máximo beneficio a la comunidad. Por ello, la jurisprudencia tiene que ser «activa» en esa «construcción social» nada que ver con el «deber ser» abstracto o del imperativo categórico que tanto daño hace a la ciencia jurídica².

2. *Jaehner (el mito en el Derecho)*

Muy cerca de la dirección de LUNSTEDT fue un autor con especial referencia en sus trabajos («Der Mito von Recht und seine empirischen Grundlagen», 1933) de la idea de depurar los elementos míticos del lenguaje jurídico. Según él, el lenguaje jurídico expresa un mundo de conceptos jurídicos inadecuados. Ha ido el lenguaje de mal en peor desde los romanos, pero por lo menos ellos sabían del carácter ficticio de muchas de sus instituciones. El concepto actual del Derecho es

² Fernández, O. «Balance del realismo jurídico escandinavo» en Revista de Derecho privado, núm. 65, 1981, pp. 1012-1022.

completamente mítico. No hay valores objetivos, sino reflejo de las valoraciones que recaen sobre los objetos; la doctrina de los valores, es una metáfora sin objeto, una hipótesis. El concepto de causa es antropomórfico; es el lenguaje humano el que crea este concepto, inspirándose en un antropomorfismo que refiere todo acaecer a lo que es un acaecer del hombre. El hombre piensa en imágenes y alegorías, en suma, mitología. A través de la religión y la ética, los mitos han cumplido siempre una misión devastadora, porque han perturbado y desviado en lugar de procurar conocimientos más modestos, pero positivos. Derecho subjetivo, deber jurídico, norma...son pura mitología. Quiere que la Jurisprudencia sea ciencia eliminando esa mitología, depurado el lenguaje jurídico.

II. LA ESCUELA SUDOCCIDENTAL: LASK Y RADBRUCH

Lask (1875-1915) reconoce que la especulación valorativa tiene de común con el Derecho natural el plantearse la pregunta acerca del sentido del Derecho y de la Justicia. La realidad empírica, es la única realidad que hay, no hay más derecho que el dado en la realidad jurídica que se desarrolla históricamente, pero de esa realidad, cabe la doble consideración empírica (genético-causal) y filosófica (Derecho esclarecido, juzgado, valorado...) por ello, se dice que la metodología del Derecho es «teleológica» la jurisprudencia ha llegado a su exactitud en los métodos por el valor y el fin. La tarea del jurista, según Lask, es creadora, lo que le diferencia de Stammler, que entendía que la ciencia del derecho tenía el material ya dado. La orientación unilateral de la lógica, los métodos de las ciencias naturales y el olvido de la teleología han sido los grandes males del Derecho³.

1. Radbruch

Se habla de la esencia (Rechtsphilosophie, 1932) de una cosa cuando el valor puede aprehenderse como el principio de su ser. El Derecho sólo puede comprenderse en el círculo de conducta impregnada de valor. El Derecho es un fenómeno cultural, un hecho referido a un valor. La idea de Derecho desempeña, pues, un papel constitutivo y no meramente «regulativo» y valorativo en la determinación de lo que es Derecho. El Derecho es un «ensayo» de justicia, puede ser injusto, pero es Derecho en cuanto su sentido es ser justo. La idea del Derecho es la justicia. La justicia es su principio específico, nos da la pauta de su determinación concep-

³ Rodríguez Gómez, E. «La idea del Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch» en la Revista Universitas, del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Revista de Derecho, Filosofía y Política, núm. 6, 2007, pp. 29-56, donde también se analiza la figura de Emil Lask.

tual. La justicia consiste en la igualdad, pero el criterio de lo igual se encuentra en la teoría de los fines del Derecho. Como el fin no puede ser establecido científicamente, sobre las opiniones de los partidos tiene que prevalecer un elemento de «orden», la exigencia de la «seguridad jurídica». La verdadera construcción es teleológica, aspira a comprender los fines de cada instituto para el fin supremo de todo Derecho. La construcción de tipo formalista —necesaria en el Derecho— olvida el «fin» obsesionándose con la forma.

2. *Dilthey (1831-1911) y Rickert (1863-1936)*

La posibilidad de un conocimiento científico, no naturalista, de las realidades que hoy llamamos vitales, culturales...procede de estos autores. RICKERT entiende que una misma realidad se hace naturaleza cuando la consideramos con referencia a lo universal y se hace historia cuando la consideramos con referencia a lo particular. No hay que obsesionarse con establecer leyes de carácter general, hay ciencias que ni siquiera se preocupan¹³³ de obtener conceptos universales: las ciencias históricas. Exponen la realidad, que nunca es general, sino constantemente individual. Tan pronto falla la generalidad, falla el concepto de ciencia natural. La historia no quiere generalizar como lo hacen las ciencias naturales.

DILTHEY caló con más hondura en la ontología propia de lo histórico. «Las ciencias del espíritu» (ciencias de la cultura para Rickert) tienen por finalidad captar lo singular, lo individual en la realidad histórico-social. Esta finalidad se cumple por medio del análisis y la abstracción. Es estudio de las ciencias históricas es por «comprensión» y es muy distinto al de las ciencias de la naturaleza. Poseen dificultades para conocer una unidad psíquica, las interacciones por las distintas generaciones, no permite conocer un estado de la sociedad. La situación del Derecho es paradójica: la vida jurídica son los casos particulares, históricos, pero opera con normas generales que comprenden todos los casos posibles: lo individual se individualiza; lo imprevisible está ya predeterminado. La ciencia jurídica adapta su lógica a la índole de ese objeto inmediato cuya naturaleza nomotética genérica y abstracta se le impone con necesidad. El Derecho es para el hombre y la ciencia del Derecho o sirve a la vida o no sirve para nada: por eso, la misión de esta ciencia es individualizadora: aspira a comprender el orden jurídico como una totalidad individual. Además, toda su tarea de interpretación y de construcción trata de poner de relieve los elementos concretos e individuales del derecho y de sus instituciones y no concede más valor a lo genérico y abstracto que el de un elemento precisamente ineludible en el justo tratamiento de los casos individuales.

3. *Edmundo Husserl (1859-1938)*

En sus «Investigaciones Lógicas» explica HUSSERL que la experiencia de algo, en cuanto conocimiento, implica cuatro cosas:

- a. Un signo sensible, con función indicativa o señalativa, es decir, una «señal» que nos dé la pista (fósiles, huesos palabras de una ley).
- b. Los signos significativos la expresión como significación, el «sentido».
- c. El objeto ya irreal y: ficticio, ya real, pero en todo caso «mentado» de la significación.
- d. El cumplimiento de la significación y la verificación del objeto en la intuición.

Sólo en este último caso hay una experiencia sensible, positiva; donde falte esa intuición el objeto será irreal o «ideal».

Pues para que haya una experiencia jurídica positiva, susceptible de ser «objeto» de una ciencia, se requiere estos cuatro elementos, que sea posible la intuición, sensible del objeto. Existen dos posturas para buscar estos elementos:

1) Postura racionalista:

signo: palabras de la ley, costumbres...

significación: el sentido del signo es lo que las palabras significan. Objeto: indicado en la significación de la norma.

Intuición: en este caso sensible no es posible, porque la norma es un objeto ideal.

2) Postura egológica (doctrina sustentada por Carlos Cossío y su escuela):

signo: de la experiencia jurídica, palabras de la ley, costumbres jurídicas...

significación: el sentido del signo de la norma jurídica.

Objeto: es la conducta humana que se ve en la norma.

Intuición: es posible, la conducta humana, es real, existencial y temporal.

En consecuencia, para esta posición el objeto de la ciencia jurídica no son las normas del Derecho, sino la conducta humana, es más, el Derecho, en cuanto objeto de la ciencia jurídica, consiste no en normas sino en conducta; las normas sólo son el instrumento conceptual de conocimiento jurídico⁴.

⁴ Adrián Escudero, J. «Husserl y la neurofenomenología» en Anuario de la Sociedad española de fenomenología, núm. 9, 2012, pp. 173-194, donde aclara lo que entiende este autor por la meta de las ciencias cognitivas.

La posición egológica es válida frente a la posición racionalista, que reduce el ser del Derecho al ser de las normas en cuanto proposiciones normativas que cifra en el conocimiento del contenido de éstas, la finalidad última de la ciencia del Derecho.

HUSSERL, sin abandonar el ámbito del idealismo y concibiendo la Lógica como una «teoría de la ciencia», ha logrado autonomizar, independizar el mundo lógico, de los problemas gnoseológicos y de las polémicas de la escuelas filosóficas, que había sido su sede históricamente de la Lógica (Aristóteles). La Lógica recibe en manos de este autor, una orientación Ontológica, y no epistemológica, y los conceptos de Lógica formal y Ontología formal quedan equiparados, esta orientación se agudiza en HARTMANN para quien las leyes lógicas son antes leyes del ser ideal que leyes del pensamiento.

Lección 20

INTRODUCCIÓN A LA LÓGICA JURÍDICA. DIVERSAS CONCEPCIONES.

I. LUIS RECASENS SICHES Y LA LÓGICA DE LO RAZONABLE

Autor que intentó analizar el Derecho desde la perspectiva de la Lógica (Introducción al Derecho, Nueva filosofía de la Interpretación del Derecho, 1980). Defendió una concepción del Derecho separada del formalismo en su aplicación, fuera de la aplicación silogística que propugnaban los exegetas, a los que estudió con profundidad.

1. La lógica formal clásica, la Lógica físico matemática o aristotélica, cartesiana, silogística, lógica de lo racional (todos ellos términos sinónimos) no es el instrumento apto para la solución de los problemas complejos jurídicos y políticos.
2. Incluso en el campo de la matemática y de otras ciencias, sigue la controversia de hasta qué punto son intuitivas, previas a toda inferencia, y condicionantes de la validez de las premisas de la deducción.
3. La lógica formal desde sus inicios, no agota la totalidad del Logos, de la razón, sino que es un sector del logos o de la razón.
4. La Lógica formal de lo «racional» no es la única, hay otras regiones que pertenecen igualmente a la lógica, pero que son de naturaleza muy diversa: problemas humanos de la conducta práctica, de llamado «lagos de lo razonable».

El Derecho no es un sistema lógico y puro, como pretendió la escuela del Racionalismo, con ser muy respetable.

El análisis de la humana existencia descubre los siguientes puntos:

- a. El hombre opera siempre en un mundo concreto, en una circunstancia real y particular.
- b. Ese mundo concreto es limitado, con posibilidades diversas.
- c. Intervienen en la búsqueda de la solución diversos factores: la adecuación del propósito o del fin para satisfacer la necesidad en cuestión; la justificación de ese fin, la corrección ética de los medios, y la eficacia de los medios.
- d. Que en todas las operaciones para establecer el fin y los medios, los hombres se guían por las luces de sus mentes personales.

Características del «logos de lo razonable»:

Primero. Esta lógica de la acción humana está limitada por la realidad del mundo en que opera, el Derecho circunscrito por el momento social, histórico y particular, para ese mundo se formulan las reglas jurídicas.

Segundo. Esta impregnada de valoraciones, de criterios axiológicos. Algo ajeno a la lógica formal o la teoría del silogismo o la inferencia.

Tercero. Valoraciones son concretas, están referidas a una determinada situación humana real, a una realidad social.

Cuarto. Las valoraciones constituyen la base o apoyo de propósitos, para el establecimiento de finalidades.

Quinto. La Lógica de lo razonable está regida por razones de congruencia o de adecuación:

- a) Entre la realidad social y los valores.
- b) Entre los valores y los fines o propósitos.
- c) Entre los propósitos y la realidad social concreta.
- d) Entre los fines o propósitos y los medios, en cuanto a su conveniencia de los medios para los fines.
- e) Entre los fines u los medios respecto a su corrección ética y su eficacia.

Sexto. La lógica de lo razonable se extrae de la experiencia de la vida humana y de la experiencia histórica, de la individual y de la social.

La producción del Derecho debe estar inspirada en la Lógica de lo Razonable.

La lógica de la razón pura, de lo racional, de la inferencia, tiene aplicación solamente al estudio de las formas a priori o esenciales de lo jurídico, pero no tiene aplicación a la materia de las reglas jurídicas. La producción de los contenidos del Derecho, tanto de las reglas generales como de las normas individualizadas, debe regirse por la lógica de lo humano o de lo razonable. El proceso de producción del Derecho en la obra del órgano jurisdiccional, el cual en lugar de valorar, en términos generales, como hace el legislador, debe hacerlo, en términos concretos de situaciones particulares. Dentro de sus límites, la función valoradora no está reservada exclusivamente al Legislador. La función axiológica impregna todos los grados de la producción del Derecho. La función del juez, en este sentido, dentro de la obediencia al Derecho formalmente válido es siempre creadora, pues se alimenta de un rico complejo de valoraciones particulares sobre lo singular, valoraciones que pueden ser llevadas a cabo con autoridad solamente o por el órgano judicial o el administrativo¹.

¹ La obra de Recasens es bien conocida por Legaz Lacambra, L. Filosofía del...ob. cit. pp. 343,393, 527, 542,603,732,738,780...

II. L.J. LOEVINGER

En general, los realistas muestran una acusada hostilidad hacia la Lógica. Se basa en la reducción de la lógica al razonamiento por el tradicional silogismo aristotélico (Introducción a la Lógica jurídica, 1953) y en el olvido de que ya está superado la dicotomía Silogismo/Juicio intuitivo. La Lógica moderan permite que la ciencia natural y jurídica sigan el mismo método. Se rechaza el único método posible. Conviene en el proceso jurídico distinguir entre las distintas fases o niveles o «marcos de referencia» (aparente, lógico, psicológico y empírico) a que puede llevarse el análisis. Se apoya en la semántica para su investigación. No está este autor nada de acuerdo con la intuición como modelo de las sentencias judiciales del realismo que crea inseguridad, pues la vaguedad no es característica del Derecho y de las ciencias sociales. La lógica de la democracia consiste en averiguar técnicas para alcanzar algún acuerdo por medios racionales, y no con palabras vagas y ambiguas. Todo procedimiento racional exige el análisis semántico de palabras y conceptos para que su sentido y encuadramiento sea tan claro y preciso como pueda conseguirse. El Derecho puede producir comprensión mutua sobre los temas fundamentales de la convivencia.

III. G. KLUG

En su «Jurisprudencia Lógica» ha tratado de criticar y sistematizar la lógica formal y sus consecuencias difíciles de mantener. Ha estado centrado en conseguir una verdadera lógica de la interpretación jurídica, una verdadera aplicación de los argumentos de la lógica cartesiana y otros que propone para el Derecho. Ha analizado profundamente el papel de la Analogía y el argumento «a maiore ad minus» y el «argumento a contrario». Defiende el papel restrictivo de la Analogía y el uso correcto de los argumentos lógicos de interpretación, es decir, la aplicación de la Logística a la Ciencia jurídica, pero de una forma ponderada y metódica, que no pierde de vista el resultado final. Defiende una diferenciación entre norma y formulación normativa, pero es una diferenciación más implícita que explícita. Las normas preceptivas, prohibitivas y las permisivas, las refunde KLUG en el concepto de «directiva», aún cuando, por ello, no considera esencial a ésta la forma imperativa ni el expresarse en proposiciones de deber ser, pero en realidad, acerca de la estructura lógica de las normas, toda norma tiene un sentido imperativo, que reduce el resultado ilógico².

² Klug, U. Juristische logik, Berlín, Springer, 1951, n(2ª ed 1959) ed española Caracas, 1961, escaneado en dialnetunirioja.com.

IV. LÓGICA Y TÓPICA EN T. VIEHWEG

Desde la obra «Topik una Jurisprudenz» se ha exagerado tanto la contraposición entre el llamado pensamiento axiomático y el pensamiento aporético³. El análisis aporético es más importante en el ámbito de la Dogmática, Viehweg reconduce la esencia de la Ciencia del Derecho al hacer de los juristas prácticos. «La ciencia del Derecho ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reductible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos—, al esquema mental axiomático deductivo, expresado en las matemáticas». Es contrario a la teoría del silogismo como único método de trabajo de la Lógica: el problema está en las premisas y en su búsqueda para aplicar la teoría del Silogismo. La Tópica señala cómo se hallan las premisas, en tanto que la Lógica recibe las premisas trabaja con ellas. La Tópica es un procedimiento de búsqueda de premisas, basado en la técnica del pensamiento «problemático». El terreno en el que se ejercita es el debate, lo que Aristóteles llamó dialéctica.

Tiene su origen en las llamadas teorías de la argumentación retórica. En virtud de la Tópica se trata de hallar procedimientos verosímiles que son susceptibles de ser puestos de referencia en una discusión. Lo que Aristóteles llama endoxa, la Tópica se basa en el argumento *ab auctoritate* y no en el argumento *ex ratione*, pues los sabios daban por válidos ciertos argumentos. No pretende ser una ciencia, y no lo es. En el Derecho romano encontró gran aplicación como indica Savigny. La Tópica la utilizó a su manera la Escolástica, pero identificando Jurisprudencia y Teología, lo que no es aceptable, para Viehweg, la Escolástica se basó en el argumento *ab auctoritate*, pero se cifró como fin esencial de su método el llegar a crear un Sistema.

Contrario a la idea de Sistema en el Derecho, VIEHWEG anuncia las misiones de la Tópica:

- a. Técnica jurídica y Ciencia del Derecho son un mismo problema.
- b. No defiende un sistema de carácter lógico-deductivo de proposiciones deónicas ni de decisiones jurídicas particulares.
- c. El pensamiento interpretativo debe moverse dentro del estilo de la Tópica.
- d. Pretende ser una teoría de la práctica, pero una teoría de la práctica no puede sustituir a la Dogmática ni la ciencia del Derecho.
- e. Para él la Tópica no se encarga de la axiomatización, sino en la búsqueda de las premisas, pero no se excluyen: en la Tópica se trata de la elección de

³ Viehweg o Viehweg, T. *Topik und jurisprudenzen* (ed española) que cita Legaz en su monografía página 527.

las proposiciones; a la axiomatización le corresponde su ordenación, dice Neumann.

- f. La Tópica quiere resolver casos concretos, pero generales de una sociedad, acerca el Derecho al consenso, el consenso constituye el presupuesto de la Tópica.
- g. La objeción que se le puede hacer a la Tópica es que no garantiza la objetividad en el proceso de decisión, se presenta a sí misma como el único camino adecuado para conseguirla, encubre de esta manera la conexión necesaria entre Técnica de la decisión jurídica y Política, se convierte en una legitimación de la arbitrariedad, o en una justificación del proceso de decisión y la decisión misma.

La Tópica hunde sus raíces en Aristóteles, y el Derecho Natural aristotélico constituye una prolongación al ámbito especulativo más general del esquema tópico. Si el Derecho Natural aristotélico es considerado como una justificación del proceso de decisión, la Tópica no constituye sino el mecanismo interno de dicho proceso. Y si además se piensa que el Derecho Natural aristotélico es entendido como la emanación que se consolida en criterios de justicia y que tiene su origen en la praxis de la polis, parece justificado afirmar que aquél no es sino una aplicación de la idea general de la Tópica.

V. PERELMAN Y LA NUEVA RETÓRICA

En la misma línea de Viehweg, Chaim Perelman (*Traité de l'Argumentation*, 1958, *The idea of Justice and the problem of Argument*) inspirándose en la retórica de la Antigüedad Clásica, condena definitivamente el pensamiento silogístico y matematizante en el Derecho, y propugna una forma de razonamiento más elevado, que es la deliberación, sobre las argumentaciones presentadas en los casos jurídicos, y desenvuelve toda una doctrina sobre la argumentación y la deliberación, las cuales no llevan a la evidencia de carácter absoluto, pero conducen al hallazgo de la solución más plausible, más justa y más adecuada para decidir los problemas jurídicos prácticos. Perelman elabora una nueva retórica, como una nueva doctrina del diálogo, de la deliberación y de la confrontación entre argumentos diferentes. Su doctrina está presidida por la argumentación, por ejemplo, niega la existencia de una justicia en sí y para sí y sólo reconoce la existencia de actos justos o injustos, también los refiere a un criterio lógico de igualdad: es conforme a justicia el acto que da una igualdad de trato a todos los miembros de una clase esencial. Bajo su influencia, muchos filósofos del Derecho en Bélgica, especializados en estudios de lógica material de las reglas jurídicas, repudian la lógica tradicional en jurisprudencia, y critican adversamente la separación tajante

entre cuestión de hecho y de Derecho, las cuales, en el fondo, son inseparables. A esta escuela pertenecen los profesores Foriers, Buch, Bayart. En contra de los razonamientos de la Lógica moderna, en contra de que las únicas pruebas aceptables resultan de operaciones deductivas y de generalizaciones inductivas, el papel de los valores, debería acometerse un nuevo esfuerzo para elaborar una Lógica de los juicios de valor, y el razonamiento de los valores⁴.

VI. STRUCK

Autor que se centra en su obra en la tónica y en la teoría de la argumentación (*Zur Theorie der juristischen Argumentation*, 1977) analizando los siguientes temas:

La estructura Lógica de la argumentación. La fundamentación de los juicios de valor. Las reglas de la argumentación. El procedimiento de argumentación entendido como ordenación del pensamiento, que se lleva a cabo en ciertos pasos, constituye una auténtica metodología de acercamiento al Derecho. Struck entiende que el modo de argumentación de los juristas no se distingue esencialmente del por lo demás usual, a no ser por sus más frecuentes cortocircuitos ideológicos. Esa opinión no coincide con Clemens que entiende que la argumentación jurídica es una argumentación sobre juicios de valor. Opina al igual que otros expertos que la Jurisprudencia nunca trata de juicios de identidad, como simula el silogismo, sino siempre de juicios de similitud, a los que subyace un juicio de valor⁵.

⁴ Perelman, Ch y Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación* (trad Sevilla Muñoz, J). Madrid: Gredos Biblioteca románica hispánica, 1989, gran estudio de prólogo de González Bedoya, J. y lo que ha significado Perelman en el Derecho y la argumentación.

⁵ Ha sido García Amado, J.A quien ha estudiado la obra de Struck «Del método jurídico a las teorías de la argumentación» en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986. Sobre la Obra de Hart, la analiza en una extensa entrevista en la *Revista Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006, 479-489, Manuel Atienza entrevistando a otra gran figura de nuestro Derecho, Neil Maccormick, que conoció y supo valorar la obra de Hart vivida al lado del maestro.

Lección 21

LÓGICA Y SEMIÓTICA JURÍDICA

I. APORTACIONES DE LA FILOSOFÍA ANALÍTICA: EL GRUPO DE OXFORD (AUSTIN, STRAWSON, HARE, HART)

Resulta usual distinguir, dentro de la corriente del neoempirismo, entre el neopositivismo lógico, que considera de la incumbencia de la filosofía el análisis del lenguaje científico, del lenguaje de cada una de las ciencias y Filosofía analítica que entiende que lo que está propiamente a cargo de la filosofía es el análisis del lenguaje común. Se atribuye a la filosofía la investigación de los significados de las expresiones propias de la vida cotidiana. La Filosofía analítica se asienta en tomo a la Universidad de Oxford. Pese a que no se quieren ver convertidos en grupo así lo dicen los tratados (grupo de Oxford, análisis de Oxford, dentro de ellos, Austin, Strawson, Warnock, Urmson...)

Se suele distinguir a los oxfordianos por centrar su atención en el lenguaje corriente, denominándolos «lingüistas», con lo que se acentúa su contraste con los analistas formalistas. Esta corriente ha producido obras sobre la moral y el Derecho de relieve internacional, como «The language of Morals», HARE, y «The concept of Law» de Hart.

II. GRUPO DE CAMBRIDGE: VON WRIGHT, WISDOM

Wisdom recoge la idea de que las proposiciones filosóficas nos muestran cómo quien las usa «se ha extraviado» en las complejidades del lenguaje, llegando a pensar que las paradojas filosóficas a que nos llevan estas proposiciones pueden ser ilustrativas, aun cuando sean falsas. Esta posición se denomina «positivismo terapéutico» en cuanto atribuye al análisis filosófico la función de aclarar (diluclándonos) los enigmas que produce la defectuosa utilización del lenguaje. Von Wright, fue antiguo discípulo de Wittgenstein, se constituye como el autor iniciador de la Lógica deóntica contemporánea, esto discutido por autores como Cossío, que sin dejar de reconocer el papel de Wright, entiende que Kelsen es el verdadero iniciador de una nueva Lógica del Derecho¹; con ella, se propone el estudio lógico formal de los conceptos normativos o deontológico (obligación,

¹ González Lagier, D apuntes sobre la vida y obra de Georg Henrik Von Wirght (1916-2003) en la revista *Theoría* revista de Teoría, Historia y fundamentos de la ciencia, vol. 19, issue 1, enero 2004 pp. 107-114.

permitido, prohibido, facultad...) se apoye en aquellos conceptos (normativos) y facilite el análisis sistemático de las formas específicamente propias de las disciplinas prácticas.

III. SEMIÓTICA Y LÓGICA DEÓNTICA EN GEORGES KALINOWSKI

Kalinowski («Le problème de la vérité en morale et en droit», 1967, *Querelle de la science normative*, 1969; *Introduction à la logique juridique*, 1965) ha estudiado todavía más profundamente el análisis de la Lógica desde el lenguaje y la semiótica desde un aspecto semántico y sintáctico. Lleva a cabo la configuración de una semiótica jurídica como base de una lógica jurídica. Se atiene a las investigaciones de OPPENHEIM en su estudio de la «Lógica y Análisis de la ley» (1944), al cual objetiva no distinguir entre lenguaje de los juristas y lenguaje del Derecho. En primer lugar, distingue los lenguajes en simbólicos, semisimbólicos y no simbólicos o corrientes. Observa que el lenguaje de los textos jurídicos deriva del lenguaje natural corriente, pero mantiene características de los lenguajes «técnicos» no simbólicos. Mezcla en el Derecho tres tipos de lenguajes: corriente, técnico y científico. La Lógica jurídica la presenta Kalinowski como una aplicación deóntica al razonamiento jurídico. El Lenguaje de los juristas lo concibe en un sentido amplio: magistrados, abogados, profesores, investigadores, notarios...

Los razonamientos jurídicos se dividen en tres grupos:

- a. Los de carácter intelectual (razonamientos jurídico lógicos): éstos divididos en normativos (la interpretación y aplicación del derecho) y no normativos (la inducción, deducción, por analogía, reductivo, estadístico, justificación racional)
- b. Razonamientos de carácter persuasivo (retóricos).
- c. Razonamientos de argumentación jurídicos extra lógicos).

Para este autor la Lógica deóntica (Wright, Castañeda, Tammelo...), establece que:

- a. Se halla en sus comienzos la Lógica deóntica.
- b. Es una obra colectiva.
- c. La Obra lógica más decisiva para el desarrollo de una Lógica de las normas es la WRIGHT.
- d. Debe ensayar las técnicas lógicas más diversas.

METODOLOGÍA DE LA CIENCIA JURÍDICA

I. FORMALISMO CONCEPTUAL ALEMÁN

1. *La Escuela alemana de los conceptos*

En el Derecho privado, desde los romanos, ya presenta un grado de elaboración técnica, que ha sido causa de la construcción jurídica se haya dejado guiar por preocupaciones lógicas, perdiendo el pulso de lo vital de la realidad jurídica.

La Jurisprudencia conceptualista, constituye la expresión de esa tendencia abstracta y sistematizadora, claramente «formalista» y «logicista». La conexión lógica se convierte en fundamentación de la validez normativa y el proceso entero se convierte en un círculo: los principios superiores son inferidos de las proposiciones jurídicas, todo lo que ellas contienen se considera válido. PUCHTA radicalizó esta posición, pero ello es algo común en toda la Escuela de los Pandectistas, nombre que proviene de la máxima obra del jefe de la escuela, WINDSCHEID, su obra «las Pandectas». Impidieron estas posiciones la puesta al día del Sistema jurídico alemán, anclado en abstracciones lógicas y separando entre la visión científica y la visión popular del Derecho. El Logicismo moderno se vincula la pandectismo y presupone una concepción (herencia de la Escuela Histórica, desprendida de sus supuestos místicos y metafísicos) en la que la ley es el único material de la ciencia, pero el único valor que le da sentido es el sistema conceptual.

Mediante los conceptos, la ciencia insuflaría vida espiritual a la Ley; el sistema científico es pleno, existencial del Derecho. Esto implicaba penetrar de Lógica el sistema del Derecho, y como el objeto de la Lógica son los conceptos, los jurídicos, en los que se manifiesta el Derecho, son el verdadero objeto de la ciencia del Derecho. Predomina en este pensamiento jurídico es la «construcción categorial». El estilo logicista presupone una fe: en el Legalismo. Esta fe es salvadora, justificadora.

El material con el que opera la justicia es la Ley, con la que se crea y reconstruye el mundo de los conceptos jurídicos, un mundo al margen de la vida real, contenido en su propia esfera lógico-ideal. Se tiende a generalizar, pues no se mira la realidad vital y humana. El juez opera el estilo logicista cuando interpreta tomando como punto de vista el gramaticalista, y procede exclusivamente con los cánones de la interpretación lógica, vista como finalidad de su acción juzgadora. También el dogmático, que recomienda al juez que proceda de ese modo, y el teórico del Derecho sobre esa fe legalista, debe construir con arreglo a esquemas puramente categoriales, que encajan en los cánones de la Lógica tradicional. Por personalizar

esta escuela de la Pandectística se hace referencia a WINDSCHEID. En el Derecho Público no había tanta tradición en estas concepciones, pero tuvo sus seguidores también (GERBER, AFFOLTER, LABAND; JELLINEK)¹

II. LA REVUELTA ANTIFORMALISTA

1. *La Escuela científica francesa: F. Gény*

En 1899, publica en Francia su método de «Interpretación y fuentes del Derecho Privado positivo». Cree que el Derecho es algo complejo y móvil para que un individuo o Asamblea, aunque tengan soberanía para ello, puedan pretender dar satisfacción con los preceptos a todas las exigencias de la vida jurídica. Se enfrenta al «fetichismo de la ley» profesado por la Escuela de la Exégesis, dominante entonces. El Derecho positivo no se identifica con la ley ni con el Derecho estatal. Todo Derecho positivo, incluso el que no se identifica con la ley es rígido y su esquematismo no le deja acercarse a la vida jurídica real, variable y movable.

Por ello, es preciso que una libre investigación científica por la que se hagan valer los datos irreductibles del Derecho Natural, ayude la juez a colmar las lagunas que todo Derecho positivo posee. Dice que hay que distinguir entre el «dato» y lo «construido», equivalente a la «libre investigación científica» y la «técnica jurídica».

La Ley no es más que una opinión emitida por el Legislador sobre los datos primeros del Derecho. Admite la lógica en su metodología. Su obra tuvo un carácter crítico y programático, que no llegó a todo lo que se propuso. «Los elementos puramente formales y lógicos que se presentan a los juristas en el aparato exterior clásico del derecho Positivo son insuficientes para satisfacer los desiderata de la vida jurídica».

La libre investigación científica se mueve en diversos frentes:

- a. Interrogarse a la razón y a la conciencia para descubrir las bases de la justicia en nuestra naturaleza íntima.
- b. Dirigirse a los fenómenos sociales para extraer sus leyes de armonía y sus principios.

¹ Timm Hidalgo. A.K. en la Revista del Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III en su colección Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho, taller, 2009-2010, «Entre formalismo y antiformalismos: algunas aproximaciones básicas» año 2010, número 12, analiza el Formalismo francés y alemán (pp. 6 y ss.) en sus todas sus vertientes y cambios.

c. Apoyo de las ciencias sociales, en concreto, de psicología, sociología, economía...

d. Más tarde concibe al derecho como una función de la vida social y como uno de los elementos que informan y dirigen esta vida. (*Science et technique en droit prive positif*, 1914).

2. *La Escuela Sociológica francesa: León Duguit*

También crítico con el formalismo, abre la vía sociológica de manera rotunda, considerando al Derecho como una ciencia social y centrándose en el problema de la solidaridad social, algo central en Sociología. La persona humana como individualidad aparece más activa en el grupo social. Los hombres viven en sociedad: por las necesidades comunes, por la conciencia del intercambio de servicios y aptitudes². «No hacer nada que disminuya la solidaridad social por semejanza y la solidaridad social por la división del trabajo; hacer todo lo que materialmente el individuo pueda hacer para acrecentar la solidaridad social en sus distintas formas» es la regla de conducta que propone. Considera al Derecho como «una formación espontánea, un producto natural del desarrollo social», la moral aún no ha penetrado en la mente de todos, en ese favorecimiento de la solidaridad social. La Ley positiva no es otra cosa que la constatación por parte de los gobernantes de una regla de Derecho objetivo. Es necesario un acto de voluntad que haga de una ley obligatoria. Hay una parte constructiva en la legislación, un sistema que asegure en lo posible la obediencia a las leyes, lo distingue de la parte normativa de la legislación, meramente reguladora. La parte constructiva, no es esencial, la normativa, la constatación de una ley positiva que los gobernantes quieren aplicar es la importante. El Derecho es un producto de la vida social, una regla de la vida social, ya señalamos su ataque al derecho subjetivo: no puede haber ningún «derecho subjetivo individual». La escuela de la Libre Jurisprudencia de KANTOROWICZ y EHRLICH Abstracción hecha de aquellos autores que, procediendo del campo de la sociología, han sometido sus investigaciones a la realidad jurídica (Jerusalem, Weber...) el sociologismo alemán es el cultivado por el denominado «movimiento del Derecho Libre», la afirmación de un derecho libre, vivo, espontáneo, anterior y superior al impuesto estatalmente es la idea central de estos autores. Ehrlich fue quizá el que mejor conjugó la sociología del Derecho y la concepción del Derecho Libre.

² Han sido los administrativistas quienes han estudiado más la figura de Duguit, el trabajo de Rodríguez-Arana, J es uno de los más completos, «sobre las transformaciones del Derecho Público de Leon Duguit» en la Revista de Administración Pública, núm. 190, 2013, pp. 61-100.

3. *Kantorowicz*

Se produce una reacción contra el formalismo en diversos frentes, así STAMMLER (Derecho justo), Gény (Libre investigación científica), HECK (cálculo de intereses), al denominado movimiento del Derecho libre (Freirechtliche Bewegung) le corresponde la nota más acusada en Kantorowicz con su obra «la lucha por la ciencia del Derecho» (1906).

Sintetiza los métodos jurídicos a la sazón imperantes en la figura del jurista, y acaba indicando que nadie conoce el derecho impuesto por el Estado; contenido por los Códigos, nadie vive conforme a él. Cada cual vive según su Derecho Libre, conforme a sus normas individuales, la concepción de Kantorowicz procede del anarquismo jurídico. Las exigencias de la vida no las satisface la ley; otras fuerzas crean Derecho, esas normas del juicio individual. La aplicación judicial del Derecho es su punto central. El juez goza de libertad absoluta; no está sujeto a la ley, es presupuesto indispensable para la justicia, la libertad. El juez, con relación a la ley, adopta primero una postura crítica; después desempeña una función creadora siempre. No se niegan la existencia de lagunas, resulta incompatible la afirmación de lagunas con la negación del Derecho Libre. Las normas varían según el mundo en que se mueven, los intereses...es relativista, se erigen sobre bases históricas y psicociológicas, voluntaristas, en suma³.

4. *Ehrlich*

Procede de la escuela del Derecho Libre, incluso reclama ser el fundador de esta concepción jurídica. En su célebre «Sociología del Derecho» (1913) se afianza su posición como sociólogo del Derecho propiamente dicho. Proclama la existencia de un Derecho en la sociedad. Es un derecho vivo, el social, el verdadero. No es el del Estado, ni el de los Tribunales. Precede a ellos, el ordenamiento social basado en las instituciones: matrimonio, familia, contrato, posesión, sucesiones. El Derecho del Estado es una fracción mínima y poco eficaz del dominio del Derecho. Este Derecho es independiente de la organización preexiste a toda organización. La Lógica jurídica usual es una pura técnica mal lograda de los juristas de una cierta época, para lograr reducir el Derecho, todo el Derecho, con el Estado. Considera el Derecho verdadero, el social; la vida no reconoce al individuo como ser único y singular separado de toda conexión. Los intereses en conflicto son todos sociales. La ciencia jurídica tiene un contenido social, no se ha de limitar a la

³ Interesa el estudio de Segura Ortega, M. «Kantorowicz y la renovación jurídica» en la Revista Dereito: de la facultad de Derecho de Santiago de Compostela, vol. 2, núm. 2, 1993, pp. 113-130.

persona, la patrimonio y controversias entre particulares. Ataca a los postulados de la Jurisprudencia de conceptos, a saber:

1. Vinculación del juez a proposiciones fijadas de antemano (es un postulado traído del Derecho romano).
2. Dependencia de todo el Derecho al Estado (es producto del absolutismo monárquico).
3. Unidad del Derecho identificada como unidad de las proposiciones jurídicas (efecto de la centralización estática y del racionalismo deductivo).

Como seguidores de este autor destacó SPIEGEL, que cree que el Derecho se mueve en el absolutismo, pero la ley no es el único medio de constatación del Derecho. Afín posición es la de JUNG. Otro seguidor de Kantorowicz es FUCHS, que propugna una integración del Derecho y del pueblo. Los tribunales deben crear un derecho concreto, y no de modo artificial, dinámico y libre, no el caduco del silogismo. Otras aportaciones son las de KLEIN, BRUT, STAMPE., WURZEL...

III. EL ANTIFORMALISMO CONCEPTUAL: LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

1. *Ihering*

Contra el abuso de la lógica formal en el Derecho se han levantado una serie de críticas, el autor que combatió esta ideología de hacer Derecho es Von IHERING, uno de los autores que demostró la insuficiencia de la lógica jurídica la uso para proclamar un método nuevo. Luchó contra la teoría voluntarista del derecho subjetivo, sustituyéndola por la teoría del interés. No tiene derecho el que puede querer sino el que puede aprovechar. Los derechos existen para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. La utilidad y no la voluntad es la que supone la sustancia del Derecho, la voluntad conduce a la negación de la libertad: los derechos son intereses jurídicamente protegidos. En su obra «El fin en el Derecho» indica que el fin es el creador de todo el Derecho; define el Derecho como la «forma de aseguramiento de las condiciones de la vida de la sociedad, creado por el poder coactivo del Estado». A la idea de interés ha añadido el concepto romántico de «lucha». Seguidores de esta doctrina fueron muchos, pero destaca HECK el fundador de la escuela de la «Jurisprudencia de intereses» para el que la ley es «la diagonal de las fuerzas de un serie de intereses en lucha», conciben el Derecho como el juego integral de los intereses en litigio para que el juez y el jurista procedan a una valoración

y selección de los mismos desde el punto de vista más favorable al pueblo y al Estado⁴.

IV. EL ANTIFORMALISMO JURISPRUDENCIAL

1. *Roscoe Pound*

En América afín a la Escuela del Derecho Libre, nace la «jurisprudencia sociológica», inspirada en el pragmatismo que afirma que las teorías son instrumentos para producir unos resultados. Es un intento de colocar el factor humano en posición central en la Jurisprudencia, el Derecho es una ingeniería social. La tarea de estudiar el orden jurídico es estudiar los intereses, las demandas, no el sistema perfecto como proceso de la realización del Derecho. La ciencia jurídica debe ser útil para los juristas, es un proceso de ingeniería, aplica reglas generales y luego debe individualizar para satisfacer pretensiones. La cualidad moral de algunos asuntos penetra en el análisis jurídico; el Derecho es algo más que un cuerpo de reglas. Son principios, conceptos, reglas, standars para la conducta y la decisión; pero también doctrinas, y formas de pensamiento profesional y de reglas de arte profesional mediante las que los preceptos de conducta y decisión pueden aplicarse, desarrollarse y alcanzar eficacia. El mecanicismo de las reglas rígidas es malo para una tarea de ingeniería, el valor del Derecho se expresa en su frase «Justice through law», «justicia a través del Derecho»⁵. Los seis puntos que deben caracterizar el estudio del jurista, según POUND son:

1. Estudio de los efectos sociales de las instituciones y de las doctrinas jurídicas.
2. Estudio de los medios para convertir en operativas efectivamente las normas jurídicas.
3. Estudio sociológico como actividad preparatoria de la promulgación de las leyes.
4. Estudio de la metodología jurídica.
5. Elaboración de una historia sociológica del Derecho.
6. Solución razonable de los casos particulares y la equidad.

⁴ García Salgado, M.J. «La Jurisprudencia de intereses antes y después del Nacionalsocialismo, Philipp Heck» en la obra colectiva *Nazismo, Derecho y Estado* (coord.:Blázquez Ruiz, F.J.) Madrid: Dykinson, 2014, pp. 211-234.

⁵ Es obligado citar el trabajo de Antonio Truyol «Del Homenaje a Roscoe Pound» en la Revista de estudios políticos, número 46, 1949, pp. 97-108, escaneado en la página del dialnet.unirioja.es, es un recorrido vital y jurídico sobre la figura muy importante de Pound.

LOS VALORES CLÁSICOS DEL DERECHO

I. LA JUSTICIA COMO VIRTUD PERSONAL Y COMO VALOR SOCIAL

El Derecho es un punto de vista sobre la justicia, define Legaz. Podría decirse que la justicia es un valor entendiendo por tal «la esencia por la que todo lo que en ella participa es, a saber. Valioso» (HARTMANN). Los valores no sólo califican a las cosas, sino que constituyen su específica realidad. Toda vida humana busca una cierta justicia. La justicia puede predicarse de un comportamiento humano o del hombre que lo practica y es una «virtud». Cuando la justicia se atribuye al comportamiento humano, a una estructura social, aspirada como ideal, estarnos ante el valor social de la justicia.

La virtud, en cambio, representa un valor de la vida personal. Se ha definido como «constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi», de forma clásica. Dar a cada uno lo suyo presupone la atadura a un orden positivo y la idea de elaborar uno mejor y más progresivo. La Justicia es límite y media, esta característica le pertenece ontológicamente, pero ello no significa que suministre a la voluntad ningún criterio de conformismo con las ordenaciones vigentes, las cuales pueden ser reputadas como injustas. La virtud de la justicia, es la «lucha por la justicia». La dike es un concepto objetivo, ético en la dikaiosine, es la virtud subjetiva de la justicia. La justicia es pues un ajustamiento, pero ad alterum, frente al otro; no hay justicia en que no intervenga el otro. Por ello, la justicia se encuentra en un plano de intersección de la vida personal y la vida social, es una categoría ética que por naturaleza insta su institucionalización y socialización. A Dios se le atribuye la suprema justicia. La lex divina es un reparto de bienes y males que, para nosotros es reconocible en la Lex naturalis. La justicia cobra así la forma de la justicia distributiva: Dios reparte premios y puniciones. Esta justicia distributiva concierne a todos los hombres. Esta es la idea católico-escolástica de la justicia como una idea de la mente divina, parcialmente accesible como Ley natural y como Revelación.

Existen otras ideas para la justicia. SCHELER puso estas ideas en conexión en el ETHOS, la variación de la intuición de los valores, por las diferentes estructuras, no es un relativismo moral sólo, es una constatación de la variedad de contenidos y concepciones de la justicia. Para el romano sólo es justicia la del juez, en el derecho moderno se habla de justicia, que es una idea vaga

(ORTEGA)¹. Según PERELMAN, han existido históricamente distintas fórmulas de justicia:

1. A cada uno lo mismo.
2. A cada uno según sus méritos.
3. A cada uno según sus obras.
4. A cada uno según sus necesidades.
5. A cada uno según su rango.
6. A cada uno según lo que le atribuye la ley.

II. CLASES DE JUSTICIA

Desde Aristóteles se distinguen diferentes clases de justicia. La justicia como virtud universal de PLATÓN y que subsiste en Cicerón y en la Filosofía cristiana con SANTO TOMÁS.

Aristóteles distinguió diversas clases de justicia:

1. Proporción geométrica entre el mérito de los miembros del Estado y bienes que reciben (a igual mérito, cosas iguales, lo desigual tratado desigualmente) es la justicia distributiva.
2. La segunda es una proporción aritmética en las relaciones mutuas de los hombres, nadie dé ni reciba más ni de menos, es la justicia correctiva o sinalagmática. Que se subdivide en conmutativa (a relaciones de cambio), judicial (la intervención del juez es necesaria).

Santo Tomás comentó esta clasificación y distinguió

1. Conmutativa: la que sería de las relaciones contractuales.
2. Distributiva: que afecta al Estado en cuanto que debe repartir justamente cargas y honores.
3. Legal: que se refiere a los individuos en cuanto miembros del Estado, que deben contribuir a las cargas comunes y prescrito en las leyes.

COING divide:

1. Relaciones de coordinación: justicia conmutativa.
2. Relaciones de subordinación: justicia protectiva.

¹ Urbano Salerno, M. «El ideal de Justicia en la cultura» en la Revista Prudentia iuris de la Universidad Pontificia Católica argentina, núm. 75, 2013, pp. 183-194.

3. Relaciones de comunidad: justicia distributiva².

Goldsmidt, por ejemplo, indica que toda la justicia es distributiva sin admitir clases.

Se habla frecuentemente, aunque cada vez menos, de la «justicia social». Aparece este término, al promediar el siglo pasado en textos de algunos autores utilitaristas (J.S. Mill), pasando a la doctrina del pensamiento social cristiano. Desde Aristóteles, la justicia es un valor o virtud que se refiere a los otros, es social. Indica Messner que hace referencia al bienestar económico y social de la sociedad como una comunidad de trabajo y de orden económico y social del pueblo de un Estado. Tiene por objeto la distribución justa de los bienes comunitarios y las contribuciones necesarias para formar el bien común.

Pérez-Luño dice que la justicia social aparece como la suma de los tres tipos tradicionales de justicia:

1. Justicia Legal: implica que los individuos realicen contribuciones necesarias previstas en la ley para conformar el bien común.
2. Justicia distributiva: por la distribución de bienes y cargas por los poderes públicos se realiza el equilibrio del orden social.
3. Justicia conmutativa: porque establece un orden social y económico que garantice el equilibrio en las relaciones entre los grupos sociales y los individuos.

Se ha objetado a este término que no añade nada nuevo al concepto de Justicia. Entiende Luño Peña que la justicia social expresa la exigencia de vínculos de integración y solidaridad social sobre los que se fundamenta el bien común³.

En el Estado Social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de garantizar el pleno y efectivo disfrute de sus derechos por los individuos y los grupos sociales y el reparto de la riqueza.

Modernamente, el neoliberalismo progresista —dice Pérez-Luño— pretende establecer cuatro correctivas o límites al funcionamiento del libre mercado por la justicia social:

1. Revisión de modelos de mercado y el postulado de la armonía espontánea (de Adam Smith) preconizando una intervención de los poderes públicos al no poder conseguirse exclusivamente por la «mano invisible» que domina el mercado.

² Coing, H, Fundamentos de Filosofía del Derecho. Madrid: Ariel, 1976, pp. 77 y ss.

³ Pérez Luño, A.E. «Los derechos sociales y su significación actual» en la obra Los derechos sociales como una exigencia de la Justicia (coord. Zapatero, V). Universidad de Alcalá de Henares: servicio de publicaciones, 2009, pp. 37-58.

2. Garantía de la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos sin privilegios de grupo.
3. Pleno ejercicio de los ciudadanos en sus derechos civiles y políticos.
4. Aseguramiento a todos los ciudadanos a la participación política, a pesar de su posición en el mercado.

La Justicia social es algo más que un deseo de voluntad política y jurídica, es una meta permanente que se han propuesto la mayoría de las constituciones europeas de nuestro entorno como un marco de actuación político-jurídico para las opciones que accedan a la gobernabilidad del Estado.

III. TEORÍAS SOBRE LA JUSTICIA Y EL DERECHO

Las diferentes posiciones doctrinales en esta relación Derecho y Justicia se resumen en cuatro:

- A) El Positivismo: tesis separatista en lo que concierne a esta relación. El problema de la justicia es «metajurídico» es ajeno a la preocupación del jurista en cuanto tal. El positivismo afirma ser su única misión la del conocimiento del Derecho, entendiendo por éste el Derecho vigente y positivo. Niega la posibilidad de adherirse a la existencia de una Justicia absoluta, sino sólo se puede hablar de una justicia relativa y contingente, la justicia posible de cada situación concreta, que la única existente.
- B) El Idealismo es una tesis formalmente equiparadora de justicia y Derecho, coincide con el positivismo en que la justicia se realiza en el Derecho positivo, pero no relativiza la justicia, sino que el Derecho es la realización de «la» Justicia. La idea es que la justicia se realiza en el Derecho positivo, pero éste sólo recibe su justificación absoluta del hecho de ser realización de la justicia absoluta.
- C) El formalismo crítico, formalmente separa al Derecho y a la Justicia: admite la validez de la idea de justicia como criterio de valoración del Derecho; se define con arreglo a un método puramente formal de ordenación de los datos de la experiencia jurídica, los cuales, a posteriori, son confrontados con la idea de justicia y calificados de justos o injustos.
- D) El Iusnaturalismo es un criterio equiparador de la Justicia y Derecho. A diferencia del Idealismo, no porque el Derecho positivo realiza absolutamente la justicia, sino a la inversa, porque el Derecho Positivo pierde su condición jurídica en la medida en que no realiza la idea absoluta de justicia o, al menos, no se halla en oposición con ésta. Hablar de Derecho injusto es un

contrasentido; hablar de Derecho justo un pleonismo. Naturalmente que esta idea equiparadora tiene matizaciones en cada uno de los autores.

Otras teorías han tenido más en cuenta el factor ético, y así se dividen en «cognoscitivistas» y «no cognoscitivistas».

Cognoscitivistas:

A) Las teorías éticas de inspiración religiosa.

B) Las teorías axiológico-fenomenológicas (HARTMANN, SCHELER) que sostienen que los valores pueden ser determinados de una manera objetiva mediante la intuición emocional⁴.

No cognoscitivistas:

A) El emotivismo de HUME. Los juicios de valor o éticos sobre la justicia, son meras opiniones subjetivas, expresiones de las «emociones» de cada persona, lo bueno y malo expresa una emoción: sólo poseen carácter objetivo los juicios de hecho susceptibles de verificación empírica, y las demostraciones lógico-matemáticas⁵.

B) El Utilitarismo de BENTHAM: lo bueno en sí es incognoscible; lo único que interesa es lo útil, no tanto que sea justo o injusto.

IV. AUTORES MODERNOS Y TEORÍAS DE LA JUSTICIA

1. Alemania: Apel y Habermas

Representan un intento de proponer la ética de Kant sobre bases más amplias.

Mientras Kant concebía la ética desde el punto de vista del deber, estos autores propugnan que se tenga en cuenta las necesidades e intereses de los hombres. Esas necesidades han de ser determinados mediante una comunicación igualitaria, libre de dominio entre los afectados; mediante un consenso «racional» y no fáctico.

Para HABERMAS ese consenso, sin ser dato empírico ni abstracción formal es la base de la Justicia⁶.

⁴ Vanney, M.A. «Teorías sobre la justicia y la legitimación» en la Revista de Derecho de la Universidad de Piura (Perú), vol. 12, 2011, pp. 199-211.

⁵ Reciente tesis doctoral sobre la Teoría de la Justicia en Hume de Álvarez García, S. dirigida por Hermosa Andújar, A. Universidad de Sevilla, 2016, pp. 100 en adelante.

⁶ García Amado, J.A «Justicia, Democracia y validez en el pensamiento de Jürgen Habermas» en la Revista de Ciencias Sociales, núm. 107, 1992. Pp. 115-126.

2. *Estados Unidos: Nozick*

Defiende el llamado «Estado mínimo», es decir, que el Estado existe únicamente para garantizar los derechos previos de los individuos, la esfera de lo privado y el derecho de propiedad.

RAWLS construye su teoría de la justicia en tomo a la idea de «equidad». La equidad posee en su opinión dos dimensiones: la formal (libertad, igualdad, respeto mutuo)

Y la dimensión material que postula una distribución de los bienes sociales primarios teniendo en cuenta a los menos favorecidos. Se crítica su teoría por ser poco consistente desde el plano filosófico y muy política.

BUCHANAN se centra en la eficiencia o «utilidad económica» como concepto clave en conexión con el «individualismo metodológico». La cultura occidental supone a los hombres libres, no sujetos a normas ni a criterios previos como en RAWLS, el Estado surge de un «contrato constitucional» mediante el que las partes renuncian a la violencia, y es el Estado quien protege la libertad individual, sólo garantiza que la «elección colectiva» de los individuos se realice en las condiciones de máxima eficiencia posible y utilidad económica. Es lo que ha llamado Rodilla una teoría de la justicia basada en el «imperialismo de la teoría económica» en el campo ético y político.

V. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA PAZ SOCIAL

Se ha concebido a la justicia como exigencia de adaptación del Derecho a las necesidades de la vida social; y una seguridad encarnada por los rasgos formales, permanentes y de obligado cumplimiento que conforman el Derecho, pero tomando como punto de referencia las acepciones de la justicia, parece evidente que la seguridad jurídica constituye uno de los apartados de la justicia general, al ser condición de la sociedad correctamente ordenada. Entiende Pérez Luño que, pese a coincidir con el valor justicia, el valor seguridad jurídica tiene unas características que el independizan de alguna manera.

Así, desde la dimensión objetiva:

1. Exigencia de una corrección estructural (formulación correcta de las normas jurídicas del Ordenamiento).
2. Corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y por los órganos especializados de aplicación).

En su dimensión subjetiva:

1. Se traduce en la posibilidad de conocimiento por los ciudadanos · de las consecuencias jurídicas de sus actos.
2. La Justicia y la Seguridad jurídica sufren una concreción de ambos valores.
3. La Justicia deja de identificarse con la mera noción de legalidad de positivizar el Derecho para conectarse inmediatamente con aquellos bienes jurídicos básicos cuyo aseguramiento se estima social y judicialmente adecuados⁷.

VI. LA LIBERTAD

Filosóficamente, la libertad pertenece esencialmente a la persona; la persona no es pensable sin la libertad, dice Legaz. La libertad jurídica, es libertad organizada. Ser libre jurídicamente significa estar en situaciones de derecho subjetivo y desenvolverse en ellas con la seguridad de lograr los efectos normales y de no ser impedido en el uso de las propias facultades sino por normas jurídicas regularmente establecidas. Toda libertad jurídica es libertad política: implica la participación directa o no en la creación de las normas generales legisladas y en sentido negativo, el que no sea un deber jurídico la abstención de determinadas actividades dañosas para el Estado o la libertad de otros. La libertad ha constituido el principio aglutinante de la lucha por los derechos humanos, la idea de libertad se ha identificado con la de los derechos humanos. La filosofía política (Berlín, Oppenheim,...) ha puesto de relieve que ese derecho «igual de todos los hombres a ser libres» (HART) tiene una pluralidad de significados: libres de qué cosas, para qué actividades, respecto a quién se es libre⁸.

- A) La libertad en el primer supuesto implica autonomía, facultad de ausencia o de vínculos, presiones que coacciones de forma externa. Se le denomina Libertad negativa, en cuanto supone la garantía de no injerencia de poderes o fuerzas extrañas al sujeto en el desarrollo de su actividad.
- B) La segunda acepción aparece como la posibilidad para realizar determinadas actividades o conductas, la llamada libertad positiva que se concreta en una serie de actividades, posibilidades o poderes de actuación.
- C) La tercera acepción alude la marco o contexto externo de su ejercicio, a las relaciones interpersonales o intersubjetivas en la llamada dimensión social y comunitaria de la libertad

⁷ Pérez Luño, A. E. La seguridad jurídica. Madrid: Ariel, 1991, pp. 45 y ss.

⁸ Es un trabajo ciertamente clásico el de Salvador Cordech, P. El derecho de la libertad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 59 y ss.

VII. CONCEPTO DE IGUALDAD

Se acepta por casi toda la doctrina que la igualdad es un derecho fundamental, además de un valor (ideal) y/o un principio (regla) como indica el profesor Francisco PUY. Ahora bien, existen reticencias y dificultades que se ha puesto de relieve el profesor Pérez Luño.

PÉREZ LUÑO indica que en nuestro texto vigente constitucional, la igualdad, junto a su dimensión de valor y principio, se manifiesta como uno de sus derechos fundamentales, pero esto es controvertido indica el profesor. SILVIO BASILE dice que la igualdad evidentemente no es un derecho, puesto que es un modo objetivo de ser la ley (Basile: en los valores superiores... Predieri, 1980)

JAVIER GÁLVEZ sostiene que no es uno más entre los derechos y libertades que se proclaman sino que es sólo uno de los presupuestos necesarios para la efectividad de aquéllos (GÁLVEZ artículo 14 en Garrido Falla, 1980).

SUAY-RINCÓN aunque reconoce que la igualdad es un derecho, cree que no tiene vida propia porque aparece siempre en relación con otro.

OLLERO ha terciado en la rudimentaria argumentación basada en los principios constitucionales no son normas jurídicas lo considera al derecho de igualdad como un principio jurídico de «vinculatoriedad inmediata».

FRANCISCO PUY afirma el derecho de igualdad como derecho fundamental en sus Derechos Humanos, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato análogo.

RODRÍGUEZ-PIÑERO define el derecho de igualdad como un derecho a ser tratado de forma igual. Objeto de protección en los mismos que los restantes derechos fundamentales, no por asimilación al régimen jurídico de éstos, sino por plena identificación en cuanto a su naturaleza.

PÉREZ LUÑO lo define el derecho de la igualdad como el derecho fundamental, que tiende a asegurar un determinado status subjetivo, es decir, una determinada esfera de intereses de los ciudadanos, concretada en la garantía de paridad de trato y la consiguiente prohibición de una serie, no cerrada, ni exhaustiva, de discriminaciones. La especificidad del derecho de igualdad pues es clara⁹.

⁹ La Bibliografía sobre la igualdad ciertamente es espectacular, desde luego el trabajo de Pérez Luño, A.E., González Tablas, R. Dimensiones de la Igualdad. Madrid: Dykinson, 2005. Y Pérez Luño, A.E. «Sobre la igualdad en la Constitución española» en Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 4, 1987, pp. 133-152. Tiene García Manrique, R. un trabajo muy interesante sobre Bobbio titulado «las ideas de Igualdad y Libertad en Norberto Bobbio» en el Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 2, 1992-1993, pp. 143-172.

VIII. LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Según el profesor Segura Ortega, se utiliza la Igualdad no como fundamentación de los derechos humanos, que parece una cuestión que carece de solución definitiva, sino como requisito o condición necesaria sin la cual no es posible hablar de derechos humanos.

Se afirma que los derechos humanos son poseídos por todos los hombres, o al menos, que deben ser poseídos, parece indudable que en tal atribución se está aplicando el Principio de Igualdad ya que la titularidad de estos derechos corresponde a todos los seres humanos sin excepción.

Poco importa que se les conciban como derechos naturales (indica Fernández-Galiano) o derechos morales (Fernández) o como valores cuya incorporación a los distintos ordenamientos jurídicos resulta deseable (Peces-Barba).

Hay que intentar perfilar el concepto de Igualdad.

El profesor Pérez Luño ha señalado que la noción de igualdad, como casi todos los valores presenta concomitancias con otros principios ideales (libertad, justicia, bien común, etc...) dirigidos al desarrollo ético-social de la comunidad humana. Posee este valor una «diversidad significativa». Se ha convertido en uno de los términos mágicos que se utiliza con profusión en el lenguaje jurídico, político y ético sin saberse exactamente en qué sentido se emplea, por ello se habla del sentido polisémico del término. Tiene la igualdad un carácter relativo porque lo primero que hay que determinar es bajo qué condiciones puede establecerse la igualdad. El punto de partida es la desigualdad. Bobbio se plantea tres preguntas: igualdad entre quiénes, respecto a qué casos, para qué se invoca la igualdad. Segura indica que la respuesta no puede ser de un modo absoluto respecto de ninguna cuestión con la única excepción de los derechos humanos. Si se aplica el Principio de Igualdad no puede ser de un modo absoluto (no todos poseen los mismos bienes). Se parte de la desigualdad, ni las doctrinas igualitarias más radicales llegaron a afirmar la posibilidad de la absoluta igualdad entre todos respecto de todo. Siempre se trata de una igualdad relativa.

A) La igualdad formal supone la garantía efectiva de la generalidad de las normas, esto es, significa pura y simplemente igualdad ante la ley. Esta idea —indica Segura— aparece con las revoluciones burguesas y supuso el fin de una etapa histórica caracterizada por la arbitrariedad y los privilegios. Lo que vino a consolidarse de un modo definitivo fue la igualdad jurídica de todos los hombres (recogido en nuestro texto constitucional en el artículo 14 CE. La igualdad formal es una noción que, en principio, se refiere a una realidad que se concreta en una situación de permanencia.

B) La igualdad material es más cambiante como concepto. Ha indicado Peces-Barba que la igualdad material no es una conquista consolidada por el transcurso del tiempo, como la igualdad ante la ley, sino un objetivo a alcanzar progresivamente para poder hablar de Estado Democrático de Derecho. La Constitución española en el artículo 9.2 que confía a los poderes públicos la tarea de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas y remover obstáculos que impidan y dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, social, etc... No sólo es un ideal, sino que representan un auténtico mandato que genera obligaciones en los poderes públicos. El Principio de Igualdad tanto formal como material tiene una relevancia práctica considerable, pues se presenta como una de las pautas conforme a las cuales deben interpretarse y aplicarse las normas jurídicas y al mismo tiempo condiciona y determina la propia estructura de las normas, esto es, su creación.

IX. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, dice Pérez Luño. El pleno desarrollo de la personalidad implica:

- Reconocimiento total de la autodisponibilidad de las posibilidades de actuación sin coacciones o presiones externas.
- La autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas.

El nexo entre la razón y la dignidad humanas aparece como una constante en las fuentes del humanismo clásico, así en el «Diálogo de la dignidad del hombre» de Pérez de Oliva. La dignidad humana supone el valor básico fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. La dignidad de la persona parte del sistema de los derechos naturales elaborado por Pufendorf, en «De iure naturae et gentium». (1672). Sostenía PUFENDORF que es una conquista gradual, partiendo de un estado de precariedad, que denomina imbecillitas, en el que los individuos egoístas están viviendo en un caos e inseguridad. La necesidad de superar la situación conduce a los seres humanos a crear el contrato o pacto social, a la socialitas o estado de socialidad donde se da una convivencia ordenada por las normas que regulan el funcionamiento de las instituciones sociales. Se llega la dignitas,

la afirmación y autoconciencia del hombre éticamente libre, como culminación racional de este proceso. El concepto de dignidad se halla vinculado a KANT en la dimensión moral de la persona, el fundamento de la libertad y autonomía de la persona. La dignidad representa el principio de los derechos de la personalidad. La dignidad del hombre se basa para Kant en la libertad. Buscó una base sólida que no presentase fisura alguna, y le pareció que su concepción de la libertad era la que ofrecía garantías a la dignidad. Su concepción de la dignidad de la persona, sita en su libertad autónoma, es un logro incuestionable de su sistema filosófico¹⁰.

Se acentuó mucho el individualismo de la dignidad y de los derechos de la personalidad en ella basados.

En Las Declaraciones americanas y en la francesa del hombre y del ciudadano aparecen reconocidos los principales derechos de la personalidad.

El hombre no debe ser jamás degradado a ser un mero medio para la realización de fines extraños o ajenos por completo a los suyos propios. El ser humano es un fin en sí mismo, dice Recasens. La idea de dignidad viene del arraigo de la cultura cristiana en el valor del hombre, pero en la Antigüedad clásica, la Filosofía estoica (Epicteto, Séneca, Cicerón...) formó una idea universal de la humanidad, de la igualdad esencial de todos los hombres.

El pensamiento en la Edad Moderna contribuyó enormemente a subrayar el valor de la dignidad humana, mediante argumentos filosóficos, la expresión kantiana de que en el mundo todas las cosas tienen su precio, excepto el hombre, que tiene dignidad porque constituye un fin en sí mismo, porque es el sustrato para la realización de un valor absoluto —el valor moral—. Existe una igualdad esencial entre todos los hombres, la igualdad determinada por lo suyo propio de todos los hombres, es el valor intrínseco de la esencia humana en cuanto tal, dice Recasens. Es más dice este autor que el valor supremo en el Derecho consiste en el «reconocimiento de la dignidad de la persona humana individual, de la cual fluye el principio de libertad, los derechos básicos o naturales se cimentan sobre la idea de dignidad del ser humano».

X. EL PLURALISMO POLÍTICO

El pluralismo consiste en el reconocimiento de variedad de grupos y formaciones sociales intermedios entre el individuo y el Estado, que favorecen la vida y el desarrollo de la personalidad, dice Lucas Verdú. Se dice que el pluralismo es

¹⁰ Peces Barba, G. La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho. Madrid: Dykinson, 2002, pp. 85 y ss...existen trabajos más generalistas.

el reconocimiento de grupos intermedios que favorecen la vida y el desarrollo de la personalidad y su participación en la convivencia política. La doctrina de los cuerpos intermedios entre el Estado y el individuo, fue mantenida por MONTESQUIEU, rechazada por ROUSSEAU, HOBBS, y luego defendida por TOCQUEVILLE¹¹.

Se puede indicar que:

- No hay pluralismo verdadero si éste no funciona a favor de la persona.
- La persona encuentra, en la pluralidad y variedad de grupos y formaciones sociales, el conveniente contexto sociopolítico para desarrollarse.
- Se trata de un valor y no de un elemento instrumental.
- La persona se desarrolla en grupos, que son productos de lo humano, de su dignidad, la persona es el prius lógico, ontológico y deontológico respecto a la igualdad, la justicia y el pluralismo político.
- El pluralismo ha de ser libre como lo es la persona, justo e igual, en una armonización e interdependencia de todos los valores.
- Es un valor que debe ser institucionalizado, el ser individual no encauza el pluralismo activo si no forma parte de órganos institucionalizados (partidos, organizaciones, Estado...)

La preocupación por el pluralismo es antigua. Es más interesante que su contrario, el monismo, supone variedad y vitalmente complejidad y dinamismo. Frecuente es en la dogmática, desde el desarrollo de HEGEL y aplicada en sentido materialista por MARX, la dicotomía de ambos:

- TOENNIES: comunidad y sociedad.
- SPENCER: sociedad militar, sociedad industrial. Kelsen: autocracia y democracia.

Para entender el concepto de «pluralismo» hay que partir del individualismo. El individualismo en el campo ético se ha manifestado desde antiguo (sofistas, EPICURO, HOBBS, HUME, utilitaristas, pragmatistas...) y en el campo jurídico-político con variadísimas tendencias (contractualismo, individualismo, anarquismo individualista, liberalismo clásico...)

Pero arranca modernamente del cartesianismo y del empirismo del XVII. Es un sistema jurídico que considera al individuo como fin único de todas las reglas y situaciones jurídicas. La Declaración de los derechos del hombre posee grandes matices individualistas, como reacción a las corporaciones de artes y oficios, tí-

¹¹ Cortina Orts, A. «Pluralismo moral y político» en la obra colectiva *Filosofía práctica y persona humana*, editada por la Universidad Pontificia de Salamanca, 2004, pp. 619-624.

picos del Antiguo Régimen, no recogió el derecho de asociación para asegurar la plena libertad de iniciativa económica.

Dos juristas intentaron atacar el individualismo: DUGUIT, HAURIUO.

DUGUIT entiende que cuanto más social es el hombre más individual se hace, rechazó el concepto de soberanía y percibe con claridad el papel de los sindicatos en el Estado.

Por su parte, HAURIUO sostiene que es menester partir del individualismo subjetivo, como creencia de la conciencia subjetiva por ser el que funda las instituciones, pero ello hay que armonizarlo con el pluralismo.

El Liberalismo clásico es una especie de individualismo y guarda alguna semejanza con lo que pretendió el anarquismo individualista. Para el anarquismo el Estado no debe existir, para el Liberalismo debe limitar su papel y misión al mínimo. El primer Liberalismo que después evolucionó al democratizarse, no consentía el pluralismo o lo veía con cierta sospecha, y a lo sumo, lo toleraba en cuanto manifestación jurídicamente.

En el aspecto económico hay que respetar el orden natural. Lo mismo que la naturaleza, la sociedad y la economía se rigen por leyes naturales inderogables que tienen que aceptarse (BASTIAT, SAY, RICARDO; MALTHUS...) apenas puede hablarse de un pluralismo, sino de una atomización socioeconómica. Todo ello se vería frustrado en esa armonía económica que es donde surge la potenciación del pluralismo con el advenimiento del socialismo.

PANORAMA DE LA FILOSOFÍA DEL SIGLO XX

(Generalista y con influencia en el derecho)

- FILOSOFÍA ANALÍTICA (CORRIENTE ANGLOSAJONA)
 - REALISMO O PRAGMATISMO (PEIRCE 1833-1914) JAMES (1842-1910) DEWY 1859-1952) DERECHO: LLEWELLYN, FRANK, ESCANDINAVOS: ESCUELA DE UPSALA, WILHELM. LUNDSTEDT, OLIVECRONA, GEIGER, ROSS
 - FILOSOFÍA ANALÍTICA FREGE (1848.1925) MOORE (1873-1858), RUSSELL (1872-1970)
 - FILOSOFÍA DE LA CIENCIA: CARNAP (1891-1970); SCHLICK (1882-1936) AYER (1910.1989)
 - EMPIRISMO RACIONALISTA: POPPER (1902-1994), ALBERT (1921); DUHEM (1861-1916)
 - ESTUDIO DEL LENGUAJE: WITTGENSTEIN (1899-1951); DAVIDSON (1917-2003) STRAWSON (1019-2006); QUINE (1908-2000)
 - RELATIVISMO EPISTEMOLÓGICO: FEYERABEND (1924-1994) KUHN (1922-1996)

- ESPECULATIVA (CONTINENTAL)
 - HISTORICISMO: DILTHEY (1833-1911); SPENCER 1820-1903), TOYNBEE (1889-1975)
 - FENOMENOLOGÍA: HUSSERL (1859-1938) SCHELER (1889-1928) DERECHO: ARNOLD.
 - EXISTENCIALISMO: HEIDEGGER (1889-1976)
 - HEGELIANOS: BINDER, LARENZ
 - NEOKANTIANOS: KELSEN, GRUPO DE VIENA, KUNZ, VERDROSS
 - ESPIRITUALISMO: BERGSON (1859-1941) BLONDEL (1851-1950) UNAMUNO (1864-1936)
 - PERSONALISMO: MARITAIN (1882-1973), MOUNIER (1905-1950)
 - RACIOVITALISMO: ORTEGA Y GASSET (1883-1955)
 - HERMENÉUTICA: GADAMER (1900-2002), RICOEUR (1913-2005)
 - EXISTENCIALISMO: MARCEL (1889-1973), JASPERS (1883-1969), CAMUS (1913-1960) SARTRE (1905-1980)
 - ESCUELA DE FRANKFURT: MARCUSE (1898-1979), FROMM (1900-1980), REICH (1897-1957) HABERMAS (1929)
 - ESTRUCTURALISMO: LACAN (1901-1981), FOUCAULT (1926-1984) SAUSSURE (LINGÜÍSTICA), LEVI-STRAUSS (ANTROPOLOGÍA) ALTHUSER (HISTORIA Y FILOSOFÍA)
 - PENSAMIENTO POSTMODERNO: DECONSTRUCCIÓN, DIFERENCIA, PENSAMIENTO DÉBIL, NO HAY ESCUELAS (VATTIMO, ITALIA), DELEUZE, DERRIDA

- SIGLO XXI DESCONCIERTO FILOSÓFICO, SIN ESCUELAS DEFINIDAS: BRICMONT (IMPOSTURA INTELECTUAL), RÉE (REALISTA Y ANTI-REALISTA), SEARLE (REALISTA ESCÉPTICO), CUPPIT (RELIGIOSIDAD NUEVA DE OTRO MUNDO ESPIRITUAL), STANNARD (EGOCENTRISMO, Y TEOCENTRISMO POR NECESIDAD), VARDY, PLATINGA (ANALÍTICO), WILSON (SOCIOBIOLOGÍA),
- FILOSOFÍA DEL DERECHO MODERNA SIGLO XX EN ADELANTE: LÍNEAS DE PENSAMIENTO Y REFLEXIÓN
 - FORMALISMO CRÍTICO: KELSEN (TEORÍA PURA DEL DERECHO)
 - LA ESCUELA DE KELSEN: MERKL, KAUFMANN, KUNZ, VERDROSS
 - LA ESCUELA DE LYON: LO CONCRETO Y LO ABSTRACTO EN EL DERECHO
 - LA FORMA EN EL DERECHO: WEBER.
 - JURISPRUDENCIA DE INTERESES: IHERING, HECK.
 - INSTITUCIONALISMO: DUGUIT
 - ESCUELA DEL DERECHO LIBRE: KANTOROWICZ, ERLICH
 - JURISPRUDENCIA SOCIOLÓGICA: POUND, MOVIMIENTO DE DERECHO LIBRE.
 - TEÓRICOS DE LA INSTITUCIÓN: SANTI-ROMANO, HAURIOU, RENARD
 - JURISPRUDENCIA EXPERIMENTAL: COWAN
 - PENSAMIENTO ORDINALISTA CONCRETO: SCHMITT
 - ESCUELA SUDOCCIDENTAL ALEMANA: LASK, MAYER, RADBRUCH
 - JURISPRUDENCIA TELEOLÓGICA: ESSER
 - ESCUELA FENOMENONÓGICA: HUSSERL
 - ONTOLOGÍA EXISTENCIAL: HEIDEGGER, KIERKEGAARD, JASPERS
 - SEGUIDORES DE KELSEN ENLAZANDO CON HUSSERL: KAUFMANN, SCHEREIER
 - EXISTENCIALISMO CRISTIANO: ELÍAS DE TEJADA
 - ESCUELA EGOLÓGICA DEL DERECHO: COSSIO
 - SEGUIDORES DE HEGEL EN DERECHO: LARENZ, BINDER
 - SEGUIDORES MODERNOS DE HEGEL EN ITALIA: GROCE, GENTILE, BATTAGLIA
 - NEOTOMISMO FRANCÉS: CATHREIN
 - NEOIUSNATURALISMO ESCOLÁSTICO: MESSNER, COING, WOLFF, SE SUELE CITAR A KAUFMANN, FECHNER, MAIHOFER
 - EN ITALIA: DEL VECCHIO
 - NEOIUSNATURALISMO FRANCÉS: GÉNY, RENARD, DELOS, VILLEY
 - DOCTRINA NATURAL DE LAS COSAS RUNDE, RADBRUCH, FECHNER, MAIHOFER
 - POSITIVISMO: BOBBIO
 - ESTRUCTURALISMO: GOLDMANN, LEVI-STRAUSS, RUIBAL, LUHMANN
 - CIENTIFISMO JURÍDICO: KIRCHMANN

- POSITIVISMO JURÍDICO-LÓGICO: LLEWELLYN, HOLMES, JAMES, CARDOZO
- REALISMO NORTEAMERICANO: ARNOLD, GARLAN, COHEN, LEOVINGER, COOK, CAIRNS
- FISCALISMO
- ESCUELA DE UPSALA: HAEGERSTROM, LUNDSTEDT, HEGENIUS, OLIVECRONA, BRUSIN, GEIGER
- ANÁLISIS DEL LENGUAJE: RUSSELL, WITTGENSTEIN

BIBLIOGRAFÍA POR TEMAS UTILIZADA PARA ESTA MONOGRAFÍA

*(No incluye las notas a pie de página, aclaratorias)**

INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN:

- Carretero Sánchez, S. «Controversia sobre el criterio sociológico de interpretación de las normas». Madrid: facultad de Derecho, UCM publicaciones, 2000.
- Carretero Sánchez, S. «Teoría Práctica del Derecho». Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Frossini, V. «La letra y el espíritu de la ley». Barcelona: Ariel, 1995.
- Hood, C; Jackson, M. «La argumentación administrativa». Estudio introductorio de R.Uvalle. México, 1997.
- Hernández Marín, R. «Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho». Madrid, 1999.
- Iglesias Vila, M. «El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico». Madrid, 1999.
- Kantorowicz, H. «La definición del Derecho» (trad. J.M. de la Vega). Madrid: Revista de Occidente, 1964.
- Lifante Vidal, I. «La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea». Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- López Moreno, A (coord.). «Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho». Madrid, 1999.
- Marín, J.A. «Naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional». Barcelona: Ariel, 2000.
- Montoro Ballesteros, A. «Sobre la superación del formalismo metodológico en el realismo jurídico nórdico: la doctrina de la interpretación de Alf Ross» en Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, t. XVIII, 1975.
- Marcos Recio, J.C. «La documentación electrónica en los medios de comunicación». Madrid, 1999.
- Muñoz Rojas, T. «Ética, equidad y proceso jurisdiccional» en la Ley, año 1999 (octubre), nº 4910.
- Ricodeur, P. «Discurso filosófico y hermeneusis». Barcelona, 1999.

DERECHO Y TECNOLOGÍAS:

- Bisbal, J; Viladás, C. «Derecho y tecnología: Curso sobre innovación y transferencia». Barcelona: Ariel, 1990.
- Corripio Gil-Delgado, M.R. «Los contratos informáticos. El deber de información precontractual». Madrid, 1999.
- Davara, M.A. «La protección de datos en Europa». Madrid: Edit.Universidad Pontificia Comillas, 1999.
- Falcón, E.M. «¿Qué es la informática jurídica? del abaco al Derecho informático». Buenos Aires, 1992.

* La presente bibliografía comprende hasta el año 2000, siendo la más moderna citada en cada capítulo en los pies de página. Casi toda ya a partir del año 2005.

- Fernández Aller, C; Suárez, J.M. «Informática para abogados». Colección Informática para profesionales. Madrid, 1999.
- Derecho y nuevas tecnologías. Año n°O. (Dirigida por P. Palazzi). Buenos Aires, 1999.
- Guichard, S; Harichaux, M (y otros). «Internet pour le Droit. Connexion, recherche, Droit». Paris, 1999.
- Matthijssen, L. «Interfacing between Lawyers and computers. An architecture for knowledge based interfaces to legal databases». The Hague, 1999.
- Moreno Navarrete, M-A. «Contratos electrónicos». Madrid, 1999.
- Pérez Luño, A. «Manual de Informática y Derecho». Barcelona: Ariel, 1996.
- Singleton, S. «Data protection. The new Law». Bristol, 1998.
- Tapscott, D. «Crecimiento en un entorno digital. La generación Internet». Bogotá, 1998.

SOCIOLOGÍA DEL DERECHO:

- Posner, R.A. «El análisis económico del Derecho» (trad E.Suárez). México, 1998.
- Rendón Vasquez, J. «El Derecho como norma y como relación social. Teoría General del Derecho». 3ª ed. Lima, 1998.
- Rodríguez Uribe, J.M. «Opinión Pública (Concepto y modelos históricos)». Madrid, 1999.

TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO:

- Aguiló Regla, J. «Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)». Barcelona: Ariel, 2000.
- Ballesteros, J. «Sobre el sentido del Derecho». Madrid: tecnos, 1986 (2ª ed.)
- Ballesteros, J. «Ética y política en la sociedad democrática». Madrid, 1980.
- Carretero Sánchez, S. «Introducción a la Teoría del Derecho». Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2000.
- Escobar de la Sema, L. «Introducción a las ciencias jurídicas». Madrid: Dykinson, 1999.
- Carretero Sánchez, S. «Teoría práctica del Derecho». Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Hernández Marín, R. «Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea». Madrid: Tecnos, 1989.
- Larenz, k. «Metodología de la ciencia del Derecho» (trad.Rodríguez Molinero). Barcelona: Ariel, 1994.
- Legaz Lacambra, L. «Filosofía del Derecho». Barcelona: Bosch, 1979.
- Lucas, J. «Introducción a la Teoría del Derecho». Valencia: Tirant lo blanch, 1993. Níno, C.S. «Introducción al análisis del Derecho». Barcelona: Ariel, 1997.
- Ost, F; Van der Kerchove, M. «El sistema jurídico entre orden y desorden» (trad. Hoyo Sierra). Madrid: servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho, UCM.
- Recasens Siches, L. «Introducción al estudio del Derecho». México: ed.Porrúa. (5ªed.) Soriano,R. «Compendio de Teoría del Derecho». Barcelona: Ariel, 1993.
- Suñe Llinás, E. «Prácticas de Teoría y Filosofía del Derecho». Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, 1998.
- Treves, R. «La Sociología del Derecho». Barcelona: Arile, 1988.
- Palombella, G. «Filosofía del Derecho moderna y contemporánea». (trad. J. Calvo). Madrid: Tecnos, 1999.

Pattaro, E. «Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica» (trad.Dr.Iturmendi). Madrid: Reus, 1980.

DERECHOS FUNDAMENTALES:

Ballesteros, J. «Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos». Madrid: Tecnos, 1992.

Ferrajoli, L. «Derecho y garantías. La ley del más débil». Madrid: Trotta, 1999.

Foravanti, M. «Los derechos: fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones». Madrid: Trotta, 1998.

Jiménez Campo, J. «Derechos: fundamentales. Concepto y garantías». Madrid: Trotta, 1999.

Pérez-Luño.A. «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales» en Anuario de Derechos humanos, t.I, pp. 257-275, 1981.

Saiz Arnaiz, A. «La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos: fundamentales. El artículo 10.2 CE». Madrid: CGPJ, 1999.

Waldron, J. «The Dignity of Legislation». Cambridge, 1999.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com