

DERECHO NATURAL. PARTE SISTEMÁTICA.

TEMA 1. DEFINICIÓN DEL DERECHO E IDEA DE ORDEN.

1. DIFICULTAD PARA DEFINIR EL DERECHO: CARÁCTER ANALÓGICO DEL MISMO.

Existe una gran dificultad para dar una definición a las ciencias sociales, entre ellas al Derecho, ya que se dan diferentes acepciones dependiendo de la ideología del autor y de su concepción de la vida.

Kant se plantea ya en su obra *La metafísica de las costumbres* el problema de dar una definición al Derecho que sea aceptable para todo el mundo. Esta dificultad reside en la cualidad analógica del Derecho, es decir, sirve para designar cosas diferentes entre sí pero con un nexo común.

En términos generales podemos distinguir entre tres tipos de Derecho.

1. Derecho objetivo o Norma agendi (norma para obrar): Es el Derecho como conjunto de normas que posibilitan a una persona obrar de una determinada manera. Por ejemplo, si decimos El Derecho obliga a la protección del honor de las personas nos estamos refiriendo a la parte concreta de una ley, del ordenamiento jurídico positivo.
2. Derecho subjetivo o Facultas agendi (facultad para obrar): Facultades que el ordenamiento jurídico positivo (Derecho objetivo) concede al individuo. Por ejemplo, yo tengo derecho a la libertad de conciencia. Con esta frase se expresa la capacidad de ejercer unas determinadas facultades reconocida por el ordenamiento jurídico positivo.
3. Derecho desde el punto de vista de los valores: Es cuando se habla de lo justo y de lo injusto por encima del ordenamiento jurídico vigente, es decir, se enjuicia al Derecho sin dependencia de la ley, desde el punto de vista de los valores de la persona.

a) Concepción normativa.

Esta concepción es propia del positivismo jurídico. La concepción normativa o positiva reduce el Derecho a un conjunto de normas que emanan del Estado, bien directamente, o por delegación (por ej. en el Estado español existen varios órganos de los que emana el Derecho, como el Gobierno, las Cortes, las asambleas autonómicas, etc.). Esta corriente se define como positivismo normativo y su máximo representante es **Hans Kelsen**, que, en obras como *Teoría pura del Derecho*, defiende que los juristas únicamente deben dedicarse al estudio de la ley y los principios de legalidad.

El Derecho está estructurado en una jerarquía de normas, encabezadas por la Constitución, en la que se fundamentan el resto. De este modo, el jurista positivista sólo se ha de preocupar de el Derecho estructurado por esta jerarquía normativa, dejando de lado el principio de legitimidad y la cuestión de si el Derecho reconoce los valores de la justicia. De este modo, es lógico que para el positivismo normativo lo único válido sea la ley escrita.

En conclusión, para el Derecho positivista el único principio válido es el de legalidad y no se preocupa por de legitimidad. El Derecho consistiría única y exclusivamente en sus leyes.

b) Concepción sociológico-relativista.

Es una concepción más radical del positivismo, que forma parte del positivismo sociológico. Para esta

corriente las normas no son la base más importante del Derecho, sino que son dos: los comportamientos sociales efectivos y las decisiones concretas de los jueces. En líneas generales, esta concepción positivista afirma que cuando las leyes no se cumplen por la comunidad, no son tales leyes, ya que se hace hincapié en el principio de eficacia, es decir, aunque las leyes estén promulgadas no son tales si no se cumplen.

– Fundamentación del Derecho en los comportamientos sociales efectivos: su estudio es propio del sociologismo, que forma parte del positivismo sociológico. Para el sociologismo, el núcleo esencial del Derecho no serán las normas, sino los hechos y las actitudes sociales. De este modo, se ocupan de estudiar si las actuaciones de la sociedad se amoldan a las normas escritas. **E. Ehrlich** es un representante de esta corriente, para él *el Dcho consiste en los comportamientos reales y efectivos de los ciudadanos*. Así pues, se centra en el principio de eficacia, en comprobar si el Derecho es eficaz.

– Fundamentación del Derecho en las decisiones concretas de los jueces. Ejemplos de esta corriente pueden ser el Realismo jurídico escandinavo, con autores como **Karl Olivecrona** o **Alf Ross**, y el Realismo jurídico norteamericano, con representantes como el juez **Holmes**. El juez Holmes en su obra *La senda del Derecho* se plantea qué es el Derecho:

¿Qué es el Derecho? Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto a lo que dicen los tribunales de Boston o Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de los principios de la ética o axiomas universalmente reconocidos o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo, el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o declaraciones, pero si le importan lo que han de resolver los tribunales de Boston o Inglaterra. Yo entiendo por Derecho las profecías de lo que los tribunales harán en concreto, nada más y nada menos.

Como se ve en el texto, Holmes descarta que el Derecho sea algo distinto a lo que decidan los tribunales, interesándole únicamente las sentencias judiciales, al igual que a un mal hombre a quien sólo le interesa lo que resuelvan los tribunales. Esta teoría pone de relieve ciertos factores sociales de los que se entresaca el Derecho y no de los códigos prefijados. Sin embargo, una crítica posible es que se reduce el Derecho a situaciones extremas, de patología del Derecho. Reducen su aplicación al llamado hombre malo, olvidando que las normas jurídicas no deben tener un carácter meramente punitivo.

c) Concepción valorativa.

Dentro de esta corriente existen varias concepciones. Para ellos el Derecho no puede identificarse exclusivamente ni con la ley escrita ni con las decisiones de los jueces, sino que además tiene una dimensión ética y valorativa. El Derecho debe preocuparse de que las normas y las decisiones de los jueces no sólo sean legales, sino también de que sean justas. De este modo, el Derecho estaría compuesto por un sistema de normas jurídicas que han de tratar de realizar la idea de justicia, resaltándose el campo de la legitimidad del Derecho y no centrándose exclusivamente ni en sus contenidos materiales ni en su forma. Desde una concepción valorativa (ius naturalista) radical, aquel Derecho Positivo que no se adhiera al Derecho Natural será totalmente injusto e inválido. Un ejemplo de esta corriente más radical es el Derecho tomista (**Sto Tomás de Aquino**). Pero en general las corrientes valorativas no son tan radicales.

En definitiva, es dentro de estas opciones valorativas donde se puede encuadrar el Derecho Natural, como base del Positivo. A estas corrientes se las llama valorativas por que someten el Derecho Positivo a valoración, no sólo desde el Natural sino también desde otros puntos de vista como el filosófico, como ocurre, por ejemplo, con la ética material de los valores (**Max Scheller**) o la axiología (**Recaseus Siches**). Todas estas corrientes tienen en común que aceptan que por encima de la legalidad existen una serie de valores éticos, que han de reflejarse en el Derecho Positivo para que éste sea legítimo y justo.

Elías Díaz, en su obra *Sociología y Psicología del Derecho* dice que *todos los estados tienen un Derecho*,

pero esto no quiere decir que todos sean Estados de Derecho. Estado de Derecho es aquél en el que se aplican y reconocen los derechos humanos. Los estados sin este requisito son estados ilegítimos.

Como conclusión para definir el Derecho, se puede recurrir a **Miguel Reale** que, en su obra *La tridimensionalidad del Derecho*, nos dice que cada una de las concepciones descritas corresponde a una dimensión del Derecho. De este modo, la concepción normativa responde al principio de legalidad, la concepción sociológico-relativista responde a la dimensión fáctica y la concepción valorativa a la legitimidad del Derecho. Para que se pueda hablar de Derecho (con mayúsculas) debe concentrar las tres dimensiones, siendo incompleto si faltara alguna de ellas. Con la siguiente definición de Derecho, Miguel Reale aúna las tres concepciones: *conjunto de normas vigentes en una sociedad para regular las relaciones de convivencia según la idea de justicia.*

2. FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO.

a) Funciones del Derecho.

El Derecho es creado por los seres humanos para perfeccionar ética y técnicamente la sociedad. Previamente al Derecho jurídico existen otras regulaciones, como las normas sociales, que abarcan sectores más amplios que el Derecho. De este modo, el Derecho sólo regula la parcela de las relaciones sociales jurídicas, que es la parcela conocida como Orden jurídico.

Es necesario distinguir entre Orden Jurídico, que se refiere a aspectos y conductas de la vida social regulados por el Derecho, y Ordenamiento jurídico, que es el sistema de normas vigentes que rigen un determinado territorio.

Las normas del Derecho tienen funciones de prohibir, mandar o permitir determinadas conductas. No tienen, por lo tanto, un carácter siempre punitivo.

1ª función. Prevenir conflictos sociales, intentando atribuir a cada persona lo que le corresponde. Es la realización y el desarrollo de la justicia. Esta función no siempre se realiza de una forma perfecta, ya que en la sociedad siempre existirán conflictos por muy perfecto que sea el Derecho, pues está en la naturaleza del hombre su ambición, que a veces trata de pasar por encima de los otros.

2ª función. Función ordenadora. Es la función de resolver los conflictos de una manera justa. El Derecho ha de poner orden tantas veces como surjan conflictos. Sólo es entendible el Derecho dentro de la idea de orden, ya que está en su naturaleza la función ordenadora.

b) Caracterización del Derecho.

El Derecho sólo atañe a una parte de la vida social, el resto está regulado por otras normas, como las morales o los usos sociales. Por lo tanto, es necesario crear criterios diferenciadores entre el Derecho y el resto de normas no jurídicas con las que convive. Para esta caracterización existen una serie de criterios:

• Criterio formal.

Formado por una serie de teorías que pretenden caracterizar al Derecho desde su formalidad, incluyéndose aquí las corrientes positivistas, que hacen hincapié en el aspecto externo del Derecho. Para estas corrientes el Derecho se diferencia por su forma, dejando a un lado los aspectos materiales.

Kelsen en *La teoría pura del Derecho* lo reduce a pura forma, a su estructura formal. No se interesa por el contenido de las normas sino por su correcta estructuración. Para él, el Derecho debe estar en el plano del deber ser y no en el plano de la realidad, donde puede contaminarse por influencias de aspectos como los

morales o los religiosos. En definitiva, se centra en la legalidad, dejando a un lado la legitimidad.

A partir de **Kant** ya se diferencia claramente entre moral y Derecho, aunque esta diferenciación ya se había dado con autores anteriores como **Puffendorf** o **Tomasius**. Sin embargo, en el pensamiento medieval no era así. Para diferenciarlo, Kant nos dice que el Derecho son normas externas creadas por el Estado, mientras que la moral son normas internas creadas por el individuo.

Los rasgos externos del Derecho son la coercibilidad y su procedimiento de creación:

– La coercibilidad es la posibilidad de imponer una norma jurídica por la fuerza, que es diferente de la coacción, que reduce el Derecho a la fuerza. Las teorías del positivismo sociológico escandinavo reducen el Derecho a su aplicación por la fuerza. De este modo, para **Alf Ross** el Derecho surge de lo social cuando las costumbres se respaldan por la fuerza. Otro autor, **Karl Olivecrona**, en *El Derecho como hecho*, afirma que *el Derecho consiste en la fuerza organizada, cuyo monopolio corresponde al Estado*. Llama Derecho a la serie de normas que regulan la fuerza por parte del Estado. En general, estos autores mantienen la coacción como la nota principal del Derecho.

– El procedimiento de creación, es otro elemento caracterizador del Derecho desde el punto de vista formal. **Hans Kelsen** define como característica del Derecho que su creación se basa en una serie de requisitos formales (procedimiento), comprendidos en la constitución. Este procedimiento establecido supone una diferencia fundamental entre las normas jurídicas y el resto de normas sociales.

Existen varias posibilidades de crítica a la caracterización exclusiva del Derecho por su forma. En cuanto a su identificación con la fuerza, **S. Agustín** en *La Ciudad de Dios* ya hace una diferenciación entre Derecho y fuerza: *Si falta la justicia y el orden de la ciudad se asienta en la fuerza, la ciudad y la república no se distinguen de una cuadrilla de malhechores*. La segunda crítica posible hace referencia al procedimiento, ya que esta característica se da únicamente al identificar el Derecho con la ley escrita. Sin embargo, el Derecho puede estar formado por costumbres o principios generales, que no se reducen al procedimiento señalado. Esta reducción del Derecho está enunciada por Kelsen, que obvia la dimensión de la legitimidad. **Gustavo Radbruch**, autor neokantiano, defendió en una primera fase que el Derecho se reducía a una lucha entre partidos políticos, pero, más adelante, rectificó su postura y en la obra *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*, supera el relativismo y reivindica la existencia de un Derecho suprallegal, que se encuentra por encima del escrito. Este Derecho es el que conocemos como Derecho Natural, que estará constituido por una serie de principios de justicia.

• **Criterio material.**

El término material se refiere al contenido. Con los criterios materiales se caracteriza el Derecho teniendo en cuenta su contenido, que ha de responder a los ideales de justicia. Estas teorías fundamentan el Derecho en su legitimidad y no en su legalidad. En este ámbito existen teorías más radicales, como el Derecho Natural medieval, donde se identifica Derecho y justicia. De este modo, si un Derecho no es plenamente justo uno puede resistirse a su cumplimiento.

Existen varias críticas posibles a esta concepción material.

En primer lugar, un Derecho no puede aspirar a la perfección, ya que es fruto de la actividad humana, sino a acercarse lo más posible a los ideales de justicia. Además, se ha de tener en cuenta que lo que consideramos justicia ha venido cambiando a lo largo de los tiempos, dependiendo de la cultura y la moral social (ethos). De este modo en la Edad Media se identificaba en muchos casos el Derecho con la religión y se definía lo justo como la voluntad de Dios. Las leyes que en su momento se consideraban justas hoy pueden no serlo y a la inversa. Así pues, caracterizar al Derecho desde un punto de vista exclusivamente material es también insuficiente, ya que éste debe responder además a ciertas características materiales.

Otra objeción posible es que la justicia no es el único fin del Derecho, sino que también existen otros fines, como la seguridad jurídica, que se refiere a su aspecto externo, lo que lo diferencia de la norma moral, aunque ambas normas tengan en común el ideal de justicia. Sin embargo, mientras la moral obliga para la consecución de la perfección individual, el Derecho lo hace persiguiendo el bien común.

Una tercera crítica es que el propio contenido del Derecho ha ido cambiando a lo largo de la historia, abandonando materias como la moral e incorporándose otras. De este modo, por ejemplo, a partir de la llegada del cristianismo se comienza a separar la religión del Estado. Dice el Evangelio *dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*. Posteriormente, con la conversión del Imperio al cristianismo, se vuelve a identificar religión con Iglesia. En la actualidad, ambas instituciones están rigurosamente separadas en los países occidentales.

• **Criterio mixto.**

Según este criterio, el Derecho debe atender tanto a exigencias de carácter material (justicia) como de carácter formal, es decir, debe fundamentarse tanto en la legitimidad como en la legalidad.

Requisitos mínimos de carácter formal (para la seguridad jurídica):

- Fijar un órgano competente para crear Derecho. Los órganos legisladores son normalmente los parlamentos (las Cortes en España). En España también son competentes las asambleas legislativas autonómicas, el propio gobierno y algunas autoridades inferiores. Todos estos órganos deben estar fijados por la Constitución.
- Además, la creación del Derecho tiene que ajustarse a determinados requisitos previos, por ejemplo, en el parlamento: 1º, impulso legislativo; 2º debate de la ley (fase de rotación); 3º, firma del jefe del Estado (rey) y ministro correspondiente; y, por último, promulgación. Este proceso se conoce como *iter legis*, camino de la ley. Existe, además, un período de tiempo (20 días) entre la promulgación y la puesta en vigor, conocido como *vacatio legis*.
- El principio de justicialidad, que prevé que en el caso de ser incumplida una norma se pueda recurrir a los tribunales competentes.
- Idea de coercibilidad. Tienen que existir aparatos del Estado mediante los cuales se pueda imponer el cumplimiento de la norma y la sanción a los infractores.
- Imperatividad.
- Generalidad: las leyes son generales y abstractas. Se promulgan para todos por igual.

Requisitos de carácter material (legitimidad):

- Que las leyes sean racionales y que estén bien encaminadas al bien común de todos los ciudadanos. La ley supone un juicio de la razón y después un hecho de la voluntad.
- La referencia a la justicia. El Derecho tiene que perseguir un orden estable, justo y seguro. Para algunos autores escolásticos, si el Derecho no es justo no es verdadero Derecho. La idea de justicia proporciona la validez última del Derecho.

Como conclusión, el Derecho no se puede caracterizar únicamente desde criterios formales o materiales, sino que tiene que existir una combinación de ambos (criterio mixto). De este modo, el Derecho es un conjunto de normas y se caracteriza por una serie de requisitos formales y materiales para el perfeccionamiento ético y técnico de la sociedad.

3. NOCIÓN DE ORDEN: ORDEN FÍSICO.

Dentro de orden, podemos distinguir entre orden físico y el relacionado con la actividad humana.

La idea de orden se viene planteando desde la Antigüedad. **San Agustín**, en su obra *De civitate Dei* lo define como *la disposición que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que les corresponde*. El concepto de orden es universal, abarca a todos los seres, por lo que la sociedad y el Derecho también están sujetos. La idea subyace en la vida social.

En cuanto a su estructura, el profesor **E. García Maynez** en *La filosofía del Derecho* analiza una serie de características y elementos del orden:

1. El orden conlleva una pluralidad de elementos.
2. Un criterio a seguir para la ordenación. En principio, cualquier criterio es válido.
3. La estructura del orden implica sujeción de los objetos al criterio ordenador elegido.
4. La estructura del orden implica relaciones entre los objetos derivadas de su sujeción a un criterio común (criterio ordenador).
5. Finalidad perseguida por el sujeto que ordena. El orden es un medio para conseguir un fin. Va a responder a una idea teleológica (tratado del fin).

Teniendo en cuenta estos elementos, se puede hacer una clasificación del orden, partiendo de su carácter plural y analógico. De este modo se distingue entre orden dinámico y orden estático.

- El orden estático. Se refiere a una determinada disposición de los objetos en la que cada uno tiene asignado el lugar que le corresponde. El Derecho no está dentro de este orden fijo, ya que sus contenidos vienen siendo mutables a lo largo de la historia.
- El orden dinámico. Es aquél en el que el lugar asignado a cada cosa varía en el espacio y en el tiempo. El Derecho responde a este esquema de orden dinámico.

El concepto de naturaleza es dinámico. Desde una concepción teleológica, los seres vivos están en evolución constante buscando su perfección, que consiste en la asimilación de los mayores rasgos posibles propios de su naturaleza. Pero la naturaleza obra de distintas formas dependiendo del ser que se trate.

Así pues, se da una nueva clasificación del orden que distingue entre orden físico, que corresponde a los seres irracionales, y el orden humano, que corresponde a los seres racionales y libres. De este modo, cada uno de los seres persigue su perfección de una manera distinta: los seres irracionales mediante una fuerza ciega conocida como apetito natural, y los seres racionales y libres tienden a su perfección proponiéndose fines y eligiendo medios, mediante la razón y la libertad. Este método es conocido como apetito elícito.

- El orden físico. Partimos de la obra de **Samuel Puffendorf** (s. XVII) que distingue en este orden tres rasgos esenciales: necesidad, uniformidad y amoralidad.
 - Necesidad: En el orden físico no existe la idea de libertad. La necesidad viene dada por el principio de causalidad que hace que los fenómenos sean siempre necesariamente los mismos ante las mismas condiciones.
 - Uniformidad: Consecuencia del rasgo anterior y del principio de causalidad. Dentro del orden físico los principios se van a producir siempre de una misma manera, ya que la misma causa provoca siempre el mismo

efecto. Este hecho no es totalmente rígido por el principio de indeterminación de **Heisenberg**, que dice que en todo efecto puede concurrir una serie de causas no previstas. Los fenómenos físicos son predecibles dentro de la probabilidad estadística. La uniformidad de estos fenómenos no es, por tanto, totalmente rígida sino que responde al cálculo de probabilidades.

– Amoralidad: El orden físico es indiferente a los valores. Responde a una indiferencia axiológica, es decir, a una ausencia de moral. Los fenómenos físicos no se pueden clasificar desde el punto de vista ético como buenos o malos, justos o injustos.

A cada sector del orden le corresponde un principio o ley ordenadora que establezca el orden entre los distintos elementos que lo forman. A esta ley se la conoce como ley física.

4. EL ORDEN DE LA ACTIVIDAD HUMANA.

a) Orden del *facere* (orden técnico).

El orden técnico es aquél que está encaminado a la fabricación de objetos externos a nosotros mismos, al perfeccionamiento de la naturaleza exterior, teniendo como fin lo útil, no lo bello. Cuando se busca la mera utilidad estamos ante la técnica, mientras que cuando se persigue la belleza estamos ante el arte.

Este orden sigue el principio ordenador de las llamadas reglas técnicas, que permiten perfeccionar el mundo exterior. **Kant** llama a estas reglas técnicas Imperativos hipotéticos, que indican cuáles son los medios adecuados para alcanzar un fin determinado y concreto.

En sentido ético no podemos decir si son buenas o malas, pero sí si son eficaces o ineficaces.

Cuando llevamos a la práctica una regla técnica y no funciona, decimos que es inadecuada. El criterio de validez de esta reglas es un criterio de utilidad, no un criterio ético.

b) Orden ético: características del mismo.

En líneas generales, es el orden del obrar. Su fin es la búsqueda de la perfección personal mediante una serie de acciones, de comportamientos, que deben revertir en beneficio del sujeto. Pretendemos transformarnos a nosotros mismos

· Características generales del orden ético.

– Orden de libertad. Facultad de la persona para llevarlo o no a cabo, no es un orden necesario ni condicional. Es un orden del deber ser. Sócrates pensaba que el que conocía la virtud debía llevarla a la práctica: Intelectualismo o determinismo ético. El orden de la libertad es posible porque somos seres racionales y libres.

– Orden de la multiformidad o pluralidad. El orden ético no es un orden uniforme, sino que es un orden plural, al que se puede o no respetar. Este rasgo no tiene un carácter absoluto. A pesar de que digamos que este orden otorga libertad, la persona está condicionada por muchos factores, sobre todo de índole social, que la llevan a actuar de maneras distintas. Por ejemplo, el mundo de la moda. En analogía entre el orden ético y el físico, podemos decir, que ni uno es totalmente multiforme, ni el otro totalmente rígido.

– La moralidad. El orden moral es un orden de valoraciones. El comportamiento racional y libre de la persona es susceptible de ser enjuiciado en virtud de categorías éticas. Podemos decir si está bien o mal si es justo o injusto.

· Orden ético individual:

El orden moral está integrado por una serie de normas que tienden a guiar la conducta humana personal hacia la consecución de su bien particular, la felicidad individual. Además, existe una moral social, ya que no vivimos aislados. Esta moral es más amplia: son una serie de valores vividos por una comunidad en un momento determinado. Esta moral va cambiando. La moral individual se caracteriza por la multiformidad, la libertad y la moralidad. De aquí se derivan una serie de consecuencias que van a contribuir a caracterizar de una forma más intensa el orden ético. El orden ético se diferencia en estos rasgos del técnico.

Todos los seres humanos tienen una dignidad innata, pero también existe una dignidad adquirida, dada por los diferentes valores que se van tomando como propios. Con esto se demuestra que el orden ético no es algo definitivo desde un principio, sino que va variando a lo largo de la historia, sufriendo altibajos, que pueden consistir en progresos o retrocesos.

El orden ético se rige por el principio del deber ser, el principio de las normas éticas, en un lenguaje prescriptivo (imperativo). La validez de la norma ética no va a depender de su eficacia, ya que estamos ante juicios de valor. Las normas éticas son tales aunque no sean eficaces.

5. EL ORDEN JURÍDICO COMO ORDEN DE LA VIDA SOCIAL.

a) Orden social.

Existen diferentes teorías sobre la configuración del orden social, como el Contrato social de **Rousseau**, donde se establece, en una visión contractualista, que es la necesidad del hombre de vivir en sociedad la que lo lleva al pacto social entre los seres humanos.

Otras tesis, como las de **Aristóteles**, afirman que el orden social es algo natural. Surge de las inclinaciones naturales del hombre, que tienen como fruto el orden social y jurídico.

En general, se puede decir que la existencia de grupos sociales surge de la vida en común del ser humano. Estos grupos sociales son conocidos como estructuras básicas de la sociedad y muestran diferentes maneras de presentarse:

- La comunidad: Forma de participación de los individuos que la integran mediante un ideal o elemento común. Existe en la comunidad un vínculo de unión profundo entre quienes la integran.
- La sociedad (en sentido de asociación): Surge como consecuencia de un pacto entre los individuos para un fin concreto, normalmente el lucro. No existe el profundo vínculo anterior.
- La organización: Se basa en la existencia de un poder ordenador que coordina.

Es difícil que estas estructuras se manifiesten de manera íntegra, sino que es normal que muestren rasgos híbridos. Las instituciones son un complejo de estas maneras en torno a un determinado fin.

El orden social no viene dado definitivamente, sino que el ser humano actúa sobre él con el fin de mejorarlo. De este modo, las instituciones varían con la historia, el orden social va desarrollándose.

Con el término orden social, nos referimos al orden social prejurídico, que abarca todas las manifestaciones de la vida social, con lo que el orden jurídico es un sector suyo. El orden jurídico sólo acotará una parte del orden social.

· Como características más relevantes del orden social podemos señalar:

- Es un orden externo, es decir, nos viene dado desde fuera.
- Alteridad (*ad alterum*: relación con el otro). Implica la relación con los demás.
- El bien común social: La finalidad última del orden social es la consecución del bien común social.

b) Orden jurídico.

El Derecho es una creación humana que no incide en todos los sectores de la vida social, sino en una parte acotada de acuerdo con una serie de exigencias que corresponden al Derecho, como son la justicia y la seguridad jurídica. Es ese sector el que conocemos como orden jurídico.

El orden social es, en principio, abstracto y adquiere forma a través del orden jurídico, que se caracteriza por:

- La exterioridad. Es un orden externo, las normas se nos imponen desde fuera, a diferencia de la moral.
- La alteridad. Las relaciones jurídicas son interpersonales. Se plantean dentro del campo de la vida social, pero con una finalidad estrictamente jurídica.
- Coactividad: A diferencia del orden social, el incumplimiento del orden jurídico puede conllevar una sanción que lo haga cumplir por la fuerza. Este elemento supone una diferencia clara con las normas morales, cuya única sanción posible es el remordimiento.

En cuanto a los fines que el Derecho persigue, podemos establecer:

- El bien común jurídico de toda la sociedad, que consiste en el conjunto de bienes contenidos en el Estado para su distribución entre los ciudadanos. El cauce para su distribución será la justicia.
- La justicia, que definirá al Derecho como legítimo (justo) o ilegítimo (injusto).
- La seguridad jurídica. Hace referencia a los aspectos formales del Derecho, que éste debe comportar para que sea posible su conocimiento, proporcionando seguridad y certeza.

El orden de estos elementos está jerarquizado de mayor a menor importancia, aunque los tres fines están interrelacionados y los tres deben cumplirse en un Estado de Derecho. La justicia hace referencia a la legitimidad jurídica mientras que la seguridad jurídica hace referencia a la legalidad.

TEMA 2. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO: DISTINTAS CORRIENTES.

I. DERECHO NATURAL TRADICIONAL (ss. XIII a XVI): INTRODUCCIÓN.

El Derecho Natural tradicional es el propio de la Escolástica, aunque tiene parte de sus precedentes en **Aristóteles**. De ahí que dentro de la Escolástica exista una corriente denominada aristotelicotomista.

El Derecho Natural tradicional defiende la trilogía de la ley, que distingue entre la ley eterna, la ley natural y la ley positiva.

La ley eterna proviene de Dios, por lo que debe ser en la que se fundamenten el resto de leyes. Dios es el fundamento último de la ley. Este fundamento último aparece en repetidas ocasiones en la filosofía griega, como en el caso del logos de **Heráclito**, del que todo emanaba. Para la Escolástica, si el Derecho Positivo no se fundamentaba en esta ley era un Derecho injusto.

1. Intelectualismo y voluntarismo en la ley.

Sto Tomás define la ley eterna en la *Summa Teológica* como *razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos*. Aquí se encuentran, los fundamentos del intelectualismo, ya que hace hincapié en la razón.

Por su parte, **San Agustín** la define como *razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo*. En esta definición se encuentran, en cambio, las raíces del voluntarismo.

De este modo, a partir de estas dos definiciones de Ley Eterna se desarrollan la línea intelectualista (Sto Tomás) y la voluntarista (san Agustín).

– Planteamiento intelectualista de la ley (Sto Tomás):

Planteamiento intelectualista quiere decir que el legislador tiene en cuenta la razón y la sabiduría a la hora de elaborar la ley. Contempla objetivamente la naturaleza de los objetos y de ahí saca conclusiones que posteriormente se han de reflejar en la ley. La única facultad que se utiliza es la inteligencia (para la observación). De este modo, se puede decir que la voluntad del legislador no añade nada, sólo observa lo que ya está dado y elabora la ley en consecuencia.

Pero existe un inconveniente, ya que la ley resultante de este proceso es meramente indicativa, *lex indicans*, y la ley no puede ser únicamente indicativa sino que debe contener un mandato, un reflejo de la voluntad.

Hugo Grocio dice que *si existe un ordenamiento previo y el legislador sólo contempla y construye la ley y se despreocupa, llega el momento en que no haría falta la presencia del legislador*. Aplicando esta afirmación a la Ley Eterna, significaría que llegaría el momento en que no sería necesaria la existencia de Dios.

– La posición voluntarista (san Agustín):

A finales del siglo XIV surgen tensiones entre corrientes tomistas y agustinistas, acabando por triunfar estas últimas e imponiéndose el voluntarismo sobre el intelectualismo, que había predominado hasta entonces.

El voluntarismo defiende que la ley depende de la voluntad del legislador. Esto supone un subjetivismo ético, todo depende de la voluntad de quien legisla. Esto es así hasta tal punto que las cosas son buenas o malas dependiendo de la voluntad de quién legisla. De este modo, **Duns Scoto** llega a decir que según esto, lo que hoy es bueno, mañana puede ser malo y a la inversa. La ley se reduce a un mero mandato, obviando la razón humana.

Un ejemplo de esta corriente es **Ulpiano**, que llega a decir que *la ley es aquello que place al príncipe*. Muchos regímenes dictatoriales tienen su justificación en el voluntarismo.

Como se observa, ambas corrientes son incompletas. A finales del siglo XVI, **Francisco Suárez** en *De legibus* (Tratado sobre las leyes), supera esa tensión y nos dice que en la naturaleza de la ley intervienen dos fuerzas.

– Vis directiva, que se refiere a la inteligencia, mediante la que se conoce.

– Vis compulsiva, que se refiere a la voluntad, mediante la que se ordena.

Ambas fuerzas conforman una ley en sentido jurídico, ya que se aúnan las dos teorías anteriores.

2. El Derecho Natural como parte de la ley natural.

La Ley Eterna se toma como principio universal de orden, mediante el que se ordenan todos los seres, racionales o no, del universo. De este modo, cuando la Ley Eterna incide en la naturaleza de los seres irracionales estamos ante la ley física y cuando interviene en la de los seres humanos estamos ante la ley natural. Esa ley natural se va a conocer mediante la razón.

S. Th. I^a, IIae, q. 91, a. 2. (**Santo Tomás**, Libro I, volumen II, cuestión 91, artículo 2): *La ley natural es participación de la Ley Eterna en la naturaleza racional.*

Sin embargo, **Ulpiano** confunde la Ley Eterna con la Ley Natural. Para él la Ley Natural *es aquello que la naturaleza enseña a todos los animales.*

Otras veces también se ha confundido Ley Natural con Derecho Natural, que es confundir el todo con la parte. La Ley Natural rige el mundo del obrar humano, que es muy variado, con una serie de preceptos y normas. **Samuel Puffendorf** (s. XVII) distingue dentro de la Ley Natural tres tipos de preceptos:

- Las normas religiosas, en el sentido de religión natural, sin referirse a ninguna religión establecida. Con religión natural se refiere a las normas de relación del individuo con Dios, sin necesidad de intermediarios. Estos preceptos son estudiados por una disciplina filosófica llamada teodicea.
- Las normas morales, que afectan a la persona en relación a su felicidad como individuo. Son normas de moral subjetiva, creadas por la propia conciencia.
- Las normas jurídico-naturales, que están referidas al régimen jurídico natural y que dirigen la conducta humana colectiva al bien común. Constituyen el llamado Derecho Natural.

De este modo, el Derecho Natural abarcaría aquellas ordenaciones y valoraciones de la conducta humana en sociedad, que se fundamentan y derivan de la naturaleza humana.

La escolástica tomista confunde en muchos casos la Ley Natural con el Derecho Natural, al igual que hacen entre la moral, el Derecho y la religión. Sin embargo, **Sto Tomás**, aunque no llega a diferenciarlos claramente, intuye que no es lo mismo el Derecho que la moral, como se muestra al hablar del Derecho Natural incluido en los temas de la justicia y de la moral dentro del grupo de la Ley Natural. Sólo a partir del s. XVIII, con el Derecho Natural racionalista, se distingue claramente entre religión, Derecho Natural y moral (Puffendorf).

Existen dos posiciones a la hora de valorar el procedimiento por el que se conoce la Ley Natural.

- **San Agustín** defiende que conoce la Ley Natural porque la Ley Eterna se halla impresa en el individuo. Surge del interior del individuo, obviando a la razón y a la inteligencia.
- **Sto Tomás** mantiene una posición distinta a la agustiniana. Se conoce la Ley Natural a través de la razón humana.

3. Aspecto material del Derecho Natural: Inclinationes de la naturaleza humana.

Partiendo de la posición tomista, el conocimiento de los preceptos del Derecho Natural es racional. Es un conocimiento complejo, ya que ha de atenderse a diferentes dimensiones de la naturaleza humana. Hay que atender a dos aspectos de estos preceptos para conocerlos: el aspecto formal y el aspecto material.

- El aspecto formal. En el proceso de conocimiento de los preceptos de Derecho Natural se ha de seguir un camino dificultoso y complejo. Este conocimiento debería alcanzarse, según los escolásticos, sin un gran esfuerzo, sino de una manera fácil. De esta manera, se alcanzará a entender porqué nos obligan los preceptos del Derecho Natural y cómo se llegan a conocer. Estos rasgos constituirían su aspecto formal. Nos estamos

refiriendo a un juicio mediante el que se exprese la adecuación de nuestros principios a nuestra propia naturaleza.

– El aspecto material. Se refiere a los contenidos, a cuáles son los preceptos del Derecho Natural. Ese contenido ha de ser necesario, exigido por la propia naturaleza humana.

Los escolásticos hacían coincidir los preceptos del Derecho Natural con las inclinaciones de la naturaleza humana. **S. Th. I^o, II^o, q. 94, a. 2:** *Todo aquello a que el hombre tiene inclinación natural, lo percibe la razón como bueno. Por eso el orden de los preceptos de la ley natural responde al orden de las inclinaciones naturales.*

Esas inclinaciones naturales son tres: la conservación de la vida, la protección y perpetuación de la especie e inclinaciones específicas de la naturaleza del hombre (hacia la sociabilidad). Estas inclinaciones tienen carácter normativo porque nos inducen al bien. **Sauter** denomina este triple orden con los términos respectivos a los anteriores: óntico–cósmico, cósmico–vital y racional–social.

– Óntico–cósmico. Estas inclinaciones de tendencia hacia la conservación de la vida es compartida por el hombre con el resto de seres. De ahí se derivan derechos como el de la legítima defensa y se prohíben acciones como el homicidio o el suicidio.

– Cosmo–vitales. Inclinaciones a la procreación y perpetuación de la especie. Para Sauter, esta inclinación implica también la educación de los hijos, utilizando la razón. Se derivan preceptos como el derecho a la vida familiar, a los alimentos o a la educación.

– Racional–social. Inclinación específicamente humana que mueve a las personas a la vida en sociedad. De ahí surgen preceptos como la necesidad de un poder político o que el gobierno debe perseguir el bien común.

De acuerdo con esta teoría, se entrevé el reconocimiento de unos derechos humanos naturales, aunque sea remotamente desde el punto de vista filosófico.

4. ¿Cómo se constituyen los preceptos del Derecho Natural?

a) Primeros principios y principios secundarios: elementos material y formal.

E. Rommen: *El mundo objetivo, lo real, es la medida del conocimiento. El orden de lo real es conocido por el hombre, primero de un modo especulativo. La razón en esta etapa no hace sino recibir y acoger. Pero el hombre no es sólo razón pura, sino que está llamado también a realizar la acción. Al pasar de esta etapa de pura percepción a la de realización, entonces la razón se convierte en razón práctica.*

En este texto se advierte la doble proyección de la razón humana: la función teórica, mediante la que se conocen disciplinas teóricas; y la razón práctica, cuando la razón entra en acción, siendo la parte interesante para las ciencias prácticas, como el Derecho.

Esta distinción entre estas dos funciones se remonta hasta Aristóteles, que habla de ello en su clasificación de las virtudes, y, posteriormente, autores como Sto Tomás o Kant.

• Los primeros principios:

– Elemento material. Para hablar del contenido de los primeros principios hay que centrarse en la razón práctica, aunque sin dejar de lado determinados aspectos de la razón teórica.

Los primeros principios van a ser una serie de enunciados básicos que tienden a dirigir la vida en sociedad,

como haz el bien y evita el mal, no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti o dar a cada uno lo suyo. Son principios universales y evidentes, extensibles a todos los pueblos.

Estos presupuestos coinciden con las inclinaciones humanas, por lo que el Derecho Natural tradicional los dotará de necesidad absoluta. Sin embargo, estos principios pueden ser puestos en duda dependiendo de la cultura y el momento histórico en que se den.

– Elemento formal. Estos principios se conocen a través de un hábito de la razón humana, llamado *sindéresis*. Se le llama hábito porque es un acto cotidiano, no es necesario un esfuerzo de la razón para analizar estos principios.

• **Los principios secundarios (conclusiones inmediatas).**

– Elemento material.

Los primeros principios son básicos, por lo que es necesario desarrollarlos a través de los principios secundarios, derivados de los primeros y también universales. Aunque su materia ya no es tan evidente, siguen estando cercanos a las inclinaciones naturales. Los preceptos de estos principios se pueden resumir en los del Decálogo (diez mandamientos), no siendo ya tan genéricos como los anteriores aunque se basan en ellos. Estos preceptos se pueden entender de dos maneras: como Derecho Divino positivo, revelados directamente por Dios para los creyentes, o como preceptos lógicos de Dcho Natural, derivados de los anteriores sin relación necesaria con Dios.

– Elemento formal. Estos preceptos secundarios o conclusiones inmediatas se conocen mediante el método lógico de la deducción, lo que conlleva un proceso racional. Se abandona, de este modo, la mera intuición del rango anterior, y se parte de los principios generales a los más concretos. Cabe señalar que es diferente la deducción utilizada por la Escolástica que la utilizada por el Racionalismo, ya que mientras la Escolástica va a tener en cuenta los casos concretos en que se van a aplicar las normas elaboradas, el Racionalismo obvia la realidad social del momento. Esto conlleva que en la Escolástica se mantiene la unión entre ser y bien, conceptos que se separan en el Racionalismo, cuya manera de deducir será conocida por su exageración como deductivismo.

b) Conclusiones remotas: objeto de un conocimiento prudencial. La Prudencia.

En la Escolástica española, **Francisco Suárez** amplía el contenido del Dcho Natural y lo dota de principios primeros, conclusiones inmediatas y conclusiones remotas. Hace una clasificación tripartita, a diferencia de Sto Tomás, añadiendo las conclusiones remotas.

– Elemento material. Las conclusiones remotas son preceptos mucho más concretos y ya cercanos al Dcho Positivo. Se caracterizan por su circunstancialidad, su contingencia y su movilidad. Son variables según las circunstancias sociales, por lo que para algunos autores, como Sto Tomás, no están incluidas en el Dcho Natural. Otros autores ven en estos preceptos la posibilidad de mostrar el Dcho Natural como algo concreto y cercano a la realidad histórica y social. Estos preceptos ya no gozarán de universalidad, de tanta evidencia ni tampoco de inmovilidad. No se van a corresponder de forma directa con las inclinaciones de la naturaleza humana, por lo que no obligan en el mismo grado que los anteriores a las personas, dependiendo de los hechos circunstanciales.

– Elemento formal. Estas conclusiones remotas se conocen mediante el juicio de prudencia, que para Sto Tomás estaría a nivel de los principios secundarios y que para Francisco Suárez está al nivel de las conclusiones remotas.

La prudencia es una virtud. Ya **Aristóteles** en la *Ética* a Nicómano dice: El conocimiento de las normas del

obrar está encomendado a la prudencia. A través de esta virtud se conoce el nivel más cercano a la realidad. **Sto Tomás** en S. Th. IIª, II, q. 47, a. 16 dice: La prudencia consiste no sólo en el conocimiento de los principios universales sino además en su aplicación a la acción.

El juicio de prudencia responde a dos momentos:

Momento cognoscitivo, que corresponde al conocimiento de los principios universales, pero también de la realidad concreta y circunstancial del momento. Es decir, se basa en los primeros principios para su adecuación y aplicación a la realidad concreta. Se trata aquí de mantener una coordinación entre ser y bien, de que no exista una disyuntiva entre ser real y ser ideal.

Momento volitivo, en el que interviene la voluntad mediante impulsos que nos mueven hacia la consecución del bien. S. Th. IIª, II, q 47, a. 8: La última fase del juicio prudencial consiste en aplicar a la operación esos consejos y juicios, es decir, la última fase consiste en aplicar todo lo anterior.

La características del juicio de prudencia son:

- No es un saber estrictamente científico, sino fundamentalmente práctico (aunque parte de una fase especulativa).
- Versa sobre los principios universales que han de aplicarse a la realidad concreta.
- El juicio de prudencia conlleva el riesgo de acertar o equivocarse, al no ser estrictamente científico.

c) Derivación del Dcho Positivo a partir del Dcho Natural.

La primera norma del Dcho Positivo que nos encontramos es la constitución del Estado, norma fundamental y en la que se basan el resto. De este modo, la Constitución será la primera norma en la que se trasvasen los contenidos del Dcho Nat. El proceso para que se produzca este reflejo se realiza a través de dos vías:

- Vía de conclusión: Existen una serie de preceptos que por su evidencia están derivados directamente del Dcho Natural mediante la simple deducción. Por ejemplo, la prohibición de robar o matar. Se trata de una minoría en el conjunto del ordenamiento jurídico.
- Vía de determinación próxima: Es una vía compleja mediante la cual se derivan la mayoría de los preceptos del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la pena en concreto aplicable a un delito no se deriva directamente del Dcho Natural, que únicamente indica que el que comete un delito debe ser castigado. La cuantía de la sanción la debe establecer el legislador a través de esta vía. Para ello, el legislador tendrá que conocer en principio los preceptos del Dcho Natural, además de la realidad histórica del momento.

II. DERECHO NATURAL RACIONALISTA: INTRODUCCIÓN (ss. XVII y XVIII).

1. El Renacimiento Europeo.

El Renacimiento europeo se ha descrito tradicionalmente como un renacer de lo clásico, en contraposición con el espíritu de la Edad Media. Sin embargo, este espíritu sigue perviviendo, sobre todo en el siglo XVII. De este modo, no puede reducirse el Renacimiento ni a una simple reacción contra todo lo medieval ni a una restauración sin más de lo clásico.

A la hora de estudiar el Renacimiento europeo se pueden mantener dos perspectivas:

1. Centrándonos en Europa, con la excepción de la península Ibérica. El primer dato a tener en cuenta es el

esfuerzo por restablecer la confianza en la razón, desconectada de cualquier elemento divino. En segundo lugar, se trata de renovar el conocimiento de los griegos, sobre todo el filosófico referente a temas como la naturaleza y el hombre. Estas características suponen, en cierto modo, el renacimiento del humanismo griego.

2. Centrándonos en España (Pen. Ibérica). El Renacimiento tiene un sentido netamente cristiano, a diferencia de lo que ocurre en el resto de Europa. En lo filosófico, el Renacimiento español no es tanto un resurgimiento de las escuelas griegas, sino más bien un renacer de la Escolástica al nivel que la había elevado **Sto Tomás**.

Frente a la crítica, a menudo negativa, de los renacentistas europeos, los filósofos y teólogos españoles de los siglos XVI y XVII reafirman la tradición medieval. Frente a la rebelión protestante la teología española inicia la verdadera reforma católica que había de culminar en Trento. Con este motivo han de acometer los teólogos españoles los problemas planteados por Lutero. Con las soluciones aportadas se incrementa el acervo de verdades de la filosofía y de la teología.

Por otra parte el descubrimiento del Nuevo Mundo y consiguientemente, la conquista y el establecimiento del imperio, plantean serios problemas filosóficos, que al ser tratados por el pensamiento español, darán lugar al nacimiento de nuevas disciplinas, como el Dcho Natural.

Todo ello no significa un aislamiento y una despreocupación por parte de España de los genuinos problemas que el Renacimiento tratara en Italia, Francia o Alemania. El humanismo tuvo representantes destacados en España, como Nebrija o Luis Vives.

• **La doctrina individualista en Europa.** En Europa se produce una vuelta al individualismo, que rompe los cimientos del Sacro Imperio Romano con el surgimiento de los estados nacionales. Este individualismo fue penetrando en todos los sectores de la cultura.

– La primera manifestación de esta tendencia unió diversos pensamientos del Cristianismo y de la Antigüedad, encontrando su expresión en el humanismo italiano, cuya idea principal es la personalidad libre del hombre, que provoca la demanda de la libertad de conciencia y el que se eleve, en algunos casos, al hombre a un muy alto nivel (**Marsilio Ficinus** define al hombre como Dios Terrestre).

– El individualismo fue también producto de una segunda fuente, totalmente opuesta a la concepción humanista. Esta segunda corriente sostiene que el hombre es una criatura completamente corrompida. Tal era la concepción teológica de **Lutero**, para quien la Iglesia dejó de ser la intermediaria entre Dios y el hombre, quedando sólo una relación directa entre Dios y la humanidad.

– La más significada elaboración del concepto del hombre nuevo dentro de la filosofía del Dcho de aquella época, sin duda alguna, se dio en la doctrina individualista del Dcho Natural, cuyo punto de partida es la idea de una ilimitada libertad del hombre-individuo. De esta doctrina y apoyándose en algunas ideas aisladas de la Antigüedad, surgió la tesis de que el Estado sólo puede nacer de un contrato celebrado por individuos originariamente libres.

La doctrina individualista del Derecho Natural se desarrolló en tres direcciones:

1. Esta primera dirección está representada por **Vázquez**, **Althusius**, y, sobre todo, **Hugo Grocio**, y está todavía influenciada por la filosofía del Derecho del cristianismo.

2. En cambio, la segunda, cuyos expositores son **Hobbes**, **Spinoza**, **Locke**, **Thomasius**, **Bentham** y **Rousseau**, en clara oposición con la filosofía aristotélico-tomista, hizo a un lado las ideas de la naturaleza social del hombre y aludió a las pasiones animales del ser humano como base para su nueva elaboración. Los defensores de esta postura consideraron como natural el libre desarrollo de estas pasiones y le dieron el nombre de Dcho Natural, término que dejaba así de referirse a un orden natural de las normas éticas.

3. Como reacción al Dcho Natural naturalista, nació finalmente la tercera dirección, representada por **Puffendorf, Leibniz y Wolff**; el mérito principal de esta corriente ius naturalista de los tiempos modernos consiste en haber destrozado las cadenas del Dcho, devolviéndole su propia legalidad. La doctrina de estos pensadores se aparta de la concepción del Derecho Natural del Cristianismo en cuanto que la razón que contempla como fuente del Dcho no es la iluminada por Dios, sino pura y llanamente razón. De ahí que se denomine a esta corriente Doctrina racionalista pura del Dcho Natural.

2. El Dcho Natural racionalista en concreto: características generales.

En una mala interpretación acerca de la filosofía moderna, se ha pretendido resaltar al máximo los caracteres griegos y negar toda validez a su relación con la escolástica, hasta el punto de que autores como Windelband en su Historia de la Filosofía Moderna niega la existencia en lo filosófico de un Renacimiento español y atribuye a nuestro país una simple revisión de la escolástica, cuyo estudio detenido no es necesario en una historia del Pensamiento moderno. Esta postura supone dejar de lado a autores importantísimos del renacimiento español, como Francisco Suárez.

En cambio, H. Wezel nos dice que la filosofía predominante en Europa durante el siglo XVII sigue siendo la escolástica, imponiéndose sólo el Renacimiento a partir del siglo XVIII. De este modo, los grandes pensadores modernos (Descartes, Leibniz, Bacon, Hobbes, Locke, Grocio y Puffendorf) se formaron en el Pto escolástico, aunque luego impulsasen nuevas corrientes. Su obra sólo se puede entender teniendo en cuenta la Escolástica.

Así pues, el Dcho Natural no supone una ruptura tajante con la escolástica, aunque sí que adopta las nuevas tendencias del pensamiento de su época. En lo que sí es indiscutible la innovación del Dcho Natural moderno es en dar un nuevo enfoque a los grandes temas filosóficos, aunque sin abandonar ciertas premisas del Dcho N. tradicional, que pasaba a no poder ser utilizado tras la secularización del Dcho. De este modo, se sustituye a los teólogos encargados del Dcho medievales, por los juristas seculares de la Edad Moderna.

Al perder el catolicismo su exclusividad en Europa, el carácter teológico del Dcho N. medieval se muestra incapaz de cumplir su cometido. De este modo, se propone un nuevo D.N. al margen de cuestiones religiosas, servible para cualquier orientación personal y con un carácter universal.

La apelación escolástica a la recta ratio como fuente del D.N., queda invalidada según las teorías de autores como **Hobbes**, al estar en relación con una divinidad católica. Hobbes argumenta que en caso de conflicto cada persona tiene un sentido subjetivo de su recta ratio, de ahí que se haga necesario un D.N. al margen de la religión, que tenga validez general y que domine la realidad.

El Derecho Natural debe tener fuerza para configurar la realidad, por lo que debe tener un carácter concreto y más amplio que el escolástico. Para el Dcho N. racionalista lo más importante no serán los primeros principios, sino las conclusiones, donde es más fácil percibir y configurar la realidad. Así, por ejemplo, **S. Puffendorf** llega a escribir un Dcho Natural en ocho volúmenes (en contraste con el decálogo medieval). Esto conlleva que el racionalismo tienda incluso a sustituir el Dcho Positivo por el Natural, debido a su gran concreción.

Para establecer los preceptos del D.N., los racionalistas van a utilizar determinados procedimientos científicos, como el deductivismo, con autores como **Descartes**, para los que la razón es clara et distinta perceptio. En este conocimiento claro y distinto, al margen de la divinidad, ve Descartes el fundamento de toda certeza.

Utilizan para la construcción del Dcho Natural el método de la lógica deductivista, propio de las matemáticas y la física. Sin embargo, este método provoca en muchas ocasiones un despegue de la realidad social. A este método exagerado es al que se conoce como deductivismo, que ayudó al desarrollo de disciplinas, como las

ciencias y la filosofía. **Thomas Hobbes** en *El Leviathan* o *De Corpore* aplica este deductivismo a la teoría del Estado.

III. DERECHO NATURAL E HISTORIA (s. XIX).

1. Dcho Natural de signo variable y progresivo.

En determinados momentos de la historia se producen movimientos de reacción contra el exceso de la corriente predominante anteriormente. Esto sucede en el siglo XIX con el Positivismo, que en reacción contra el racionalismo, niega la existencia del Dcho Natural y no cree en la existencia de valores en el Dcho Positivo. A su vez, esta corriente también supone un exceso y aparecen nuevos movimientos de reacción, como los neokantianos y los neotomistas.

– Corriente neokantiana, cuyo máximo representante puede considerarse **Rodolfo Stammler**. Hace un replanteamiento de la filosofía de **Kant**, como un intento de superar el positivismo. Ante la existencia de múltiples sistemas jurídicos en el espacio y en el tiempo, esta corriente trata de fijar un principio formal vacío que habría de suponer el denominador común de todos los sistemas jurídicos y que tendría que ser completado por las circunstancias de cada momento y lugar. Es el llamado Dcho Natural de contenido variable (de signo variable) o Dcho Natural relativo. Cree en un Dcho Natural, aunque sea mínimo, que puede servir como base a cualquier ordenamiento jurídico.

– Corriente neotomista, con **George Renard**. Desde esta posición se rechaza la teoría neokantiana y se apunta hacia una dirección más de acuerdo con la filosofía tradicional. Recupera, como una superación del positivismo, la teoría de **Sto Tomás**. Defiende que el Dcho N. se compone de dos principios: los primeros principios y los principios secundarios. Mientras que los primeros principios son universales, los principios secundarios ya no lo son y se van ajustando a las circunstancias históricas. Como consecuencia de ello, el contenido del D.N. va progresando. De ahí que esta teoría se llame Derecho Natural de contenido progresivo. Renard establece dos afirmaciones para regular el proceso de cambio del Dcho Natural:

1. El Dcho Natural no es cerrado, sino abierto, en sus principios secundarios (el Dcho Nat. racionalista sí tendrá este carácter cerrado).

2. El D.N. se perfecciona cuando se desarrolla, es decir, encierra una serie de valores que para ser conocidos por la generalidad deben establecerse mediante el Dcho Positivo. Esto nos lleva a la complementariedad entre D.N. y D. Positivo. El resultado de esta conjunción será el Derecho en sí.

2. Historicidad de los preceptos del Dcho. Natural.

Es fácilmente constatable que el Derecho Positivo varía y progresa a lo largo de la historia. Sin embargo, este hecho no está tan claro en lo referente al Dcho Natural. Se discute si el Dcho Natural es invariable o responde a las circunstancias históricas. Existen múltiples posiciones:

– Derecho Natural racionalista. No acepta la división entre primeros principios y principios secundarios. Intenta construir mediante la deducción un Dcho Natural ideal, al margen de las circunstancias sociales del momento y con la pretensión de que sea universalmente válido. Creen necesario plasmarlo por escrito, hasta el punto de que llegan a excluir el Dcho Positivo por innecesario. En lo que se centraron fue en temas como la libertad o la propiedad privada, temas de gran importancia en la época, con lo que el Dcho Natural racionalista se muestra influenciado por la ideología política, sacralizando la propiedad privada como Dcho inalienable de la persona, mostrándose el reflejo de la ideología burguesa en la elaboración del Dcho Natural.

Uno de los resultados del Dcho N. racionalista es la Declaración francesa de los Dchos del Hombre (también en la Declaración de Independencia de los EE.UU.). En el artículo 17 de la declaración francesa se consagra

como inviolable el Dcho a la propiedad, además de otros ideales propios de la Revolución como la libertad, la igualdad o la voluntad general como base de lo político, en una declaración que puede considerarse como la primera generación de los derechos humanos. De este modo, podemos observar que aunque su pretensión sea un Dcho Natural ahistórico, esta declaración está claramente influenciada por las circunstancias del momento.

– Derecho Natural tradicional. Para hacer referencia al carácter histórico o no del Dcho Natural es necesario partir de la concepción de la persona. Para el D.N. tradicional, la persona está constituida por la unión de esencia, que es la base de una persona y es invariable, y existencia, en la que se proyecta la esencia y varía en relación con las circunstancias del momento.

La filosofía tradicional traslada este esquema al campo del Derecho, correspondiendo la esencia al Dcho Natural y la existencia al Dcho Positivo. De este modo, los primeros principios del D.N. serían inalterables, salvo cuando éstos han de proyectarse a la realidad del momento. Es necesario resaltar que la filosofía tradicional considera al Dcho Natural como Derecho aunque no haya entrado en el campo de la existencia.

– Posición intermedia, representada por E. Kaufmann. Pretende superar el antagonismo de las teorías anteriores mediante un análisis ontológico de la estructura del Dcho. Para Kaufmann, los principios del D.N. tienen un valor normativo propio, pero no son suficientes para regular la vida en sociedad. De este modo, la relación de bipolaridad entre los dos derechos debe pasar a ser de polaridad, es decir, el Derecho ha de consistir en la unión del Natural y el Positivo, ya que ambos elementos serán necesarios para hacer del Dcho una realidad. En cuanto a la historicidad, Kaufmann defiende que el Dcho es una realidad del mundo humano, no algo meramente ideal, y como todas las realidades humanas, el Dcho se basa en la corporeidad: el Dcho es real basándose en su cuerpo, el Dcho Positivo. La corporeidad del Dcho Positivo como expresión del Natural implica obviamente su temporalidad e historicidad. Se ve aquí una diferencia clara con la postura tradicional, ya que para Kaufman el Dcho no es real hasta que no se ve reflejado en el Dcho Positivo. Como conclusión, cabe decir que desde esta perspectiva el Dcho Natural es histórico por su conexión con el Dcho Positivo.

3. Dcho. Natural y sociología jurídica.

En la situación actual, el Estado es la fuente principal del Dcho. Pero la moderna filosofía del Dcho ha tenido en cuenta determinados influjos de la sociología jurídica. Se puede decir que, a parte de las fuentes tradicionales del Dcho, existen otras fuentes, como la sociología, también importantes y que lo pueden dotar de una mayor legitimidad.

Dentro del pRoceso general de democratización, la opinión pública cobra una gran relevancia, presionando sobre el Dcho y haciendo que varíe en algunos casos, incorporando o eliminando valores. Estos valores son detectados por la sociología jurídica, que descubre las inclinaciones humanas, valores de D.N., como la libertad.

La sociología señala que existen una serie de valores que, en ocasiones, llegan a tener más importancia que las propias fuentes del Estado. Se pueden adoptar diversas posiciones ante estos nuevos valores aportados:

– No considerarlos como un valor jurídico real, sino como un mero valor fáctico.

– Otra postura reconoce estos datos como valores que reflejan las inclinaciones naturales de la persona humana, por lo que habrían de elevarse a la categoría de Dcho Natural y han de introducirse en el Dcho Positivo.

TEMA 3. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO (CONT.): DIVERSAS CORRIENTES ACTUALES.

1. IDEA DEL DERECHO NATURAL: DISTINCIÓN DE LAS CORRIENTES ACERCA DEL MISMO.

La idea de que existe un Dcho fundamentador del Positivo ha sido una constante a través de la historia. Es importante distinguir entre Dcho Natural y las teorías o doctrinas acerca de él.

La historia filosófico-jurídica ha descrito diversos sistemas de Dcho Natural, a veces contradictorios u opuestos entre sí. Precisamente basándose en la existencia de tantas teorías distintas se ha querido probar la inexistencia de un Dcho Natural. Sin embargo, es todo lo contrario, ya que la riqueza del Dcho Natural responde a su diversidad de perspectivas y teorías.

Una cosa es la idea de Dcho Natural como conjunto de principios de la convivencia humana y otra cosa es la formulación de este Dcho Natural.

Como ejemplo de estas formulaciones, cabe destacar las dos más importantes: el Dcho Natural tradicional y el racionalista. Además de estas dos corrientes existen muchas otras. **Sauter** hace la siguiente clasificación: ius naturalismo aristotélico-platónico, estoico (individualista), del idealismo alemán (Kant, Hegel), neokantiano, axiológico y neomarxista.

II. MODERNAS TEORÍAS ACERCA DEL DERECHO NATURAL (s. XX).

1. Características generales de las doctrinas del Dcho Natural moderno o en sentido amplio.

Una gran parte de estas teorías surgen en Alemania tras la II Guerra Mundial. Todas esas corrientes coinciden en la necesidad de la existencia de un Dcho superior al Positivo, al cual se pueda acudir en determinados momentos especiales o de crisis. Estas teorías hay que enmarcarlas tras la catástrofe del nazismo, ante lo que se hace necesario unos principios de justicia generales inalterables. A este resurgir se le conoce como el eterno retorno del Dcho Natural, ya que en el siglo XIX se le había dejado prácticamente de lado.

Estas teorías modernas se apartan bastante del Dcho Natural tradicional y en algunos aspectos también del racionalista. De ahí que se les llame Dcho Natural en sentido amplio o concreto.

Existen diversos factores que influyen en el renacer del Dcho Natural:

1. La quiebra del Positivismo tras la II Guerra Mundial. Desde el siglo XIX, el Positivismo había sido dominante, con su negación del Dcho Natural. Al ponerse fin a los totalitarismos, el Positivismo entra en decadencia, lo que conlleva un resurgir del Dcho Natural.
2. La derrota alemana y el consiguiente rechazo de todos los textos del nacional-socialismo. El positivismo nazi fue tal que hizo que algunos inculcados en los juicios de Nüremberg excusaran sus delitos en el cumplimiento de la ley.
3. Oposición al totalitarismo, que supone una revalorización de la persona frente a la exaltación totalitaria del Estado.

Se pueden establecer una serie de características comunes a todas estas doctrinas:

- Son un conjunto de doctrinas que intentarán prolongar o replantear el Dcho Natural clásico (tradicional y racionalista).
- Intentan ser un fundamento crítico del Dcho Positivo con base en la justicia, frente a las teorías totalitarias.

El Derecho Natural va a seguir teniendo las siguientes funciones, con respecto al Dcho Natural tradicional:

1. De norma material cuyo contenido estará conectado con el Dcho Positivo.

2. Como explicación última de la validez del Dcho Positivo, intentando evitar la arbitrariedad del legislador y cualquier actitud positivista.

3. Servir como una base crítica para poder enjuiciar el Dcho Positivo. Los contenidos de justicia servirán para hacer una crítica al Dcho Positivo, cuando se desvíe de este principio, evitando así un Dcho injusto.

Además de prologarlo en estos temas, en ocasiones se replantea el Dcho Nat. tradicional:

1. Estas teorías buscan un amplio contenido para el Dcho Natural, intentando concretizarlo al máximo, en oposición con el Dcho Natural tomista. También difieren en el hecho de que no se planteen la pregunta de por qué obligan los preceptos del Dcho Natural.

2. Empieza a valorarse la persona humana y su propia dignidad, como consecuencia del enorme sufrimiento provocado por los totalitarismos en Europa. Se defiende la dignidad de la persona frente al poder del Estado.

3. El Dcho Nat. será ahora un sistema abierto, es decir, se pretenderá ampliar al máximo sus contenidos, no siendo ya cerrado y hermético para que tengan cabida el mayor número de normas de justicia.

2. Doctrinas que fundamentan el Dcho Natural en la idea de dignidad de la persona humana.

Existen varias doctrinas con el fundamento de la idea de la dignidad humana para el Dcho Nat., idea enlazada con el concepto cultural en el que se enraíza el ser humano. De ahí un cierto relativismo, ya que esta cultura que rige la dignidad es variable. Esta fundamentación nos da una concepción del hombre amplia, concreta y enraizada en la realidad social.

· **Kant** y la imagen humanística de la persona. Esta doctrina fue asumida en los años cincuenta y sesenta por el Tribunal Federal Constitucional alemán. Exponen dos momentos de esa imagen humanística: la libertad, como auto responsabilidad, y la responsabilidad con el resto. Ambas ideas conformarían la dignidad del ser humano.

Kant toma como punto de partida el hecho de que la persona pretende obrar de una manera justa, para lo que son necesarias máximas o leyes incondicionales a las que atenerse. Esta ley incondicional consiste para él en un imperativo categórico: *obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal*. Estos principios morales no son totalmente subjetivos, ya que se imponen por sí mismos, lo que conlleva dos consecuencias:

1. Certeza de que la libertad es una característica apegada al hombre. Si el hombre se haya obligado incondicionalmente, ha de ser libre incondicionalmente.

2. Idea de responsabilidad.

El Tribunal Federal Constitucional Alemán elevó esta doctrina a Derecho Natural y dictó las correspondientes sentencias.

3. Doctrinas que fundamentan el Dcho Natural en los órdenes creados: teología protestante.

La teología protestante hizo un esfuerzo, hacia finales de los años 60, por volver a la idea de Derecho Natural, con **E. Brummer** como uno de los autores más importantes. Tratan de fundamentar el Derecho Natural en presupuestos esencialmente teológicos y la raíz de este Derecho se encontraría en los llamados órdenes creados. Estos órdenes creados son los que Dios da a la realidad social en la creación y que previamente ya se encontraban previstos en su mente. Estos órdenes fijos se van a corresponder con instituciones esenciales de la vida social, como la familia o el Estado.

El conocimiento de estos órdenes no puede ser racional, ya que la razón se encontraría pervertida por el pecado original (con lo que se entrevé el origen agustiniano de la teoría). Por el contrario, para este conocimiento ha de utilizarse la fe.

Esta teoría se fundamenta en:

1. La revelación contenida en las Sagradas Escrituras como fundamento del orden jurídico.
2. La propia idea de órdenes creados, instituciones básicas de la sociedad, en cuanto que están creados por Dios y se encuentran de una forma implícita en las Escrituras.

Nos encontramos ante un fideísmo, que desembocará en un voluntarismo, ya que todo depende en último término de Dios. Los rasgos que caracterizan esta teoría se encuentran esencialmente en los principios éticos y políticos de **Lutero**, cuya teoría se puede dividir en tres aspectos.

- La teoría de la naturaleza corrupta y la justificación de todo por la fe, al quedar invalidada la razón como ya se ha visto.
- La teoría de los dos reinos: el reino de la espada y el reino de la palabra, o el reino del mal (diablo) y el reino del bien (Dios) (origen en san Agustín).
- Posibilidad muy limitada de conocer el Dcho Natural, como consecuencia de la corrupción de la naturaleza humana. Sólo quedaría la fe como vía para el conocimiento del Derecho Natural.

Estas doctrinas reducen el Derecho Natural al Divino Positivo, que es el revelado por Dios directamente, es decir, al mandato directo de Dios al hombre. Se trata de teorías que no van a ir muy lejos en su extensión, sino que se limitan al reducido ámbito protestante.

4. Doctrinas que fundamentan el Dcho Natural en las partes dogmáticas de la constitución.

A esta tesis también se la denomina legalista.

La parte dogmática de una constitución es aquella donde se encuentran recogidos los derechos humanos o derechos fundamentales. Se la llama dogmática para hacer hincapié en la importancia de estos derechos.

Para los autores de esta posición, los derechos humanos encontrarían su fundamento en la ley positiva y antes de su recogimiento en el Dcho Positivo no son considerados derechos humanos.

Cuando se habla de Derecho se refiere al que está legitimado por la voluntad general. De este modo, el fundamento último de los derechos humanos estará en la voluntad popular, plasmada por escrito en la Constitución y en el resto de normas positivas.

Gregorio Peces Barba sigue esta corriente. En su obra Derechos fundamentales nos dice que éstos se completan cuando son asumidos por el Derecho Positivo. El Derecho Natural no es pleno hasta que no se haya reconocido en el Dcho Positivo. Para este autor, el fundamento de los derechos humanos no se haya en un Dcho suprapositivo, sino que su fundamento se haya en la voluntad popular. Si un derecho humano no se encuentra amparado y reconocido por una norma positiva, no es Derecho, aunque sí puede considerarse un valor.

Se estima que todo el Dcho Positivo es justo, ya que surge de la voluntad popular, expresada a través del parlamento. Sin embargo, este hecho es siempre discutible y siempre habrá personas que perciban en el Dcho elementos injustos, dependiendo de su sentido de la justicia, aunque se trate del Dcho de un país democrático.

5. Doctrinas que fundamentan el Dcho Natural en la ética material de los valores.

Un autor de esta corriente es **Max Scheller**, con El formalismo en la ética y ética material de los valores.

Estos autores parten de la diferenciación entre entes reales, que forman la realidad, y seres ideales, como los números o las figuras geométricas.

En los seres ideales se enmarcarían los valores, cuya existencia no se basa en el ser, sino en el propio valor. **Lotze** afirma que los valores no son, sino que valen. Es decir, los valores se sustentan en sí mismos, a diferencia de lo argumentado por el pensamiento tradicional, que los sustenta en la realidad. En lo que sí se continúa la doctrina tradicional es en la diferenciación entre el ser y el deber ser.

Sin embargo, aunque los valores no se fundamentan en la realidad, a veces sí que se traducen en ella, lo que los dota de un sentido relativista e historicista, a pesar de tener un carácter ideal.

Estos valores, objetivos y necesarios, se conocen mediante un acto de preferencia, partiendo del hombre la voluntad de conocerlos. Se conocen a través de la intuición, con un carácter emocional y afectivo.

Los valores, además de ser objetivos, están jerarquizados de mayor a menor importancia, aunque no existe una única jerarquía de valores, como consecuencia de su carácter histórico y relativo. Un ejemplo es la jerarquización que hace Max Scheller (de abajo a arriba).

- Los valores sensibles: agradable y desagradable.
- Los valores vitales: salud y enfermedad.
- Culturales y espirituales:
 - Lógicos: verdad o falsedad.
 - Estéticos: belleza o fealdad.
 - Éticos: justicia o injusticia.
- Valores religiosos.

Los valores poseen las siguientes características:

1. Son independientes, es decir, el valor no depende de la realidad.
2. Bipolaridad entre contenidos positivos y negativos (justicia e injusticia, verdad y falsedad, etc.).
3. Jerarquía. Los valores pueden ser jerarquizados en distintos rangos, de manera subjetiva.

6. Doctrinas que fundamentan el Dcho Nat. en la idea de naturaleza de las cosas (Natur der Sache).

La utilización del término Naturaleza de las cosas es milenario. **Montesquieu** en El espíritu de las leyes nos dice que: las leyes en su significación más extendida son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas.

Aunque normalmente se utiliza el término naturaleza de las cosas de una manera descuidada, en el terreno científico designa una determinada vía de conocimiento, orientada a conocer el orden que emana de las cosas,

el orden inmanente a las propias cosas. Cuando hablamos de cosa en esta doctrina nos referimos a cualquier objeto con relación jurídica, a todo objeto con relación de vida jurídica, como personas, situaciones o acciones. Pero en sentido estricto las cosas son objeto de dominio y de disposición humana, como la propiedad. La persona se entiende como cosa al concebirla como parte de una familia de un grupo social o político, etc.

Sobre este concepto (Natur der Sache) existen doctrinas remotas, desde **Aristóteles**, que estiman que el orden de las leyes de la naturaleza debe equipararse al de las leyes sociales. Estas leyes de la naturaleza de las cosas buscan sus raíces en el orden social, anterior al orden del Derecho.

En la actualidad, esta doctrina se basa en la obra del alemán **Dernburg**:

Las relaciones de la vida social son portadoras en sí mismas de un orden, que puede estar más o menos desarrollado y que es inmanente a las propias cosas. Denburg nos dice que hay que acudir a ese orden en dos casos sobre todo.

1. Cuando falta una norma jurídica.
2. Cuando esta norma se haya incompleta o mal redactada.

Esta doctrina es opuesta a la tesis neokantiana y se acerca, en algún sentido, a las tesis tradicionales en el terreno de la conjunción entre ser y bien.

Estas doctrinas dan un sentido individual y concreto al Dcho natural como fundamento del Dcho Positivo. Sin embargo, el hecho de que conceptos como el de persona varíen a lo largo del tiempo, hace que sean doctrinas relativistas.

Esta corriente va a presentar una doble significación:

1. Una significación material, ofreciendo principios objetivos de justicia, en función de los objetos que el Dcho regula. De la naturaleza de las cosas se extraerán principios para fundamentar o comparar el Dcho Positivo.
2. Una línea formal. Para otros autores esta doctrina no va a ofrecernos contenidos, sino las formas y las estructuras de los aspectos que regula, y el jurista debe acudir a estas formas para estructurar el Dcho Positivo.

7. Neomarxismo y Derecho Natural.

Centrándonos en el autor **Ernesto Bloch** y su obra Derecho Natural y dignidad humana. No es común que un marxista crea en el Dcho Natural y su obra sirvió como fundamento a la llamada teología de la liberación.

Para Bloch, el Dcho positivo se encontraba agotado, en el sentido de la explotación que hasta entonces había propiciado ese Derecho. Bloch va a citar en su argumentación a uno de los mayores enemigos del Dcho Natural, **H. Bergbolmn** que nos dice lo siguiente:

El Derecho Natural sacudió los fundamentos de los siervos de la gleba y de toda dependencia e impulsó la liberación de la tierra y del suelo y liberó las fuerzas productivas, encadenadas por la coacción de unas fuerzas gremiales fosilizadas.

En este párrafo se refiere al valor ideológico del Dcho Natural y, concretamente, a lo que el Dcho Natural racionalista hizo en la Revolución Francesa. Es en ese aspecto, en el aspecto revolucionario, donde no es rechazado por los marxistas.

Para Bloch pueden aparecer diversos postulados falsos del Dcho Natural que se dan como inmutables. Para él, lo único inmutable es la idea de dignidad humana, que ha de ser respaldada por el Dcho Natural, fomentando de este modo su carácter revolucionario.

Marx habla de este modo en una carta a **Ruge**:

Llegará un momento en que se ponga de manifiesto que no se trata de trazar una gran línea divisoria entre el pasado y el futuro, sino de la verificación de las idas del pasado.

En este fragmento se hace referencia que es necesario verificar y asumir las ideas positivas (en el sentido de buenas) que tenga el Dcho Natural expuesto hasta entonces.

Para el marxismo no existían los derechos innatos, como la propiedad, sino que son una conquista a través de la lucha. Esto no supone una liquidación total del Dcho Natural, sino que en éste existen determinados elementos críticos, importantes para sustentar una teoría revolucionaria, como el derecho de resistencia.

Bloch nos dice que lo primero que reivindica el Dcho Natural tradicional son los derechos humanos, mientras que para él, el primer derecho fundamental es el derecho al fruto del trabajo. De este modo critica los derechos humanos en sentido ideal. Critica la justicia ideal, como contenido del Dcho Natural, ya que es inválida para la práctica. Lo mismo hacía Marx, que criticaba la invalidez de la filosofía hasta entonces para solucionar ningún problema real. Para Marx, el contenido del Dcho Natural es la justicia desde abajo, único modo de cambiar la realidad, de cambiar la estructura de la sociedad.

Como conclusión, Ernesto Bloch, siguiendo esta teoría, defiende que el contenido del Dcho Natural no va a estar en el ideal clásico de justicia, sino en la justicia real o justicia desde abajo.

8. El Dcho Natural anglosajón actual: R. Duorkin.

Es extraño encontrar en el Derecho anglosajón un autor que defienda el Dcho Natural, debido a su tradicional pragmatismo.

Duorkin, autor norteamericano afincado en Inglaterra, adopta posiciones de un neoliberalismo progresista. Sucede a **Hart** en la cátedra de la Universidad de Oxford y hace una crítica al positivismo y al utilitarismo. Pretende la creación de una nueva teoría general del Derecho que no excluya los principios morales y éticos, en oposición a la teoría de **J. Bentham**, que denominaba a los derechos humanos disparate con zancos y criticaba sobre todo el Dcho Natural racionalista y la Declaración Universal de Derechos del Hombre. A Duorkin, al contrario, se le llama el anti-Bentham, ya que lo que el propone como Derecho es todo lo contrario a lo defendido por los autores anglosajones. Propone como base del Derecho los derechos individuales o humanos. De este modo, su obra supone una crítica para el positivismo y pretende dar una salida moderada al ius naturalismo como respuesta a los problemas del Derecho.

Nicolás López Calera (catedrático de Dcho en la Universidad de Granada), en su obra Teoría fundamental del Derecho, nos dice que Duorkin no concuerda con los principios del ius naturalismo clásico, hecho que es lógico si se tiene en cuenta el entorno en que se desarrolla su obra. A su ius naturalismo se le conoce como ius naturalismo débil, aunque sí que intenta la recuperación de principios morales para el Dcho, importantes para su aplicación.

Duorkin es la muestra de que el ius naturalismo sigue vivo, incluso en entornos como el anglosajón. La defensa del ius naturalismo por Duorkin tiene varios aspectos:

- Recuperación de los derechos humanos, lo que supone la existencia de unos derechos naturales básicos, que han de ser tutelados por el Estado y ejercidos en algunos casos frente al poder. Estos derechos individuales

van a ser más importantes que la propia legislación escrita, ya que son preexistentes a ésta. Por eso, Duorkin va a contraponer el modelo de reglas defendido por Hurt con el modelo de derechos. Su obra *Los derechos en serio* (1977) responde a este enfrentamiento y en ella se afirma que hay que darles a los derechos individuales incluso más importancia que a las leyes.

– Recuperación de los principios universales y objetivos de moralidad y de justicia para el Derecho Positivo, en una posición claramente antipositivista. Afirma que los jueces, en los casos difíciles, deberán atenerse a principios jurídicos objetivos, incluso antes que a las normas.

De aquí se desprende una famosa distinción de Duorkin entre normas y principios. Él considera que esta distinción es importante para la aplicación del Derecho por parte de los jueces, ya que en casos difíciles o sin una norma clara establecida, hay que acudir a los principios y directrices que son imperativas como la justicia, la honestidad o la moral.

III. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO.

1. Necesidad del Derecho Positivo.

Existen varias posiciones para explicar la relación entre Derecho Positivo y Derecho Natural:

- Positivismo. El Derecho Positivo es el único válido y al margen de él ya no hay Derecho, sino moral o valores. Desde esta premisa no existe relación entre Derecho Natural y Derecho Positivo, ya que el positivo lo abarca todo.
- Posición maximalista o racionalista. Es la diametralmente opuesta a la anterior. Para el racionalismo el Derecho Natural es un amplio código ideal, con pretensión de universalidad, que desplazaría incluso al Derecho Positivo.
- Posición ecléctica o intermedia. Esta posición mantiene que son necesarias ambas ramas del Derecho, complementándose Derecho Natural y Derecho Positivo y cuya suma daría como resultado el Derecho (con mayúsculas).

El Derecho Positivo se da a conocer mediante la promulgación, mientras que el Natural necesita del Positivo para darse a conocer. Cuando se habla de Derecho se utiliza el término aceptando esta posición intermedia. Existen varias razones que avalan esta postura.

1. De acuerdo con el Dcho Natural tradicional sólo los primeros principios son evidentes, principios que son demasiado generales y abstractos para poder llegar a la realidad social. De este modo, se hace necesaria la promulgación de leyes escritas que desarrollen el contenido del Dcho Natural. Mientras que el Dcho Positivo aporta el cuerpo formal del Derecho, el Natural aporta su sentido de justicia, complementándose ambos.

2 El Dcho Natural por sí solo no tiene fuerza sancionadora real. No se puede sancionar a alguien por el incumplimiento de un principio ético–moral, exceptuando al remordimiento personal e individual (sanción en sentido ético), a no ser que vaya unido al Derecho Positivo, que aporta la sanción en sentido jurídico. Lo que aporta aquí el Dcho Natural es un mínimo de moralidad (minimum etico, según **santo Tomás**).

3. El Dcho ha de desarrollarse en base a unas leyes generales y abstractas que no dejen libertad total al juez, que ha de estar supeditado a la ley. Hay diferentes posiciones partidarias del libre arbitrio del juez (**Platón**) y otras que defienden su sujeción al Dcho escrito (**Aristóteles**). En el siglo XIX, predominantemente positivista, surgen corrientes contrarias a esta postura, como la Escuela Libre del Dcho, con **H. Kanterowick**, contrario al positivismo y partidario de conceder al juez una amplia libertad y arbitrariedad para poder dictar sentencias.

El Dcho Positivo es claramente necesario y sólo mediante él es viable la seguridad jurídica, que nos proporciona certeza sobre cuáles son nuestros derechos y obligaciones. Sin embargo, el Dcho Positivo debe incluir los ideales de justicia del Dcho Natural.

2. Idea de concreción en la doctrina moderna: análisis del artículo 1º del Código Civil español.

Al hablar de Dcho Natural tradicional nos encontramos con dos vías de concreción del Dcho Natural: la vía de conclusión y la de determinación próxima. Por estas vías se trasvasaban normas completas del Dcho Natural al Positivo. En la actualidad, **Karl Engisch**, en su obra La idea de concreción, mantiene que este trasvase se produce a través de la concreción, que es un método parecido a la vía de determinación próxima. También se acude al sentido de la prudencia, pero existe la diferencia de que ahora lo que se trasvasa son principios y no normas completas, por lo que es posible hablar de principios generales del Derecho. Donde primero se ve este trasvase de concreción en la Constitución, como norma fundamental de la que se derivan el resto de normas.

Los principios generales se pueden entender de diferente manera, dependiendo de su naturaleza jurídica.

1. Para el Positivismo serían juicios de carácter general que ordenan la vida social, pero que sólo tienen validez al estar incluidos en el Dcho Positivo. Se encuentran informando al Dcho Positivo.
2. Para el ius naturalismo extremado, los principios generales del Dcho son el resultado de concretizar el Dcho Natural en el Positivo. Los principios generales del Dcho serían Dcho Natural, que se positiviza a través de la concreción.
3. Existe una posición intermedia que mantiene que los principios generales del Dcho son principios de Dcho Natural, pero que al ir positivándolos aparecen cada vez más concretos y unidos a instituciones de Dcho Positivo. Estos principios, procedentes del Dcho natural, han de coincidir con determinadas instituciones del Dcho Positivo al concretizarse y si estos principios contradijeran algún apartado del Dcho escrito no serían válidos.

La legislación positiva española, en el capítulo 1º del Título Preliminar del Código Civil, recoge los principios generales del Dcho como fuente del mismo, además de las fuentes formales del Dcho:

Artículo 1º. 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. la costumbre sólo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la ley y al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado,

establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre u los principios generales del Derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

En este artículo se establece una jerarquía, situando como fuente principal del Dcho a la ley, en defecto de esta a la costumbre y, con un papel subsidiario, los principios generales del Dcho, en defecto de las dos anteriores, aunque sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

Donde primero se concretizan los principios generales del Derecho es en la Constitución, como norma superior y fundamental del Estado. Estos principios se suelen proclamar solemnemente y responden a convicciones, creencias y a la moral social del país.

La Constitución española vigente proclama a los principios generales del Dcho como valores supremos. De este modo, en el artículo 1º aparecen valores como igualdad, libertad, justicia y pluralismo político. En el artículo 10º, párrafo 1º, aparece la idea de dignidad de la persona humana como un valor elevado a principio general. En el Título I, el capítulo 2º hace referencia al respeto a los derechos y libertades. El Capítulo 3º del mismo Título especifica en su título Principios rectores de la política social y económica y, concretamente, el artículo 53, párrafo 3º, dice que estos principios informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Federico de Castro en su obra Derecho Civil de España señala desde el punto de vista de la doctrina una triple función para los principios generales del Dcho:

1. Los principios generales del Dcho van a constituir el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, hasta el punto de que son los que le dan unidad y sentido unitario al mismo.
2. Los principios generales del Dcho consistirán en normas orientadoras para la interpretación de las leyes por parte de jueces y tribunales y por parte de los propios legisladores (legislación auténtica).
3. Constituirán un sistema de complementación de las lagunas de la ley, es decir, cuando no existe ley ni costumbre aplicable a una situación concreta, el juez ha de resolver acudiendo a los principios generales del Dcho, creando de este modo una nueva norma.

El artículo 1º, párrafo 7º, del Código Civil Español dice que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Esto implica que cuando el juez dicte sentencia sin que exista una ley escrita precedente debe acudir a los principios generales del Derecho.

LOS FINES DEL DERECHO.

TEMA 4. EL BIEN COMÚN.

1. CARÁCTER TRASCENDENTE E INMANENTE DE LOS FINES DEL DERECHO.

Como ya se ha visto, el orden del Dcho se caracteriza por servir a una serie de órdenes específicos, como la seguridad jurídica, que lo diferencian de la moral u otras áreas. Estos fines, de manera jerarquizada son: el bien común, la justicia y la seguridad jurídica.

Para que el Dcho Positivo sea justo debe recoger estos principios. Sin embargo, existen diferentes teorías acerca de la naturaleza de estos fines:

· Posición neokantiana (corriente filosófica que surge a finales del siglo XIX para intentar superar el positivismo). Los fines consistirán en una serie de ideas que han de iluminar el Dcho Positivo. Son ideas que trascienden la propia realidad del Dcho. Para los neokantianos los fines del Dcho se encuentran siempre dentro del Dcho Positivo, por lo que tienen una concepción relativista de los mismos, ya que su contenido variará a lo largo de la historia.

· Pensamiento tradicional. El Derecho para ser justo debe desarrollar sus fines. Esto quiere decir que el Dcho y sus fines estarían unidos, resaltando la inmanencia de los fines del Dcho al propio Dcho. Se produce, de este modo, una conjunción entre ser y deber ser. Esta posición resulta exagerada, ya que el Dcho Positivo no siempre conlleva la aplicación de la justicia.

Como conclusión, se puede establecer que los fines del Derecho son tanto trascendentes como immanentes, ya que el Dcho tiende siempre a desarrollar los ideales de justicia y a recoger estos principios. Sin embargo, no es posible la perfección de un Dcho Positivo totalmente justo, con lo que será necesario recurrir en ciertos momentos a fines trascendentes al Dcho.

Para los neokantianos los fines del Derecho jerarquizados serían: la oportunidad jurídica, la justicia y la seguridad jurídica.

Sin embargo, la jerarquización más generalizada es: bien común, justicia y seguridad jurídica.

2. BIEN COMÚN INMANENTE Y BIENES PARTICULARES: CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL BIEN COMÚN.

Se puede hablar de bien común desde una doble perspectiva: el bien común que trasciende a la realidad y el bien común inmanente, que es hacia el que se dirige el hombre como individuo y la sociedad.

Se puede hacer una jerarquización de la idea de bien común inmanente (de menos a más):

1. El bien individual. Corresponde a la dimensión individual de la naturaleza humana. El bien individual será el objetivo hacia el que se dirige la persona para cumplir con sus fines existenciales. Esta idea se encuentra a caballo entre el existencialismo y el aristotelismo.

2. Bien parcial o particular. Corresponde a la persona inserta en la comunidad, formando parte de grupos sociales menores o cuerpos sociales intermedios, como un municipio o una comarca natural. Estos grupos intermedios tienen un bien que conquistar, por lo que les corresponde una parcela del bien común total. Esta parcela que les corresponde no puede ser absolutizada por el Estado, como representante del bien común en su totalidad.

3. Bien común supremo o total, representado por el Estado como grupo máximo. Este bien común del Estado garantizará a su vez los bienes comunes menores y no los absolutizará. El Estado ha de ayudar al desarrollo de los bienes particulares.

A la vez que se describen las diferentes categorías del bien común se muestra una concepción orgánica de la sociedad. Autores como **Thomas Hobbes** en *El Leviatán* mantienen una posición contraria, con una concepción rectilínea de la sociedad, en la que sólo existiría el bien común del Estado. No sería una sociedad jerarquizada, sino absolutizada.

Con esta gradación se muestra que entre el individuo y el Estado existen una serie de grupos sociales con su propia estructuración y bien particular, como es el caso de los municipios o las comarcas. Todos estos grupos sociales menores deben dirigirse a la consecución del bien común total y no pueden dispersarse en diferentes direcciones.

Existen diferentes concepciones acerca de la relación entre la persona y el Estado o bien común.

- Filosofía individualista, correspondiente al Estado liberal decimonónico. Aquí el Estado va a garantizar el libre juego de los intereses individuales. El individuo es lo primero, pero queda a merced de sí mismo, pasando el Estado a un plano secundario. El Estado deja hacer y no interviene en el bienestar de los ciudadanos. Esto correspondería a una doctrina francesa de finales del siglo XIX conocida como el dejar hacer. El Estado habría de garantizar la libertad de competencia entre los individuos, lo que conlleva siempre el beneficio de los más poderosos. Este tipo de sociedad está caracterizada por la insolidaridad.

- Posición colectivista. El bien común que representa el Estado cumple con un papel supletorio y la existencia del Estado no se extiende a parcelas que no le correspondan. El Estado ha de respetar los ámbitos individuales y de grupos menores y no absorbe esas competencias, sino que garantiza la redistribución del bien común. Estamos ante un Estado social de Derecho. Sin embargo, este reconocimiento de los grupos sociales intermedios varía según el país: es muy amplio en Alemania, muy escaso en Francia e intermedio en países como Italia o España.

3. ASPECTO FORMAL O ESTRUCTURAL DEL BIEN COMÚN.

a) El principio de subsidiariedad como principio de estructuración de la sociedad y el Estado.

Existen teorías que confunden los principios de subsidiariedad y solidaridad, pero existen importantes diferencias que los distinguen.

Subsidiariedad viene de subsidium que significa ayuda y está incluido como principio en la teoría de la Iglesia, lo que provocó el rechazo de algunos pensadores. Donde primero aparece este principio es en la encíclica Rerum novarum de León XIII y, a la vez, en el socialismo humanista francés del siglo XIX. Se trata de un principio que sirve para estructurar el Estado. Es un principio de estructuración de la sociedad y el Estado desde el punto de vista orgánico, definiendo las competencias y naturaleza de los cuerpos sociales intermedios. Responde a dos características esenciales: pluralidad y proporcionalidad:

- **Pluralidad.** Se refiere a la cantidad. El bien común del Estado está estructurado en base a una pluralidad de grupos sociales menores. También se refiere secundariamente a la calidad, ya que cada uno de los grupos sociales menores tiene su propia naturaleza. El Estado también tiene unos fines que cumplir, pero no puede intervenir en los fines de cada uno de los grupos. Esos grupos sociales o comunidades son, en sentido ascendente: la familia, el municipio, la comarca natural, la región natural y el Estado, como representación máxima del bien común. Estos grupos sociales han de confluir en el bien común y ayudar a la potenciación del Estado. Este tipo de sociedad responde a la supraordenación y subordinación de los grupos sociales con respecto al bien común.

El principio de subsidiariedad no aparece en ningún momento en la Constitución. Sin embargo, su sentido sí responde a este principio.

- De este modo, en el artículo 2º se habla de una sola nación, pero reconociendo la existencia de comunidades y grupos sociales menores.

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

- El Título VIII (de la organización territorial del Estado), capítulo 1º, artículo 137 dice:

El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se

constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

Desde el punto de vista del Derecho Natural sobraría la provincia que no responde a una comunidad real, organización decimonónica por Javier de Burgos para el control administrativo del territorio.

· Título VIII, Capítulo segundo, artículo 140, donde se regulan la autonomía de los municipios:

La constitución garantiza la autonomía de los municipios. Éstos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales...

· Título VIII, Capítulo segundo, artículo 141, apartado 1º, donde se regulan las provincias:

La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado.

· Título VIII, Capítulo segundo, artículo 141, apartado 2º, donde se regulan las comarcas naturales:

Se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia.

En el capítulo III del Título VIII se regulan las comunidades autónomas.

· Título VIII, Capítulo tercero, artículo 145, apartado 1º, donde se prohíbe la federación de comunidades autónomas:

En ningún caso se admitirá la federación de comunidades autónomas.

· Título VIII, Capítulo tercero, artículo 148, donde se recogen las competencias de las comunidades autónomas:

Las comunidades autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:...

· Título VIII, Capítulo tercero, artículo 149, apartado 1º, donde se recogen las competencias exclusivas del Estado:

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:...

· Título VIII, Capítulo tercero, artículo 149, apartado 3º, donde se establece que el Derecho estatal será en todo caso supletorio del autonómico:

(...) El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las comunidades autónomas.

· Título VIII, Capítulo tercero, artículo 151, donde se regula la creación de los estatutos de primera división.

En cuanto al Estatuto de autonomía de la Región de Murcia (1982).

· Artículo 1, donde se configura la personalidad de la comunidad autónoma

1. La provincia de Murcia, como expresión de su entidad regional histórica, dentro de la indisoluble unidad de España, se constituye en Comunidad Autónoma, para acceder a su autogobierno, de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto, que es su norma institucional básica.

2. La Comunidad Autónoma, que se denomina Región de Murcia, asume el Gobierno y la Administración autónomos de la provincia de Murcia.

· Artículo 3, apartado 1º, donde se estructura el territorio regional y su sociedad, reconociendo la existencia no sólo de los municipios, sino también de las comarcas naturales:

El territorio de la Región es el de la actual provincia de Murcia, que se organiza en municipios y comarcas o agrupaciones de municipios limítrofes, basadas en criterios históricos, naturales, geográficos, socioeconómicos, culturales o demográficos. Estas entidades gozarán de la personalidad jurídica y autonomía que les sean atribuidas por las Leyes.

– **Proporcionalidad.** El Estado y la sociedad están constituidos por grupos menores, que está relacionándose entre sí, y a su vez en relación con el Estado. Cada uno de estos grupos sociales tiene su propia entidad y naturaleza, de donde se van a desprender una serie de fines que han de desarrollarse y que tienen fijados los límites de sus competencias. Es decir, las competencias de cada grupo no pueden ocupar las de otro grupo, al igual que el Estado no puede atribuirse competencias que no le son propias.

Ya **Aristóteles**, en el libro V de La República, al tratar del bien común habla de la participación de los grupos menores en este bien y de la proporcionalidad de esta participación. Es decir, cada grupo participará proporcionalmente a sus fines.

b) El principio de solidaridad y la Constitución española de 1978.

La solidaridad es distinta de la subsidiariedad, configurando la suma de ambos principios la estructuración del Estado. A diferencia del de subsidiariedad, el principio de solidaridad aparece explícitamente en la constitución.

El profesor **J. Messner**, en Ética social, define la solidaridad:

Cooperación efectiva que se encuentra regulada y garantizada por las leyes y la autoridad, teniendo que hacer que se cumpla la solidaridad por los diferentes miembros que constituyen la sociedad para la conservación del bien común.

En esta definición se resalta la idea de cooperación efectiva, que significa relación y ayuda entre los grupos sociales y a su vez relación con el Estado. Se habla de una autoridad, ya que es necesaria la existencia del Estado como garante del bien común para que asegure la solidaridad entre las comunidades.

El principio de solidaridad conlleva dos aspectos:

1. El estado debe proporcionar la ayuda a los grupos sociales menores.
2. Debe haber una solidaridad entre los distintos grupos sociales menores.

En definitiva, solidaridad significa ayuda.

· El artículo 2 de la Constitución recoge la solidaridad entre las regiones que conforman la nación:

*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y **la solidaridad entre todas ellas.***

· Artículo 138, apartado 1º, donde se regula que el Estado ha de garantizar el principio de solidaridad entre los

territorios:

El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.

· Artículo 158, apartado 2º, donde se prevé la creación de un fondo común para paliar las desigualdades existentes, de acuerdo con el principio de solidaridad:

Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso.

· En el Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, artículo 9, apartado 2, letra F, donde establece la necesidad de promover la solidaridad entre municipios y comarcas, y externa de la Región con otras comunidades:

(la comunidad autónoma velara por) F. Promover la solidaridad entre los municipios y comarcas de la Región y de ésta con las demás Comunidades Autónomas de España, utilizando para ello cuantos medios le concede la Constitución, el presente Estatuto y las Leyes.

Como conclusión, cabe decir que es necesaria una estructuración de la sociedad y del Estado, al menos parecida a la de la Constitución española, ya que la persona antes de sentirse miembro de la sociedad estatal se encuentra inmersa en su municipio y comunidad, viendo el Estado en principio como algo lejano. En la mayoría de los casos la vida discurre en un reducido entorno natural que es bueno que esté dotado de amplias competencias políticas.

4. ASPECTO MATERIAL O DE CONTENIDO DEL BIEN COMÚN.

Los contenidos del bien común son un conjunto de bienes de toda índole que posibilitan la existencia de la persona humana en sociedad. Hay bienes no tangibles de índole espiritual y cultural. También hay bienes tangibles y materiales, que corresponden a los individuos y grupos sociales menores, como la propiedad o el trabajo.

La conquista de estos bienes se de hacer mediante el trabajo a través de la cooperación social, que se refiere a la conquista de los bienes con un sentido solidario. La sociedad en abstracto ha de convertirse en una comunidad, que es una sociedad organizada en la que las parcelas del bien común se adquieren de forma solidaria. Nos referimos a un tipo de Estado que garantice el bienestar de los ciudadanos y posibilite el acceso de éstos a las parcelas del bien común que les correspondan. Este tipo de Estado es el opuesto al estado liberal burgués, totalmente insolidario.

El ideal de adquisición de los bienes sería con la persona humana inserta en los grupos sociales menores y éstos a su vez en el Estado, garantizando éste la distribución correcta y solidaria de esos bienes.

5. EL BIEN COMÚN COMO FIN DEL DERECHO: RELACIONES ENTRE BIEN COMÚN Y DERECHO.

Este apartado está dirigido a demostrar cómo las ideas expuestas han de desarrollarse a través del Derecho escrito. Los aspectos material y formal del bien común tienen que plasmarse en la sociedad a través del Derecho escrito.

Los contenidos del bien común son dinámicos y tienen que adaptarse a la época histórica. También ocurre que

se entienden de manera distinta los contenidos del bien común dependiendo de la ideología política.

Los contenidos del bien común se concretizan a través de la justicia social.

· Posibles relaciones entre bien común y Derecho:

– Desde el punto de vista material. Los contenidos del bien común son más amplios que los del Derecho, puesto que el Derecho se reduce a cuestiones estrictamente jurídicas. Hablamos de bien común como fin del Derecho cuando éste tiene un carácter jurídico. También hay aspectos del Derecho que no tienen relación con el bien común. Es necesario tener en cuenta algunos elementos para delimitar bien común y Derecho:

1. Esta delimitación se llevará a cabo a través del Derecho Natural. Los contenidos de justicia del Derecho Natural son los que marcarán la diferencia entre bien común jurídico y bien común no jurídico.

2. El bien común se desarrolla a través de los grupos sociales menores y hay que concebir al individuo como miembro de estos grupos.

3. Los fines a desarrollar por el Derecho Positivo están contenidos previamente en el bien común jurídico. Los legisladores han de perseguir esos fines a la hora de elaborar las leyes.

· Desde el punto de vista formal. El Derecho tiende a perfeccionar la vida social para la consecución del bien común. Para ello ha de desarrollar los principios de subsidiariedad y solidaridad. Esto quiere decir que el orden social debe responder a un orden plural, proporcional, analógico y solidario. La estructura de la sociedad ha de responder a los principios de solidaridad y subsidiariedad.

Si se constata un pluralismo social, paralelamente debe existir un pluralismo jurídico. El Derecho del Estado tiene que responder a esa pluralidad, lo que conlleva que no sólo se tenga en cuenta el Derecho que emane del Estado, sino también el de los grupos menores (comunidades autónomas). F. Utz, catedrático de la Universidad de Viena, nos dice que *el Derecho del Estado es una reserva de orden*.

Nuestra Constitución en su artículo 149 nos dice que el Derecho estatal ha de ser en todo caso supletorio del de las comunidades autónomas y el propio Utz defiende que el Estado ha de garantizar y ayudar a la existencia de las comunidades autónomas y grupos sociales menores, garantizando su autonomía legislativa.

Siguiendo esta teoría la Constitución española en su artículo 152-1 establece la existencia de un órgano legislativo en cada comunidad autónoma y el estatuto de Autonomía de la Región de Murcia en Título II, cap. 2, a partir artículo 20 se van describiendo los órganos de poder regionales, comenzando por la Asamblea Regional, que ostenta la autoridad legislativa.

Como conclusión, el bien común necesita del resto de fines para desarrollarse mediante el Derecho Positivo. El fin esencial que necesita es la justicia, a través de la que se van a repartir las parcelas del bien común.

TEMA 5. LA JUSTICIA. (Tres primeras cuestiones igual que en Aristóteles)

1. LA JUSTICIA COMO VIRTUD GENERAL.

2. LA JUSTICIA COMO VIRTUD PARTICULAR: CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA.

3. ESPECIES TRADICIONALES DE JUSTICIA EN CUANTO VIRTUD PARTICULAR.

a) Justicia distributiva.

b) Justicia correctiva o sinalagmática.

4. NUEVAS CLASES DE JUSTICIA: LA JUSTICIA SOCIAL.

• La justicia social.

La justicia social es la justicia por excelencia del bien común. Esta justicia tendrá que adoptarse a la estructuración del bien común y la sociedad.

La justicia social surge a mediados del siglo XIX en Europa como consecuencia de las desigualdades económicas y las diferencias de clases en la sociedad. Este tipo de justicia abarca contenidos sociales, económicos y culturales. Lo que intenta es solucionar las grandes desigualdades económicas, producidas por el liberalismo y el capitalismo.

Para luchar contra estas desigualdades surgen una serie de corrientes, entre las que se encuentra el Marxismo o el catolicismo social francés, dentro del seno de la Iglesia y previo a lo que después se llamó doctrina social de la Iglesia.

Las técnicas de estas doctrinas eran distintas: el marxismo propugnaba por la lucha de clases para conseguir sus pretensiones, mientras que la doctrina católica defiende otros métodos para la consecución de esas mismas pretensiones

Esta pretensión es la justicia social, persiguiendo que el Derecho positivo recogiese lo que todavía se consideraba solamente Derecho Natural de la sociedad, inherente a los grupos sociales y a los individuos como miembros de los mismos. El objetivo es regular las relaciones entre capital y trabajo no mediante los mecanismos tradicionales sino de acuerdo con la justicia social.

Estos derechos naturales que se pretendía trasvasar al Derecho positivo para convertirlos en derechos humanos son los llamados derechos humanos de segunda generación. En los estados liberales decimonónicos se recogían los derechos formales o políticos, pero era impensable recoger esta segunda generación, que sólo se empezaría a introducir a partir de la II Guerra Mundial.

Hay dos aspectos fundamentales que caracterizan a la justicia social:

1. Hace hincapié en las obligaciones que se derivan de la naturaleza social del hombre.
2. Hace también hincapié en la finalidad social que debe comportar la riqueza.

Este segundo aspecto es el más importante. En el artículo 33 de la Constitución se habla de la función social de la propiedad.

Luño Peña en su obra *Derecho Natural* define la justicia social de la siguiente manera:

La justicia social es la que regula en orden al bien común las relaciones de los grupos sociales entre si y de los individuos como miembros suyos, de suerte que cada grupo dé a los demás aquella parte del bien social a que tiene derecho en proporción a los servicios que contribuyen a este bien.

La justicia social debe estructurarse de igual manera que la sociedad y desarrollarse de acuerdo a los principios de solidaridad y subsidiariedad. De este modo, la justicia social ha de desarrollarse en distintas vertientes desde el Estado en sentido descendente hacia los distintos grupos sociales menores y, en sentido ascendente, cada uno de estos grupos menores según su naturaleza deberá proporcionar al Estado (bien común) lo que le corresponda según sus fines. Una tercera vertiente es la colateral, que representa la relación

de ayuda mutua entre los diferentes grupos sociales menores.

Todos estos movimientos son regulados y ordenados mediante la justicia social. De ahí que tanto **Messner** (*Ética general y aplicada*) como **Utz** (*Ética social*) mantengan que la justicia social es la justicia por excelencia del bien común. Ambos autores nos dicen que la justicia social atiende sobre todo a los intereses de los grupos sociales y de las personas formando parte de éstos. También nos dicen que este tipo de justicia se desarrolla del mismo modo que el bien común, es decir, de acuerdo con los principios de solidaridad y subsidiariedad.

La estructura social implica un pluralismo social y político, por lo que el orden jurídico debe coincidir, de acuerdo con la justicia social, no sólo con el Estado sino también con los grupos sociales intermedios.

La justicia social coincide en algún aspecto concreto con el marxismo, que pretende incluir el orden económico en el Derecho. Es en éste terreno en el que la justicia social coincide con la teoría de **Ernest Bloch**, aunque se difiere en el método.

La justicia social cuenta con tres funciones fundamentales:

1. Función de subordinación: los distintos grupos sociales se subordinan a la consecución del bien común.
2. Función integradora: los grupos sociales menores se integran dentro del cuerpo social, pero esta integración no supone que desaparezcan los fines propios de cada uno de los grupos.
3. Función de coordinación: entre los grupos sociales y, a su vez, entre los grupos sociales y el Estado como representante del bien común.

Como se ve, la justicia social es más completa que el resto de especies de justicia. Las características que las diferentes doctrinas le atribuyen son:

- La justicia social es propia del Derecho Natural, ya que rebasa los contenidos del ordenamiento jurídico positivo, al reclamar que se introduzcan en éste nuevos derechos todavía no plasmados.
- La justicia social es una justicia de la sociedad antes que del Estado, ya que donde primero se ha de apreciar el desarrollo es en los grupos sociales menores.
- Es una justicia de contenido eminentemente económico, ya que uno de sus fines fundamentales es regular las relaciones entre capital y trabajo. Pero aparte del contenido económico, tiene otra serie de contenidos que también han de ser distribuidos, como los culturales o sociales.

Cada una de las teorías existentes hacen hincapié en uno de los aspectos de esta justicia, por ejemplo, el marxismo resalta el contenido económico.

Uno de los primeros ejemplos donde se recoge esta doctrina es en la Constitución alemana de Weimar en 1919. Tras la II Guerra Mundial, su aplicación se generalizaría con la extensión del Estado social en sustitución del Estado liberal y capitalista.

5. LA JUSTICIA PROTECTIVA.

La justicia protectiva surge también tras la II Guerra Mundial en Alemania, en una obra del filósofo del Derecho **Helmut Coing** titulada *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Aquí aparece por primera vez esta especie de justicia, cuyo contenido es esencialmente político, a diferencia de la justicia social. Su finalidad es la protección del Estado de Derecho.

La justicia protectora se ha identificado a veces con la justicia legal o con la social, pero se diferencia de ambas en su contenido eminentemente político.

Su objetivo es regular las condiciones de poder en un Estado, intentando evitar un posible abuso de poder, de acuerdo con una máxima sociológico-política que dice que el poder político aspira a la sumisión absoluta, es decir, el poder tiende a abusar y absolutizar el resto de parcelas del Estado.

El Derecho no puede tolerar estos abusos, que conllevan renuncia a los derechos humanos. Esta no tolerancia se muestra a través de la justicia protectora, que trata de someter todo poder a Derecho.

La formulación más clásica del principio de control del poder se encuentra por primera vez y de una forma científica en *El espíritu de las leyes*, libro XI, cap. IV de **Montesquieu** (s. XVIII):

Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder político se inclina por el abuso y prosigue hasta que encuentra sus límites.

Este texto es la expresión de lo que se debe ocupar la justicia protectora. Su alcance es asegurar los derechos humanos, mediante los límites al poder político. Montesquieu fija para este control la división de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Su intención con este dogma de la separación de poderes es asegurar el control al poder, mediante el contrapeso entre los distintos titulares del mismo.

Montesquieu es el primero que hace esta división de una manera científica, aunque ya **Aristóteles** había diferenciado entre estas tres funciones del poder. La justicia protectora a de proteger esa separación de poderes.

Los fundamentos para explicar la necesaria limitación al poder político son:

1. Los límites del poder político se encuentran en la propia naturaleza de las cosas. Esto implica que todo poder lleva intrínseca una finalidad que debe cumplir, la finalidad de servir a la comunidad. Esta autodelimitación se encuentra implícita en el dogma de la separación de poderes de Montesquieu:

- El poder ejecutivo está representado por el jefe del Estado y el Gobierno.
- El poder legislativo representa la voluntad política del Estado, mediante las Cortes y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.
- El poder judicial, representado por los tribunales de justicia, encargado de interpretar y aplicar las leyes, con independencia de influencias políticas, religiosas o culturales.

2. Límite del poder político en el respeto a los derechos humanos. Un Estado de Derecho debe reconocer, respetar, desarrollar y garantizar los derechos humanos. Estos derechos han de estar positivizados a nivel constitucional. Existen limitaciones a estos derechos en casos excepcionales (excepción, alarma y sitio), pero con la intención de reponerlos una vez acabada esa situación.

3. Todo poder tiene que ser supervisado. Además de la separación de poderes y el respeto a los derechos humanos, es necesaria la existencia de una última instancia que revise las leyes y las sentencias de los tribunales para comprobar si se ajustan o no a la constitución (Tribunal Constitucional).

6. LA TEORÍA DE LA JUSTICIA EN LOS TEÓRICOS ANGLOSAJONES MODERNOS: J. RAWLS.

Este autor desarrolla su obra a mediados del siglo XX. Ninguna obra de filosofía política ha despertado tanto interés en Europa como su *Teoría de la justicia* (1971).

Este interés se explica por los valores éticos y morales que aparecen en esta época y por el marco histórico en que se da. Es una situación de crisis de valores en EE.UU. debido en buena parte a la Guerra del Vietnam y la posterior derrota norteamericana. Esto supuso dos factores importantes para mover las conciencias y la filosofía estadounidense:

- Creciente desconfianza hacia el utilitarismo, que centraba todo en la economía.
- Desencanto de la filosofía analítica, secuela del neopositivismo, que no se ocupaba de problemas éticos o morales.

John Rawls trata de dar soluciones a esta situación asumiendo determinados postulados de la teoría kantiana, como la teoría de los seres noumenales (seres racionales), que eligen libremente sus principios morales. Lógicamente, la teoría de **Kant** no se asume de una forma íntegra sino adaptada. También recibe influencias de la teoría contractualista, que defiende el origen pactista del Estado.

Teniendo en cuenta esta asimilación, Rawls dirige sus críticas contra el intuicionismo y el utilitarismo, sobre todo contra esta última corriente, que había surgido en Inglaterra y defendía un método constructivo.

Para superar estas corrientes, Rawls recurre a la tradición contractualista kantiana. No trata de demostrar si en algún momento existió ese concreto pacto, sino que lo utiliza para describir determinadas situaciones en las que los hombres pueden dar su consentimiento a determinadas formas de sociedad y de poder, en lo que supondría un consentimiento universal hipotético.

Mientras que para Kant esta teoría servía para fundamentar el establecimiento del Estado, Rawls la traslada al establecimiento de ciertos principios de justicia, que habrían sido aprobados por consentimiento universal y que servirían para examinar las estructuras sociales y políticas.

La definición que Rawls hace de los principios de justicia es la siguiente:

Los principios de justicia son aquellos principios que establecen criterios para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y deciden la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social.

Los principios de justicia van a establecer criterios para examinar el respeto a los derechos y deberes por la estructura política y social. También definirán la distribución de los beneficios y cargas de la cooperación social (distribución del bien común). Esto supone una novedad dentro del pensamiento norteamericano, que en algunos sectores llegó a tachar a Rawls de socialista.

Rawls nos dice que los principios de justicia deben regir en una sociedad bien ordenada y destinada a conseguir el bien de sus miembros, donde todos los mismos principios de justicia, incluidas las instituciones. Adopta una posición muy parecida a la de la justicia como equidad, según la cual los principios de justicia van a ser elegidos por personas libres y puramente racionales, en una posición de igualdad, imparcialidad y equidad.

Para la elección de estos principios va a imaginar una posición ficticia: posición originaria, que consiste en una reunión de seres puramente racionales, libres y autointeresados, que se encuentran tras un velo de ignorancia que les hace desconocer los hechos particulares respecto de si mismos y de la sociedad. Este origen va a suponer una construcción kantiana, en cuanto al carácter de autonomía de los principios, sin impresiones exteriores. Kant habla de la moral subjetiva, la moral sin tener en cuenta los dictados del exterior.

Una vez que se estipulan las condiciones de la posición originaria, se ponen en movimiento eligiendo cada uno de los participantes un principio de justicia para someterlo al voto de los demás. Rawls nos dice que si se

sometiera a votación una lista de principios de justicia se llegaría casi por unanimidad a estos dos principios:

1. Casa persona debe tener un derecho igual al sistema más extenso de libertades básicas y todo esto debe ser compatible.
2. Haciendo referencia a lo polémico en la sociedad norteamericana, defiende que las decisiones sociales y económicas deben estar dispuestas para satisfacer:
 - El mayor beneficio de los que se encuentran en posiciones menos aventajadas, de acuerdo con un principio de diferencia.
 - Esas diferencias deben de adjudicarse a todos bajo las condiciones de una equitativa igualdad de aportación.

El primer principio se refiere a la libertad de tipo político, a los derechos humanos de la primera generación. En cambio, el segundo principio se refiere a la justicia social a los derechos discutidos en la sociedad norteamericana.

Rawl ordena estos dos principios en un orden de prioridades, primando el primero sobre el segundo en una sociedad con un mínimo de desarrollo económico.

7. RELACIONES ENTRE DERECHO Y JUSTICIA.

A lo largo de la historia del pensamiento cada una de las teorías ha mantenido posiciones distintas sobre estas relaciones. Esta polémica se agudiza tras la II Guerra Mundial, ya que este hecho implicó el renacer del Derecho Natural, en contraste con el Positivismo, predominante hasta entonces.

• Posición positivista.

En principio esta posición mantiene una tesis separadora entre justicia y Derecho. El problema de estas relaciones sería propio de filósofos, pero no de juristas, cuya única misión es conocer la realidad del Derecho y no el valorarlo.

Las posiciones más extremas llegan a contradicciones como equiparar justicia y Derecho. Se dice que el problema de estas relaciones es un problema metajurídico y que sólo se puede hablar de justicia cuando sus principios se hallan equiparados al Derecho positivo, en la llamada tesis equiparadora. La categoría de justicia surge de la voluntad del legislador y todo lo que éste plasme en la ley, sin que haya lugar para la equivocación al ser considerado representante de la voluntad popular.

Según **Kelsen** *la justicia es el objeto del Derecho*, por lo que será justo lo que el Derecho dé por justo en cada momento.

Caben varias críticas posibles a esta postura:

- La posición positivista es insatisfactoria porque no se puede dar una definición de Derecho al margen de los valores. No se puede mantener una postura positivista cuando se habla de justicia, ya que ésta es un valor jurídico que sirve para fundamentar y enjuiciar el Derecho positivo.
- Si se acepta la posición extrema, las aspiraciones de justicia del Derecho ya se encontrarían dentro del mismo y los contenidos de justicia llegarían a agotarse en un determinado momento.

• Posición formalista.

Se puede apreciar en esta posición una cierta superación del Positivismo al empezar a aceptar que el Derecho puede ser justo o injusto.

Es la posición que mantiene **Rodolfo Stamler**, que habla de un Derecho Natural como principio vacío. Él da una definición de Derecho en donde todavía no hace referencia a la justicia:

Es un querer entrelazante, autárquico e inviolable.

Otro autor de esta posición es Gustavo Radbruch en una primera etapa de su pensamiento con su obra *Filosofía del Derecho*. Para él el Derecho es una realidad cultural y debe recoger el valor de justicia que impregnará esa realidad cultural. El Derecho sería una especie de ensayo de realización de la justicia, pero puede ser que este ensayo fracase, no asumiendo los valores culturales vigentes. A este Derecho fracasado se le conoce como Derecho injusto.

Las críticas a esta postura son similares a las del positivismo, pero con la salvedad de que estas corrientes sí hacen referencia a determinados valores.

• **Posición ius naturalista, axiológica o valorativa.**

Afirma que el Derecho no puede desarrollarse al margen de la justicia. La justicia es un valor referido directamente al Derecho positivo, lo que lo hace de obligado cumplimiento.

Desde esta posición, la justicia no es un esquema formal (Stamler), sino que va a propiciar contenidos efectivos para el Derecho. Existe una función equiparadora entre Derecho y justicia.

El orden del Derecho es real y objetivo y se va perfeccionando en la medida en que va desarrollando la justicia. El Derecho es el objeto de la justicia y no a la inversa.

El orden de Derecho es un orden racional que no inventa por sí mismo la idea de la justicia, sino que viene dada por el Derecho Natural. El legislador para definir lo justo ha de contar con el Derecho Natural y sus valores, ya que es en éstos valores donde se encuentran los contenidos de la justicia.

TEMA 6. JUSTICIA Y EQUIDAD.

1. Planteamiento ético de la equidad: noción de la misma.

El concepto de la equidad en sentido jurídico se remonta a Aristóteles, pero autores como Sófocles y Platón hablan ya de este término, aunque no en un sentido estrictamente jurídico.

Aparece por primera vez en el Libro V, capítulo X de *Ética para Nicómaco* de Aristóteles. Para él la equidad se fundamentaba en la naturaleza del hombre, pero también en las leyes positivas. Aristóteles se da cuenta de que se pueden cometer injusticias si se aplica la ley demasiado rigurosamente. Nos dice que lo equitativo no es lo mismo que lo justo legal, pero tampoco es algo totalmente distinto. Afirma que, a veces, mediante la equidad se conoce mejor el Derecho general.

Aristóteles define equidad como *adecuación de la ley general al caso concreto*. La causa de esta adecuación es que en muchos casos si se aplica a determinadas situaciones concretas esa ley se comete una injusticia, ya que cuando se desarrolla una ley se hace con un sentido general y abstracto, obviando muchas situaciones concretas. Con la equidad se corrige este hecho.

Aristóteles describe la complementariedad ente justicia y equidad, otorgándole a la equidad el papel de desarrollo de la justicia. Esto implica que en primer lugar ha de existir la justicia general para que en segundo

lugar se pueda aplicar la justicia. La equidad no es algo distinto de la justicia, sino que supone su desarrollo.

Aristóteles habla acerca de la equidad en el libro V, capítulo X de *Ética a Nicómaco*:

Lo equitativo y lo justo son una misma cosa y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ambos es que lo equitativo rectifica el carácter general de la ley (...). La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general y que hay ciertos objetos sobre los que no se puede estatuir convenios por medio de disposiciones generales.

Hoy el concepto de equidad se utiliza en la doctrina civilista y ius naturalista o con demasiada estrechez o con demasiada laxitud. A la equidad hay que darle en la actualidad un significado técnico que no tenía con Aristóteles. Va a tener especial interés concretizar el término equidad, ya que desde el positivismo se afirma que esta está fuera del Derecho e, incluso, en ocasiones se dice que es contraria a los principios generales del mismo. Este rechazo se produce por entender que el Derecho está limitado a la ley escrita o por entender que el Derecho está ligado a la institución y sentimiento individual del juez, restándole valor al sentido jurídico de la equidad.

La equidad puede alegarse actualmente cuando se pueda recurrir a los principios de justicia, ya sea por mandato expreso de la ley o por falta de disposiciones positivas. Este hecho supone cederle al juez determinadas facultades que no tendría en un riguroso positivismo.

2. Planteamiento jurídico de la equidad: funciones de la misma.

Desde el punto de vista jurídico, la equidad tiene un alcance metodológico que sirva para la corrección, la creación y la interpretación del Derecho.

a) Función correctora.

En esta primera función a la equidad le corresponde desarrollar sobre todo un juicio de prudencia que tiene que ver con los tribunales.

Cuando un tribunal se encuentra con que tiene que aplicar una ley general a un caso concreto en algunas ocasiones se puede dar una sentencia injusta. El juez ha de recurrir entonces a la equidad para corregir ese significado tan abstracto de la ley para adecuarla a esa situación concreta. Habrá una confrontación entre la ley general y el caso concreto, recurriéndose a la equidad para evitar injusticias.

Se plantea la cuestión de que fundamentos va a tener el juicio de equidad. Debe tener una doble fundamentación.

1. En los principios generales del Derecho que ya se encuentran positivizados (informando).
2. En presupuestos de Derecho Natural todavía no positivizados.

Sin embargo, nuestra doctrina y legislación (artículo 3 – 1 del Código Civil) determina que para ser útiles estos principios no pueden ser contrarios a los principios generales ya positivizados.

La equidad no se introduce en el Código Civil hasta 1975.

b) Función creadora.

Mediante esta función se van a crear nuevas formas con carácter individual y concreto, cuando exista una laguna en el Derecho Positivo.

Existen dos tipos de lagunas:

- Lagunas de ley, cuando falta una norma en el ordenamiento jurídico y una costumbre, con lo que se ha de recurrir a los principios generales del Derecho.
- Lagunas de Derecho, cuando falta todo un bloque de normas o una institución jurídica completa. La legislación española no acepta este tipo de lagunas, aunque sí lo hace la doctrina alemana, que las denomina lagunas completas.

Según el dogma de la separación de poderes de Montesquieu existen tres poderes que se contrapesan entre sí. De este modo se plantea la cuestión de si el juez puede crear nuevas normas, competencia que correspondería exclusivamente al poder legislativo. Pero de acuerdo con la filosofía jurídica se defiende que la aplicación del Derecho por el juez tiene un sentido unitario, es decir, tiene que haber una continuidad entre la legislación y la jurisdicción. Sin embargo, la norma sólo se puede crear por el juez cuando existe una laguna jurídica y también hay que señalar que esa norma va a tener un significado individual y concreto (sólo para ese determinado caso), aunque en el caso del Tribunal Supremo al dictar dos o más sentencias similares van a sentar precedente judiciales.

Otra cuestión es qué naturaleza tiene esta norma. A este respecto existen varias posiciones:

1. Ius naturalismo extremado, que le da un carácter de Derecho Natural única y exclusivamente.
2. Otras posiciones le dan un carácter de resolución judicial.

Siempre hay que salvar la unidad del ordenamiento jurídico positivo. El ordenamiento jurídico se caracteriza por la unidad, es decir, todas sus normas han de fundamentarse en los mismos principios.

El juez tendrá que acudir al resolver el caso en primer lugar a los principios generales del Derecho, no habiendo entonces ruptura entre legislación y jurisdicción, sino continuidad, ya que el juez acude a principios ya recogidos por el Derecho positivo. En segundo lugar, el juez podrá acudir a principios de Derecho Natural todavía no positivizados y que no estén en contradicción con los que ya han sido recogidos. De este modo, tampoco hay contradicción entre legislación y jurisdicción.

c) Función interpretadora.

esta función es la única no desarrollada por Aristóteles, sino que fue incluida por los glosadores medievales. Consiste en la interpretación de la ley en un sentido más concreto y racional.

Es posible que el juez se encuentre con una norma con cierta oscuridad en su redacción. Entonces deberán recurrir a los criterios de interpretación (art. 3-1 del Código Civil) para interpretar correctamente dicha norma. Esto supone limitar hasta cierto punto la libertad interpretativa del juez. Aquí se entrevén secuelas del positivismo, al encontrar el juez limitada su libre interpretación.

Desde la perspectiva del Derecho español, el juez no puede tener una total libertad de interpretación, sino que debe atenerse a los presupuestos que recoge la ley. Además de estos criterios recogidos en el Código Civil, también está condicionado por los Principios Generales del Derecho, ya positivizados.

Existen varios tipos de interpretación de la ley: interpretación extensiva (*extensio legis*) o restrictiva, según amplíe o reduzca el contenido de la ley. La extensión de esta interpretación tiene un límite y si se sobrepasa no estamos ante interpretación de la ley sino ante creación de Derecho.

3. Análisis del artículo 3º del Código Civil español:

a) La interpretación.

En el artículo 3-1 del Código Civil se recogen los criterios de interpretación de nuestro ordenamiento jurídico. Supone una novedad el que se recojan estos criterios hermenéuticos en el Código Civil, ya que esto sólo es así desde 1975.

En este artículo se fija los criterios de interpretación de la siguiente manera:

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 aquellas.

De este modo las normas habrán de interpretarse:

1. Según el sentido propio de sus palabras. Esta interpretación es conocida como interpretación gramatical y en ella interesa el sentido sintáctico y semántico de las palabras. Éstas han de ser interpretadas en un sentido técnico jurídico y no sólo en su significación vulgar.
2. En relación con el contextos. Se refiere a la necesidad de poner a la norma en relación con su contexto para su correcta interpretación. Los preceptos de las leyes hay que interpretarlos dentro del marco de la ley en que se encuentren, teniendo en cuenta elementos como la ubicación de la norma dentro de la ley o el código.
3. En relación con los antecedentes históricos y legislativos. Este tercer criterio es el conocido como interpretación histórico genética. Para interpretar una norma es necesario, a veces, conocer las circunstancias de su génesis, las características de la institución que la promulgó, el momento histórico y su orientación ideológica, los trabajos preparativos de la misma (anteproyecto y proyecto), etc.
4. La realidad del tiempo en que han de ser aplicadas (ocasio legis). Se trata de interpretar la norma de acuerdo con los ideales de vida de la sociedad en ese momento, aunque la ley fuera elaborada tiempo atrás.
5. Atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (ratio legis). Consiste en la finalidad (criterio teleológico) que la norma persigue. El descubrimiento de esa razón de la ley no es fácil cuando no se haya expresa en la ley. Entonces habrá que poner este criterio en relación con otros, como el de los antecedentes históricos. Este criterio es, junto con el anterior, el más importante.

b) Equidad propiamente dicha.

La encontramos en el artículo 3-2 del Código Civil. Ya en la exposición de motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 (reforma del Código Civil) se establece la utilización de la equidad para lograr una mejor aplicación de las normas, sensible a las prácticas de los casos concretos.

La equidad no se encuentra entre las fuentes del Derecho, pero se le da el cometido de intervenir como criterio interpretativo, en concurrencia con otra serie de criterios.

La legislación limita la equidad a una serie de casos concretos:

1. Como criterio para la interpretación de las normas.
2. Para resolver de acuerdo con ella en los casos en que la ley lo autorice de forma expresa.

TEMA 7. LA SEGURIDAD JURÍDICA.

1. LA SEGURIDAD JURÍDICA: NOCIÓN Y ASPECTOS.

El Derecho ha de desarrollar una serie de fines que le son propios y que lo distinguen de otros sectores. El fin concreto de la seguridad jurídica no afecta al contenido del Derecho, sino a su forma, a la serie de exigencias formales que le afectan.

La seguridad jurídica es un fin del Derecho que conforma una serie de características que éste debe comportar para crear un orden seguro, cierto y estable.

Desde la perspectiva del positivismo, la seguridad jurídica es un fin que pertenece exclusivamente al Derecho Positivo. En cambio, desde otras posiciones, la seguridad jurídica es un fin del Derecho en general, afectando también al Derecho Natural como parte del mismo.

Ha habido momentos en que la seguridad jurídica ha prevalecido por encima de fines como la justicia. Se trata de etapas positivistas y del Estado liberal burgués, en que se pretende el mantenimiento del status quo y en donde el que la justicia prevaleciera supondría un revulsivo para el sistema.

En realidad la seguridad jurídica no puede funcionar sin la justicia y viceversa.

Dentro de las normas podemos ver dos componentes claros:

1. Lo verdadero: contenidos de justicia de la norma jurídica.
2. Lo cierto: verdades que se van a desarrollar mediante una serie de exigencias que afectan a la certeza de la norma.

También la seguridad jurídica comporta una doble dimensión:

1. el aspecto objetivo, que consiste en las formas a través de las cuales el Derecho se nos manifiesta. El Derecho no sólo debe ser justo, sino que además debe comportar una serie de rasgos que lo hagan seguro.
2. El aspecto subjetivo. Tiene relación con lo anterior. Se trata de la certeza que se tiene ante el Derecho. El sujeto de Derecho ha de tener una seguridad mínima de que los derechos que le corresponden van a ser plenamente tutelados, es decir, salvaguardados por el ordenamiento jurídico positivo.

Dentro del concepto de seguridad jurídica podemos aglutinar una serie de principios:

1. El principio de orden. La idea de seguridad jurídica implica en sí la idea de orden.
2. Principio de eficacia. Cuando estamos hablando de Derecho Natural, el principio de eficacia no existe, ya que el Derecho Natural no puede ordenar por sí solo la vida en sociedad, sino que es necesario el Derecho Positivo. Un Derecho que no sea eficaz no es un Derecho seguro.
3. Principio de justicia. Si reducimos el Derecho a lo meramente legal, la seguridad jurídica no puede operar. A este respecto, el profesor Carnelutti nos dice:

Toda la obra del legislador no sirve para nada si no responde a una idea de justicia. Primero porque no son leyes útiles ni duraderas. No son útiles porque no responden a la paz y no son duraderas porque estas leyes porque estas leyes, antes o después, conducen a la revolución.

2. EXIGENCIAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Se pueden dividir estas exigencias en dos grandes bloques:

En primer lugar, aquellas que hacen referencia al momento de la legislación, de carácter ordenador y referidas, sobre todo, al legislador.

En segundo lugar, las que hacen referencia al momento de la jurisdicción, a los jueces y tribunales a la hora de aplicar el Derecho.

Son exigencias que se realizan de una forma relativa y no absoluta, ya que el Derecho positivo no es perfecto y no pueden garantizar totalmente la seguridad jurídica.

a) Exigencias en el momento de la legislación.

Son una serie de requisitos que deben comportar las normas jurídicas en su desarrollo.

1. Lo primero exigible es que se expresen mediante una forma gramatical adecuada. Deben ser claras y redactadas de una forma lo más sencilla posible, aunque sea con un lenguaje técnico jurídico. Ha habido quien ha reclamado un lenguaje rigurosamente técnico, pero los destinatarios de las normas no sólo son los juristas sino todos los ciudadanos.

En las Cortes españolas ha existido tradicionalmente la comisión de estilo, cuyo cometido era depurar el lenguaje de las leyes desde el punto de vista gramatical.

Para que una norma sea completa debe tener dos componentes esenciales:

- Supuesto de hecho. Consiste en una condición que se pone para un concreto resultado. Las normas se redactan en condicional.
- Consecuencia jurídica. Si se da el supuesto descrito anteriormente se produce la llamada consecuencia de Derecho o jurídica.

Sin embargo, el legislador a veces no desarrolla totalmente el supuesto de hecho, sino que recurre a otra norma para la consecuencia jurídica. Nos encontramos entonces ante normas incompletas. Para la seguridad jurídica es necesario que existan las menos normas incompletas posibles.

2. Un segundo tipo de exigencias es la que se refiere a la existencia de institutos jurídicos, denominando de este modo al bloque de normas referidas a un mismo asunto. La existencia de institutos jurídicos es importante para posibilitar la cohesión de las normas entre sí. A la hora de interpretar una norma los jueces han de acudir al instituto jurídico para facilitar esta interpretación. Cuando hay que aplicar una norma de las llamadas incompletas se hace aún más necesario acudir al instituto jurídico y así ponerla en relación con otras semejantes.

A pesar de esto, a veces nos encontramos con que hay normas con un profundo sentido ético y que se desarrollan mediante cláusulas generales, como la de buena fe en los contratos o la del buen padre de familia. Pero estas cláusulas generales, que suponen el reconocimiento directo del Derecho Natural, tienen que ser interpretadas con gran prudencia por los jueces. La seguridad jurídica requiere que existan las menos cláusulas generales posibles, ya que pueden dar lugar a injerencias ideológicas en el Derecho Positivo que van contra la justicia y la seguridad jurídica.

3. Un tercer tipo de exigencias hacen referencia al arbitrio judicial y a esa cierta libertad del juez para aplicar el Derecho. Es una exigencia de la seguridad jurídica que tiene que haber una norma dada por el legislador en la que ha de basarse el juez para elaborar su juicio de equidad (sistema continental). Esa decisión ha de estar,

además, en concordancia con los principios generales del Derecho y con los principios constitucionales.

4. Se refiere a la estabilidad de las normas jurídicas. Las normas no pueden estar constantemente cambiando, porque no se puede garantizar un mínimo de seguridad a los ciudadanos y, ni siquiera, a los juristas.

Por esta razón, algunos juristas alemanes del siglo XIX negaban el carácter de ciencia al Derecho, ya que su variación excesiva impide su estudio detenido. El jurista **Von Kirchmann** niega el carácter de ciencia al Derecho por su falta de estabilidad: *una frase del legislador puede cambiar bibliotecas enteras*.

5. Se trata del principio de legalidad de los delitos y de las penas, muy importantes, sobre todo en legislación penal. Tiene una doble formulación: en primer lugar como *nullum crimen sine previa lege*, que consiste en que a nadie se le puede imputar un delito si sus actos no están calificados expresamente como delito en una ley anterior a la comisión de los actos; en segundo lugar, como *nulla poena sine previa lege*, que establece que no se puede establecer una pena a un sujeto si no está fijada previamente en la ley.

6. Hace referencia a dos cuestiones: a la validez temporal de las leyes y a la irretroactividad de las mismas, de acuerdo a lo fijado en el artículo 2-1 del Código Civil. En dicho artículo se establece un período de 20 días para la aplicación de la ley desde su publicación en el B.O.E. En este artículo se fija también que las leyes sólo son derogadas por otras leyes del mismo rango. La validez de la ley se extiende hasta que otra ley con el mismo rango la deroga.

En el artículo 2-3 del Código Civil se encuentra recogida la no retroactividad de las leyes, salvo que se haya dispuesto lo contrario. Esta regla hay que entenderla como subsidiaria, es decir, hay que ponerla en relación con el artículo 9-3 de la Constitución:

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de los derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

7. Error o ignorancia de la ley. Debido al carácter externo y objetivo de la ley no se puede alegar ignorancia o error en el incumplimiento de la misma. Así lo establece el artículo 6-1 del Código Civil:

La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento.

b) Exigencias en el momento de la aplicación del Derecho.

Estas exigencias se refieren sobre todo a las sentencias de jueces y tribunales.

1. La primera exigencia hace referencia al propio contenido de la sentencia. Al elevarse un litigio ante el juez se han de prever sus consecuencias y las normas a aplicar para evitar sentencias disparatadas.

2. La seguridad jurídica exige que las sentencias sean estables, duraderas y permanentes, teniendo en cuenta las apelaciones permitidas. Cuando una sentencia ya es permanente se la conoce como cosa juzgada.

3. Unidad y continuidad de la jurisprudencia. La interpretación de los jueces y tribunales ha de ser uniforme, aunque es lógico que vayan variando progresivamente.

3. LOS PRINCIPIOS DE LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD COMO FUNDAMENTOS DEL ORDEN DEL DERECHO.

Para poder apreciar si el Derecho vigente en un país es válido hay que ponerlo en relación con los principios de legalidad y legitimidad, que sirven para enjuiciar tanto el orden jurídico como el político.

1. Principio de legitimidad. Se refiere a los contenidos de justicia del Derecho positivo. Existen diversos modos para justificar legítimamente al Derecho:

- Justificación sociológica del Derecho, con Max Weber, que explica el principio de legitimidad desde una perspectiva sociológica. Nos dice que la autojustificación del Derecho se da cuando la mayoría de los ciudadanos tienen un autoconocimiento de la validez del Derecho. Ese convencimiento no es sólo individual, sino también colectivo.
- Perspectiva filosófica. Se puede acudir al Derecho Natural para dotar al Derecho de contenidos de justicia. Cuando el Derecho positivo no recoge los principios del Derecho Natural será un Derecho no válido desde el punto de vista de la legitimidad.

2. Principio de legalidad. No basta con que el Derecho sea legítimo, sino que ha de estar construido de una manera lógica y coherente.

Legalidad significa la existencia de un sistema de normas bien estructuradas y jerarquizadas.

Hans Kelsen en su Teoría pura del Derecho sitúa como único principio de justificación del Derecho el principio de legalidad, por el que el Derecho debía estar organizado en base a un sistema de normas perfectamente jerarquizadas.

En etapas con una mayor mentalidad burguesa ha predominado la legalidad sobre la legitimidad. Pero, en definitiva, ambos principios son complementarios y necesarios para fundamentar el orden del Derecho.

4. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL ORDEN POLÍTICO: IDEA DEL ESTADO DE DERECHO.

Estos principios nos servirán también para regir la vida política, trasladando las exigencias de la seguridad jurídica al orden político.

El proceso de eliminación de la arbitrariedad en el ámbito político culmina con la instauración del Estado de Derecho, a partir de la Revolución francesa y la caída del Antiguo Régimen. La figura del Estado de Derecho aparece vinculada históricamente con el Estado liberal, que se instaura en Europa entre el siglo XIX y el XX.

Como consecuencia de la derrota de los estados totalitarios en el siglo XX y con la asimilación de los derechos sociales surge el llamado Estado social y democrático de Derecho, que se preocupa por el bienestar de los ciudadanos. En España sucede con la Constitución de 1978, que asume estos nuevos valores. En su artículo 1-1 se especifica que *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*.

Hay dos advertencias necesarias sobre este tema:

1. No se puede reducir el Estado de Derecho a un concepto meramente formal, dejando únicamente vigente el principio de legalidad. Así ocurre con Kelsen, que confunde Estado con Derecho.
2. Tampoco es totalmente un Estado de Derecho el Estado liberal burgués que, aunque comporta una cierta legitimidad, no asume los derechos humanos de la segunda generación.

El Estado social y democrático de Derecho es el Estado por excelencia, al asumir plenamente la legalidad y la legitimidad. Se puede definir Estado de Derecho de la siguiente forma:

El Estado de Derecho es aquél que realiza una determinada concepción de la justicia, a través de unas determinadas técnicas adecuadas a las circunstancias históricas.

En esta definición se pueden resaltar dos ideas claves:

1. La idea de la justicia y el principio de legitimidad, que supone que en las constituciones de los Estados deben estar positivizados los derechos humanos concretos en sus tres generaciones.
2. La idea de técnicas, es decir, el Estado ha de desarrollar la justicia a través de una serie de procedimientos que dependen de la realidad histórica del momento. Hablamos ahora del principio de legalidad.

Los dos principios no se excluyen, sino que son complementarios.

La seguridad jurídica hace una serie de exigencias al orden político para poder hablar de Estado de Derecho:

1. la existencia de una jerarquía de normas, que supone la existencia del ordenamiento jurídico, sistematizado y jerarquizado, donde las normas se hallen ubicadas de mayor a menor grado. En España la jerarquía es la siguiente: Constitución (donde se recogen todos los valores a desarrollar por el resto de leyes), leyes orgánicas, leyes generales, decretos leyes, órdenes ministeriales y los reglamentos de las sucesivas autoridades inferiores.
2. Control del poder ejecutivo y de la administración pública. Consiste en la existencia de determinados tribunales (contencioso administrativos) que atienden a las posibles lesiones surgidas por la relación entre administración y ciudadano.

A partir de nuestra constitución aparece la figura del defensor del pueblo, a quien compete la defensa de los administrados frente a la administración pública, sobre todo en lo referente a posibles lesiones de los derechos humanos. Así se establece en el artículo 54 de la actual Constitución:

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

3. Control de la función legislativa. El control de las leyes es necesario para que pueda existir un Estado de Derecho. Ha de haber un alto tribunal que garantice la constitucionalidad de las leyes. En España es el Tribunal Constitucional el que ha de evitar el posible desvío de las leyes con respecto a la Constitución.
4. División de poderes. Para que haya un Estado de Derecho se precisa la división de los poderes políticos, es decir, el reparto del poder entre distintos titulares dentro del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial).

5. TENSIONES ENTRE LOS FINES DEL DERECHO: TENSIÓN JUSTICIA – SEGURIDAD JURÍDICA.

Para solucionar los problemas concretos con que el Derecho se encuentra se necesita la concurrencia de los tres fines del Derecho. De acuerdo con G. Radbruch *los tres fines dominan la vida del Derecho*.

Sin embargo, pueden surgir tensiones entre los fines, siendo la más importante la que surge entre justicia y seguridad jurídica. Se puede abordar este tema desde una doble perspectiva:

1. Perspectiva histórica. En la historia del Derecho, en determinadas épocas ha predominado un fin sobre el otro. Así, en la etapa del racionalismo, con el ansia por defender la libertad, predomina sobre todo la justicia frente al Estado. En la etapa positivista predomina la seguridad jurídica sobre la justicia, coincidiendo con la implantación generalizada del Estado liberal burgués, donde se pretende garantizar sobre todo la propiedad.

Tras la II Guerra Mundial, con el resurgir del Derecho Natural y el decaer de la filosofía positivista, se

enarbola la justicia con sentido material y concreto frente a la seguridad jurídica.

2. Perspectiva sistemática. La seguridad jurídica se encuentra subordinada a la justicia. Pero las ideologías políticas se interfieren en ocasiones y producen tensiones. Así, en etapas de estabilidad del Derecho predomina la seguridad jurídica. Sin embargo, en las llamadas etapas de conmoción y transformación de nuestra conciencia histórica predomina la justicia sobre la seguridad jurídica, al reclamarse otros valores distintos para la política y el Derecho.

DERECHO Y NORMA.

TEMA 8. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DERECHO.

1. ORDEN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Es necesario recordar que no todo es desechable en el positivismo, sino que posee algunas bondades. En su seno se creó la teoría del ordenamiento jurídico y de que el Derecho es un sistema de normas. De ahí que el Derecho pueda estudiarse científicamente.

Por otro lado, el positivismo posibilita la metodología jurídica para el estudio científico del Derecho. Esta metodología tiene una doble proyección:

- Teórica, mediante la que se estudian los aspectos científicos y teóricos del Derecho, es decir, la teoría del ordenamiento jurídico.
- Práctica, preocupándose por aspectos más prácticos del Derecho, como su aplicación e interpretación.

En este tema se estudiará la parte teórica, que supone una construcción teórico-dogmática del Derecho.

Con ordenamiento jurídico nos referimos a una diversidad de ideas elaboradas a través de la historia. Llamamos ordenamiento jurídico positivo a un conjunto de normas vigentes en un territorio, limitadas a un entorno geográfico. Es el Derecho vigente y sistematizado de un determinado Estado.

Se le denomina ordenamiento jurídico máximo, ya que dentro de un Estado existen otros ordenamientos jurídicos inferiores que tienen que estar en relación con el máximo, que los engloba. Estos ordenamientos jurídicos menores corresponden a instituciones jurídicas como la propiedad o los contratos.

El italiano Santi Romano, constata la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos en la base. Sin embargo, cuando hablamos normalmente de ordenamiento jurídico con carácter dogmático nos estamos refiriendo al ordenamiento jurídico máximo. Hay dos características principales que lo califican:

- En sentido temporal, que se refiere a su validez en un tiempo concreto, mientras se encuentre vigente.
- La metodología jurídica tiene una proyección hacia el conocimiento teórico del Derecho, que se centra en estudios sobre el ordenamiento jurídico.

Es necesario distinguir entre orden jurídico y ordenamiento jurídico. El profesor Rodríguez Molinero, por ejemplo, no distingue entre ambos términos. Pero, en general, se pueden definir ambas acepciones de manera separada:

- El orden jurídico consiste en esa especie de caminar del Derecho hasta conseguir desarrollar a justicia. Es todo el proceso que el Derecho recorre desde el punto de vista de la justicia. En la obra La tridimensionalidad

del Derecho de Miguel de Reale se distingue entre las dimensiones fáctica, jurídico–dogmática y filosófica del Derecho. Este proceso por estas tres partes es lo que se conoce como orden jurídico.

· El ordenamiento jurídico es el desarrollo suficiente del orden jurídico desde un punto de vista técnico. Cuando el orden jurídico ha alcanzado una mayor tecnificación y capacidad creadora es ordenamiento jurídico. Es algo artificial, que responde a la visión de los científicos del Derecho en una determinada época.

El ordenamiento jurídico supone una elaboración técnica del Derecho y, a su vez, es la fase final del orden jurídico, donde el Derecho alcanza la validez dogmática.

Los alemanes sí han venido distinguiendo entre ambas expresiones, utilizando las expresiones *recht ordnung* para orden jurídico y *rechtordnung* para ordenamiento jurídico.

En la actualidad, algunos autores, desde una perspectiva positivista, hablan de que esta distinción es superflua. Sin embargo, para el Derecho Natural es importante mantener esta distinción, ya que el orden jurídico responde a un hecho natural y espontáneo, mientras que el ordenamiento jurídico es artificial y creado por los juristas.

Como conclusión, cabe decir que el Derecho positivo adopta una construcción formalizada con validez dogmática en el espacio y en el tiempo a la que se llama ordenamiento jurídico. para su elaboración y conocimiento es necesario utilizar la metodología jurídica.

A parte del ordenamiento jurídico positivo hay que destacar el orden jurídico, ya que desde la perspectiva del Derecho natural el ordenamiento jurídico es claramente artificial.

2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA: SISTEMA CERRADO Y SISTEMA ABIERTO.

La teoría del ordenamiento jurídico es propia del positivismo, por lo que tiene todas sus improntas.

Esta teoría es útil para el estudio científico del Derecho, pero es necesario abrir en algunos aspectos esa teoría la Derecho Natural.

El ordenamiento jurídico equivale a sistema, pero la idea de sistema para el ordenamiento jurídico puede tener varios significados dependiendo de la metodología.

Se nos trata demostrar con esta teoría que el ordenamiento jurídico tiene una unidad y está nutrido por unos mismos valores. Este sistema del ordenamiento jurídico será:

– Exclusivo. Sólo son válidas las normas que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico. la exclusividad se extiende a las normas ya dadas.

– Excluyente. Es decir, las normas que se hallan fuera no forman parte del Derecho, no tienen valor dogmático.

El ordenamiento jurídico es también único en el espacio y en el tiempo.

Cuando se habla de que el ordenamiento jurídico tiene que responder a la unidad se refiere sobre todo a la estructuración formal del Derecho a partir de una norma primera (estructuración externa). Sin embargo, el Derecho no sólo es una estructura, sino que también representa contenidos (construcción interna). Teniendo en cuenta estas dos dimensiones, sí se puede decir que el ordenamiento jurídico responde a la unidad o unicidad.

Sistema significa una construcción racional, pero también implica la relación entre sí de sus elementos. El sistema jurídico lo conforman una pluralidad de elementos (normas) que se hallan relacionadas entre sí. Las normas aisladas no tienen utilidad. El sistema es necesario porque posibilita la relación entre las normas.

Pero, a parte del sistema, sería necesario para el ordenamiento jurídico la idea de estructura y de orden.

Desde la posición positivista, representada por Hans Kelsen, se estructura el Derecho partiendo de una norma hipotética fundamental, a partir de la cual se construiría el sistema. Esto supone un sistema piramidal del Derecho, en el que cada norma ocupa su lugar correspondiente dentro de esa jerarquía. Pero Kelsen no se ocupa de los contenidos y estructura interna del Derecho. El sistema, desde el positivismo, se centra en la estructura formal y lógica.

Pero existen diversas acepciones para el sistema jurídico:

- **Sistema teórico**, que se refiere a la ordenación de los elementos del sistema, atendiendo a presupuestos generales de carácter formal, que darán unidad y coherencia al sistema. Así ocurre, por ejemplo, en las Instituta de Gayo, donde se clasifican los elementos en personas, cosas y acciones, en un intento de sistematizar el Derecho romano fuera de lo común.

- **Sistema deductivo**. Aplicando la deducción y dado un principio general, se van deduciendo conclusiones que van conformando los diferentes grados del sistema, a través de un hilo lógico.

El sistema deductivo es el que ha ocupado hasta hoy el centro de la idea de sistema.

Aquí se habla sólo de la estructura del sistema, pero es necesario hacer referencia también a su orden interno, que se refiere a los contenidos de los elementos sistematizados. Aunque se acepte la idea de sistema deductivo como válido, no hay que olvidar su aspecto interno.

- **Sistema axiomático**. La lógica tiende a llevar hasta sus últimas consecuencias la construcción lógica del sistema, defendiendo que tal construcción puede hacerse a través de axiomas. Partiendo de axiomas y reglas abstractas se construirá un sistema axiomatizado y rígido. Pero el Derecho es mucho más abierto y flexible.

En la actualidad, la lógica se suaviza en su sistema. Se nos muestran dos tipos de pensamiento: un pensamiento sistemático y un pensamiento problemático, que flexibiliza la idea de sistema, interviniendo problemas concretos en él.

Actualmente se conciben dos tipos de sistema deductivo:

- Sistema deductivo cerrado, propio del positivismo jurídico (exclusivo y excluyente), cerrado sobre sí mismo. Este tipo de sistema cerrado no se puede aceptar, porque el Derecho no es perfecto, sino que tiene que estar en continuo desarrollo.

- Sistema deductivo abierto, que es el aceptado generalmente por el Derecho Natural. Significa que estamos aceptando que el ordenamiento jurídico positivo se elabora en virtud de un sistema deductivo. Las piezas que conforman ese ordenamiento pueden ser sustituidas, reconociendo así que dicho ordenamiento no es perfecto y puede perfeccionarse acudiendo a nuevas premisas o valores.

En la actualidad, las tesis del positivismo jurídico de Kelsen son difícilmente aceptables, ya que cuando se está destacando la jurisdicción de los jueces frente a la legislación no se puede defender un sistema cerrado, porque el juez recurre en muchos casos a principios generales que se hayan fuera del ordenamiento jurídico positivo. Otra razón consiste en que en la actualidad se une la ley más el Derecho como puntos fundamentales en la tarea del juez a la hora de aplicar e interpretar la ley. Hoy en día el Derecho es la suma de la ley con las

costumbres y los principios generales del Derecho. La Constitución alemana recoge este sometimiento de los jueces al imperio de la ley y el Derecho.

U. Klug ha propuesto un sistema axiomático más flexible, denominado sistema cuasi-axiomático, ya que ve imposible aplicar la lógica matemática al Derecho. Este sistema consiste en cambiar la lógica matemática por la lógica simbólica. Argumenta tres razones básicas para defender este sistema:

1. Podemos concebir el sistema axiomático como un sistema de lenguaje, no de números.
2. La sistematización axiomática es solamente parcial, no siendo admisible el sistema axiomático total.
3. En un sistema axiomático parcial se pueden admitir principios que no son del todo lógicos como axiomas, es decir, pueden intervenir en la creación del ordenamiento jurídico elementos no totalmente lógicos que lo flexibilizan, siendo materiales más bien de tipo filosófico.

Como conclusión, la idea de sistema significa:

- Un espacio donde, contando con la lógica, se puede reconstruir todo el material en que va a consistir el Derecho positivo.
- También va a conllevar la existencia de las fuentes formales del Derecho (artículo 1, Código Civil), que dotarán de validez formal y dogmática al Derecho.

3. ELEMENTOS DEL SISTEMA NORMATIVO: INSTITUTOS JURÍDICOS Y NORMAS.

Para Kelsen el sistema jurídico está constituido por las normas jurídicas y sus relaciones lógicas. El único elemento del ordenamiento jurídico serán las normas jurídicas con sentido individual, que se relacionarán entre sí mediante procedimientos prefijados.

A parte están las posiciones mayoritarias, que admiten la existencia de otros elementos, que son los llamados institutos jurídicos, conjuntos de normas que responden a aspectos de la vida social, por ejemplo los ordenamientos que adquieren carácter jurídico al ser asumidos por el Derecho. No existe, por lo tanto, un único elemento del ordenamiento jurídico.

Se pueden desarrollar tres clasificaciones para los institutos jurídicos:

- Concepción orgánica u organicista. Es desarrollada por el fundador de la Escuela Histórica del Derecho, Federico Carlos de Savigny, con una obra llamada Sistema de Derecho Romano actual. Para él los elementos más importantes del Derecho no son las normas concretas, sino los bloques de normas denominados institutos jurídicos, que son la expresión de una institución que se da en la vida social, manifestada a través del espíritu del pueblo (Volkgeist).

El jurista tiene que utilizar la intuición para entresacar cuáles van a ser los institutos jurídicos, que se equiparan con seres vivos (de ahí el llamarse concepción organicista). El jurista captará de este modo el sentido interno de la institución, con lo que puede ser trasladada al Derecho.

- Concepción mecanicista. Consiste en que la unidad de las normas jurídicas responde a una concepción artificial, que no tiene nada que ver con el ser vivo. El sentido de los institutos jurídicos será explicar la unidad de las normas jurídicas.

- Concepción realista. La más aproximada a las teorías actuales. Su primera expresión se debe al alemán Forsthof. Los institutos jurídicos expresan aquí también la unidad de las normas del Derecho, pero esta unidad

ha de tener una base real. Las normas jurídicas han de formar parte del orden social. El orden social es más amplio que el orden jurídico y tienen una relación de inclusión del ordenamiento jurídico con respecto al social. De ahí que Forsthof defina los institutos jurídicos como *un fragmento de la vida misma asumido por el Derecho*.

En la actualidad, ésta es la teoría más aceptada y extendida, habiendo quedado al margen las concepciones orgánica y mecanicista.

Los institutos jurídicos responden a conjuntos de relaciones de la vida social asumidos por el Derecho.

Cuando nos referimos a institutos jurídicos que han sido asumidos por el Derecho positivo se les denomina instituciones jurídicas.

De este modo, el ordenamiento jurídico positivo estaría compuesto por normas individuales y por institutos jurídicos, que tienen incluso una mayor importancia, ya que sirven para aclarar e informar sobre el sentido de las normas al juez. para el legislador, un instituto jurídico nunca llega a agotarse, ya que responden a instituciones de la vida social, que está en continua transformación y desarrollo.

Los institutos jurídicos son subsistemas primeros. Existe el ordenamiento jurídico máximo y, por debajo de él, los secundarios o subsistemas primarios.

existe una especie de relación dialéctica entre los institutos jurídicos y las normas, ya que las normas no se pueden concebir aisladas, sino que cobran sentido en relación con otras normas de su entorno. De este modo, el significado de cada norma tampoco se va a agotar nunca si la ponemos en relación con su instituto jurídico.

4. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO SISTEMA DE FUENTES FORMALES DEL DERECHO.

El ordenamiento jurídico positivo es denominado como sistema total máximo y dentro de él existen los parciales, con una cierta autonomía. Sin embargo, ha de existir una cierta relación entre el total y los parciales para salvar la unidad del ordenamiento jurídico.

La obligatoriedad del ordenamiento jurídico tiene que sustentarse en un principio máximo que proporcione unidad al resto del ordenamiento jurídico, es decir, tiene que haber una fuente única de obligatoriedad para que proporcione validez y vincule a todos los elementos del Derecho positivo. Para ello, el Derecho positivo necesita una estructura, en cuya cúspide existe un principio o principios que, mediante un acto de autoridad legislativa, dan obligatoriedad y unidad a todos los elementos del Derecho positivo.

Por ello hablamos de dos tipos de fuentes del Derecho:

- Fuentes materiales o de producción del Derecho. Actos propios de cualquier orden de la vida social y que son capaces de decidir el contenido del Derecho, siendo utilizados por el legislador para completar o corregir el Derecho. Nos referimos a actos como los usos sociales (ethos), la doctrina legal o la jurisprudencia.
- Fuentes formales del Derecho. Una serie de actos que, al participar de la estructura del poder legislativo, son capaces de decidir cuáles son las normas que obligan a la sociedad, en un acto de autoridad legislativa. Estas fuentes quedan recogidas en el artículo 1-1 del Código Civil y son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Para que una materia nos obligue no es suficiente con que sea justa, sino que es necesario además un acto de la autoridad que la imponga. Ese acto de autoridad del legislador viene recogido en las fuentes formales del Derecho.

Al aceptar no sólo las fuentes formales, sino también las materiales, se acepta que el ordenamiento jurídico positivo es un sistema jurídico abierto, ya que este hecho implica el abrir el Derecho a su desarrollo mediante estos actos o procesos.

Si mediante las fuentes materiales del Derecho se introduce una norma en el ordenamiento jurídico positivo, esa norma no obligará por ser una norma de Derecho Natural, sino en función del acto de autoridad legislativa que le da validez al ser incluida en el ordenamiento jurídico.

5. LAS NOTAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: INTRODUCCIÓN.

a) Unidad.

El positivismo jurídico, sobre todo en su expresión más radical, construye una teoría del ordenamiento jurídico que lo define como perfecto y construido de una forma muy exigente, De acuerdo con esto, el ordenamiento jurídico gozaría de unidad, coherencia interna, plenitud y clausura.

Con estas tres notas se trata de salvar la coherencia total del sistema, el hecho de que el ordenamiento jurídico sea pleno y cerrado sobre sí mismo. Estas tres notas van a suponer una base para dejar a salvo la validez del ordenamiento jurídico como sistema deductivo cerrado.

Cuando hablamos de unidad nos referimos a la propia idea de sistema como conjunto de elementos reconducidos hacia un sistema unitario.

Es necesario matizar la diferencia entre unidad y unicidad. La unidad no implica una sola norma para el ordenamiento jurídico, sino que éste es un todo armónico compuesto por una multiplicidad de normas jurídicas. Además, la unidad tampoco equivale a simplicidad, ya que un ordenamiento jurídico sería simple si procediera de una sola fuente. Sin embargo, un ordenamiento jurídico con unidad no es el que procede de una sola fuente, sino que es complejo, ya que existen múltiples fuentes válidas para el ordenamiento jurídico positivo.

En nuestro ordenamiento jurídico la unidad procede de la Constitución, que recoge los principios básicos que han de informar a todo el Derecho positivo.

Es necesario un orden jerárquico entre todas las normas del ordenamiento jurídico, que ha de tender hacia la unidad.

b) Coherencia: clases de antinomias.

El que el ordenamiento esté constituido por la totalidad exclusiva de normas o institutos jurídicos significa que entre ellos no se pueden dar contradicciones. Tratándose de elementos normativos esas contradicciones no pueden ser solamente lógicas, sino también desde el punto de vista de los principios generales del Derecho, su ausencia significa la coherencia interna del sistema (todo sistema comienza siendo coherente).

Los problemas de hecho se plantean en un plano, mientras que los métodos formales para resolver esos problemas corresponden a la construcción misma del ordenamiento jurídico. Él no puede impedir que entre las regulaciones de conjunto de un Derecho Positivo se produzcan antinomias o contradicciones.

Puede ocurrir que desde el punto de vista jurídico se produzca una cierta coherencia desde principios lógicos, pero que, sin embargo, las conclusiones a que llegue el Juez sean erróneas. Por eso el aspecto general de la lógica no puede explicar del todo la coherencia del ordenamiento; de hecho se dan antinomias y entonces la construcción de un ordenamiento debe contener recursos formales para resolver esas antinomias.

Un análisis de la nota de coherencia interna muestra que se ve libre de contradicciones o antinomias entre los elementos que lo forman o puede salvar las antinomias que se produzcan gracias a que esos elementos en su estructura de sistema obedecen a tres principios de construcción:

a) Jerarquía. En un ordenamiento jurídico de carácter complejo (formado por más de una norma) todas las normas no tienen el mismo rango formal sino que presentan una jerarquía distinta de forma paralela al sistema de fuentes delegadas que las producen (así: Constitución, Leyes, Decretos-Leyes, Decretos, Ordenes Ministeriales, Ordenanzas administrativas, Reglamentos, ...).

Ese punto de vista material ajeno al planteamiento del positivismo jurídico no basta para explicar esa jerarquía: Para que se observe y pueda servir de supuesto para evitar las antinomias ha de plantearse con carácter formal (es la sanción formal de todo el sistema de delegación). Aunque, detrás, hay principios de carácter político.

En el caso español, con un sistema constitucional material, la jerarquía de normas no se da. Ello demuestra que para que el principio de jerarquía cumpla la misión de superación de antinomias debe ponerse en consonancia con los principios de carácter formal del ordenamiento jurídico. Entonces, cuando se da una antinomia o contradicción prevalece la norma de rango superior.

La Metodología jurídica actual no acepta en su rigor formal el principio de jerarquía de normas, pero tampoco puede alterarlo en sus líneas fundamentales porque con ello ofende al principio de seguridad jurídica.

Es éste un criterio que ayuda, junto con otros, a salvar las contradicciones entre las normas del Derecho Positivo.

b) Especialidad. No tiene un carácter político, sino que tiene un fundamento técnico o metodológico. La fundamentación del Derecho Positivo se produce estableciendo una ley general –se dice– y luego la excepción de situaciones particulares o concretas mediante leyes de carácter especial, particular o específico. *La ley general cede ante la ley de carácter especial.*

El criterio de especialidad es el más discutido de todos. De esta forma, cuando se da una contradicción entre las normas del ordenamiento jurídico, la norma de carácter más concreto debe prevalecer sobre la más general.

Pero este principio formal no puede tampoco ser aceptado por la metodología actual por el simple hecho de que en la ley general tienen cabida aspectos que no han podido ser tenidos en cuenta por la disposición específica (que queda más pobre de contenido que la ley general). Por eso, es la prudencia del legislador la que debe preferir en cada caso la norma general o la norma particular, según las notas relevantes para el Derecho que concurren en aquella situación.

Se dan con frecuencia en el ordenamiento jurídico dos normas que regulan una misma materia jurídica desde el punto de vista del mismo principio general: entonces debe prevalecer la de carácter específico.

El titular a una regulación de genérica o específica dependerá en cada caso: deberá, pues examinarse el contenido de la regulación para determinar si la norma es general o especial, no bastando una consideración formal (formalmente una norma puede parecer especial y materialmente ser general).

Este criterio es relativizado por la moderna Metodología ya que, en el momento que se atiende al contenido, no vale un criterio rigorista, formal o abstracto.

c) Cronológico. *La ley posterior deroga a la anterior.* Si nos atenemos a un criterio formal, hay que pensar que la ley posterior (que supone un reexamen de la materia que regulaba una ley anterior en el tiempo) es más

perfecta y debe prevalecer. El Derecho está siempre en evolución.

Pero este criterio es débil por que hace falta una crítica que muestre cómo ha cambiado la situación de hecho regulada por la ley (estudio que escapa a lo jurídico).

El cambio de las circunstancias históricas y sociales de hecho ("ocasio legis") supone un cambio en la legislación; haciendo que el mismo objeto de la realidad social sea regulado de forma distinta a medida que los condicionamientos sociológicos están cambiando.

Se conjugan entre sí los tres criterios, con la diferencia de que con una lógica derivada de los casos, la doctrina clásica tuvo que reconocer que los dos criterios primeros (jerarquía y especialidad) tienen más rigor y deben prevalecer en caso de que concurran con el tercero (cronológico).

Sin embargo, las antinomias no serán sólo lógicas, sino ante todo antinomias de valoración, en sentido jurídico. El jurista, más que atenerse a leyes o reglas lógicas generales, debe atenerse a la valoración.

Hay antinomias en todos los ordenamientos jurídicos positivos que resultan insalvables, lo que significa:

1º Que los criterios abstractos y formales de la doctrina clásica no pueden conducir a conclusiones que salven esa antinomia.

2º Que la propia doctrina clásica admite ya una crítica del contenido de las normas (criterios materiales) que permiten superar las antinomias.

Y a menudo ni siquiera la aplicación de criterios materiales, con virtualidad y sentido crítico superiores, pueden salvar todas las antinomias. El Derecho, por su propia naturaleza no puede ser un sistema tan cerrado como el que se da en el campo de las ciencias naturales. Es un sistema perfectible, abierto, que deja lagunas incesantes.

La doctrina ha intentado tipificarlas:

1. De principio. El legislador acoge principios que luego al desarrollar lo hace de forma contradictoria, porque conducen a resultados de Derecho que, desde el punto de vista de la valoración jurídica, son incompatibles.

Ej.: La garantía a terceros es contrapuesta a la garantía de la autonomía de la voluntad.

2. Ideológicas: La construcción del ordenamiento jurídico como sistema implica en su raíz rasgos de carácter ideológico, entrando unas ideologías en pugna con otras de distinto signo que tratan de influir sobre la misma realidad. La presencia en el ordenamiento jurídico de antinomias responde con frecuencia a una fundamentación o base ideológica (son principios aplicados con un sentido activo, tratan de influir sobre la vida social).

3. De valoración: La doctrina italiana habla de ellas señalando que se dan generalmente en el campo del Derecho Penal y en el campo del Derecho sancionador. Cuando el Derecho realiza una función sancionadora, el legislador valora la tutela, la garantía de los fines que ha de realizar el Derecho y castiga las acciones que frustran la realización de esos fines. Pero a veces no hay proporción entre la valoración, por el legislador, y la pena o sanción.

Ej.: Pena desproporcionada en relación con el tipo de delito que se trata de castigar con dicha pena.

4. Teleológicas: En el ordenamiento jurídico existe una proporción entre los fines que pretende el plan del legislador y los medios jurídicos para alcanzar esos fines. La aplicación de determinados medios establecidos

por el legislador no conduce necesariamente a la realización de aquellos fines que el legislador había establecido.

Estas antinomias determinan por el reverso las llamadas lagunas de ley o lagunas de regulación, porque el juez al tratar de aplicar normas que comportan antinomias se encuentra con leyes que no puede aplicar de manera correcta.

c) Plenitud y clausura.

Existen posiciones que no aclaran suficientemente la distinción entre plenitud y clausura.

Cuando se habla de plenitud en el positivismo jurídico se refiere a que el ordenamiento jurídico contiene en sí todas las normas para resolver cualquier situación. Sin embargo, en la práctica los jueces y tribunales se encuentran con lagunas o vacíos en algunas materias.

Cabe distinguir entre dos tipos de lagunas:

- Lagunas de ley, cuando falta una norma en sentido individual.
- Lagunas de Derecho, cuando falta todo un bloque de normas. La existencia de las lagunas de Derecho no es admitida por el Derecho español.

A pesar de la pretensión del positivismo, la existencia de lagunas jurídicas es inevitable. Sin embargo, la unidad sistemática del ordenamiento jurídico hace posible que se pueda encontrar la norma que falta sobre un determinado tema. Esto se hace mediante un argumento de razonamiento jurídico llamado analogía legis.

Partiendo de las normas ya dadas, el juez puede solventar las lagunas de ley. Estas lagunas que se solventan con facilidad se conocen como lagunas de enjuiciamiento o lagunas críticas.

Por lo que hace referencia a la clausura, para el positivismo significa que el ordenamiento jurídico abarca la totalidad de los casos que interesan al Derecho. De este modo, un caso no regulado en el ordenamiento jurídico no tiene nada que ver con el Derecho positivo.

De acuerdo con estos principios, existirían lagunas imposibles de rellenar, conocidas como lagunas de decisión o lagunas diacríticas. Desde el punto de vista del positivismo, se justifican mediante el argumento a contrario sensu, que significa que todo lo que no esté dentro del Derecho no es Derecho.

La doctrina positivista ha intentado justificar de una forma muy forzada estas dos notas. Principalmente en virtud de dos teorías:

- Teoría del espacio jurídico vacío, con Somló y Santi Romano. Cuando no se puede encontrar una norma para un caso dado, ese espacio normativo no es Derecho. De este modo, el Derecho es pleno interior y exteriormente.
- Zitelman, intenta justificar la clausura mediante la norma general exclusiva, que se explica mediante el argumento a contrario sensu, es decir, todas las normas necesarias están ya en el ordenamiento jurídico, por lo que, en consecuencia, las que no están no pertenecen al mismo.

Desde la perspectiva del positivismo se llega a dos conclusiones.

1. En el ordenamiento jurídico se encuentran normas para resolver todos los casos posibles.

2. Se trata de un sistema exclusivo y excluyente. Todo lo que está fuera del ordenamiento jurídico no es Derecho.

Estas teorías no son aceptables totalmente, porque significarían la existencia de un Derecho totalmente justo y pleno, que no es admisible desde el punto de vista del Derecho Natural.

En la actualidad, para colmar las lagunas existe un procedimiento conocido como integración del ordenamiento jurídico positivo.

Pero la integración se puede plantear de dos maneras:

1. Integración inmanente. Es el tipo de integración preferida por el positivismo jurídico, ya que, si el ordenamiento jurídico es pleno, el juez podrá solventar cualquier caso con arreglo a él. De ahí que se hable de integración inmanente, es decir, desde dentro. El procedimiento es el de la analogía legis.

2. Integración heterónoma, externa o trascendente. Mediante este tipo de integración sí se podrá acudir para colmar las lagunas a elementos que se encuentran aún fuera del ordenamiento jurídico positivo, como el Derecho Natural y los valores. Para que esto se pueda hacer es necesario concebir el ordenamiento jurídico como un sistema abierto. Desde esta perspectiva, las lagunas diacríticas sí pueden ser colmadas. El procedimiento para esta integración va a ser el de equidad.

Al aceptar la integración trascendente se rompen los dogmas del positivismo jurídico, ya que se reconoce que el ordenamiento jurídico no es pleno y no se acepta la idea de clausura. Ello no quiere decir que no se acepte una parte de la doctrina positivista al aceptar que el ordenamiento jurídico está construido en virtud a un sistema deductivo, aunque no sea cerrado, sino abierto.

Con ello queremos decir que la integración trascendente responde a principios de lege ferenda, es decir, a principios suprapositivos, que todavía no han sido tenidos en cuenta por el legislador.

TEMA 9. LA NORMA JURÍDICA.

1. LA NORMA JURÍDICA: SU ESTRUCTURA LÓGICO-LINGÜÍSTICA.

Existen teorías, como la de Kelsen, para las que el único elemento del ordenamiento jurídico es la norma. Pero además de ésta están los institutos jurídicos.

El instituto jurídico se expresa mediante proposiciones generales y abstractas. Sin embargo, la norma jurídica se expresa a través de proposiciones con carácter individual. De ahí que primero aparezcan los institutos jurídicos y después las normas.

La norma jurídica se expresa mediante un juicio de la razón práctica. Se puede distinguir entre la razón teórica, con un carácter analítico de los principios y fundamentos, y la razón práctica, con un carácter sintético y referida al obrar. Las normas del Derecho están encaminadas a dirigir la acción, de ahí que haya que resaltar la función de la razón práctica.

Las normas responden dos momentos diferenciados: vis directiva (juicio de la razón) y vis compulsiva (fuerza dirigida a la voluntad para el desarrollo de ese juicio). Va a ser la vis compulsiva la que dote a la norma de su carácter de obligatoriedad.

En la actualidad se añade a esta concepción clásica elementos provenientes de la moderna teoría del lenguaje. Ésta afirma que las formas del lenguaje a través de las que se expresan los juicios son:

1. Propositiones descriptivas o explicativas, que responden a los criterios de verdad o falsedad.
2. Propositiones prescriptivas o preceptivas, que responden a los criterios de validez o invalidez. Son válidas cuando traducen un principio de obrar justo y no cuando es al contrario.

También se puede decir que son justas o injustas, lo que responde a actos de la vida práctica y no es lo mismo que la verdad o la falsedad. Esta tensión entre justo e injusto y verdadero y falso ha llevado a crear un nuevo tipo de lógica aplicable a las normas, que recibe el nombre de lógica deóntica o lógica de las normas.

Kaninowski en su obra Introducción a la lógica jurídica intenta conciliar los juicios de la razón teórica y el de la práctica, intentando que la norma sea algo racional. Las normas se expresan mediante proposiciones prescriptivas o preceptivas, pero añadiéndoles una base racional. Trata de defender de este modo el carácter racional de la norma, volviendo de este modo a la teoría tradicional.

Distingue tres tipos de proposiciones que responden a la razón práctica:

1. Juicios de valor. Juicios de la razón caracterizados por no mandar, ni prohibir, ni tolerar. Tienen un carácter meramente descriptivo.
2. Juicios imperativos. Mandan o prohíben, casi nunca toleran.
3. Norma jurídica. Desarrollan lo anterior y prohíben, mandan, permiten y toleran.

Las normas tienen un carácter imperativo, pero no hay que olvidarse del fundamento racional de ese imperativo, importante para entender las normas permisivas.

Ese juicio de la razón práctica va a adoptar una proposición condicional. Nos encontramos entonces ante elementos de la teoría jurídica, descritos con la siguiente formulación: Si S-C. La letra S se refiere al supuesto de hecho y C se refiere a la consecuencia jurídica o consecuencia de Derecho.

En el supuesto de hecho, el legislador describe una conducta que tenga una significación para el Derecho. La segunda parte (consecuencia de Derecho) es la que fija la consecuencia en el Derecho si se cumple lo descrito en el supuesto de hecho.

Esta fórmula condicional puede ser entendida con varios significados:

1. El de una norma teleológica o finalista. Si se quiere conseguir una determinada finalidad hay que fijar los medios adecuados en el supuesto de hecho.
2. Para Kelsen el supuesto de hecho es ya una infracción o negación del Derecho. Si se infringe el Derecho se acarrearán una consecuencia jurídica (sanción). Al ser infringido, el Derecho reacciona imponiendo una sanción, con lo que la norma cobra una naturaleza racional. Esta teoría tiene que ver con su Teoría pura del Derecho y su teoría del ser y del no ser.

La expresión de la norma es abstracta y general, a pesar de que existan normas muy concretas.

El Derecho libre o de equidad es una reacción frente al positivismo y da más importancia al juicio de equidad del juez que a las normas jurídicas, hecho que no es aceptable en el sistema jurídico continental:

Como conclusión se puede decir:

1. La norma es un juicio de la razón práctica.

2. Encaminado a regular la práctica.
3. Es un juicio imperativo.
4. Tiene una descripción condicional.
5. Es general y abstracta, sin obviar la existencia de normas muy concretas.

2. TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA NORMA JURÍDICA:

El problema de la naturaleza de la norma jurídica consiste en explicar el nexo existente entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Existen dos planteamientos clásicos:

1. Intelectualista. La norma jurídica procede de la razón misma, que nos da la expresión de la norma. La norma se expresa mediante un juicio de la razón práctica, que pone en relación fines y medios.
2. Voluntarismo. La norma jurídica depende de un mandato del legislador, que pretende ordenar la vida en sociedad. De ese mandato se extraen consecuencias para el Derecho. En definitiva, la voluntad prima sobre la razón.

Desde el siglo XIX estas explicaciones se plantean desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, que es una disciplina que sustituye a la filosofía del Derecho en la etapa positivista. Mientras que la filosofía del Derecho utiliza métodos filosóficos, la teoría general del Derecho utiliza métodos propios de las ciencias físico-naturales.

En la actualidad, la teoría general del Derecho ha sido superada por la Teoría jurídica o Teoría del Derecho, que ya no tiene un carácter positivista.

La teoría general del Derecho apunta dos teorías esenciales para explicar ese nexo entre supuesto y consecuencia: la teoría causalista y las teorías imperativistas.

a) Teorías causalistas.

Consiste en la aplicación de la ley de causalidad al problema de la naturaleza de la norma jurídica. Siguiendo esta ley, a todo supuesto de hecho le va a seguir una consecuencia de Derecho.

Esa causalidad, suponiendo que se pueda aplicar al Derecho, obedece al funcionamiento de las ciencias físico-naturales. La pretensión de los defensores de esta es aplicar esos métodos al desarrollo de la norma jurídica.

La formulación de esta teoría es la siguiente:

1. Que dado un hecho causa antecedente, le sigue un hecho efecto subsiguiente.
2. Esa relación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica ha de ser rígida y necesaria. Esa relación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica es determinista y en ella no existe la libertad.

Existen varias posibles críticas a esta teoría:

1. Este planteamiento tan rígido e inflexible ha sido hoy superado por la física moderna, con el principio de indeterminación de Heisenberg, que da una mayor flexibilidad al método de causalidad, potenciada también por la utilización del método estadístico. La ley de causalidad tiene hoy un carácter estadístico. El profesor

Legaz Lacambra en Filosofía del Derecho dice que la utilización de estos métodos ha aproximado la ley física y la ley jurídica.

2. Se critica su carácter excesivamente formal, ya que la ley de causalidad al aplicarse de un modo rigurosos no puede explicar que una misma causa produzca distintos hechos. Una misma conducta en Derecho puede producir diferentes consecuencias.

3. Se puede argumentar la retroactividad. En Derecho penal las leyes suelen ser retroactivas si favorecen al reo. De acuerdo con la causalidad este hecho no sería posible, porque la retroactividad temporal no tiene cabida en la ley causa–efecto.

b) Teorías imperativistas.

Cuando se habla de imperatividad nos referimos a que la naturaleza de ese vínculo consiste en una manifestación de voluntad libre del que manda a otra voluntad determinada del que tiene que obedecer.

Se plantea la cuestión de cómo se entiende ese mandato y qué sentido tiene ese imperativismo. Existen varias teorías para explicar ese hecho:

a') Voluntarismo e imperativismo.

esta teoría puede tener una doble formulación:

1. Supone el recordar esa vieja discusión intelectualismo–voluntarismo sobre la Ley Eterna. Se resalta la idea de mandato, frente a la idea de intelecto.

2. Dentro de la teoría general del Derecho. Existen normas donde se advierte que la voluntad de un sujeto obliga a la voluntad de otros sujetos. Los derechos subjetivos del acreedor obligan al deudor. Existe un problema cuando nos encontramos con un derecho subjetivo de caracteres no definidos exactamente. Tenemos derechos subjetivos donde no se ve claramente como una manifestación de la voluntad obliga a otras voluntades.

A. Thon trata de salvar este problema mediante la teoría de la constelación o conjunto de imperativos, que consiste en que esa norma, donde no se ve claro el imperativo y a quien se dirige, remite a otras normas similares que sí lo indican. Eso es posible mediante la construcción sistemática del Derecho Positivo, en donde las normas se relacionan con otras. También es posible debido a la existencia de los institutos jurídicos, en cuyo interior se relacionan las normas jurídicas.

b') Teoría de Kelsen.

Para Kelsen el esquema genérico de la norma (si se da un supuesto de hecho sigue una consecuencia jurídica) tropieza con una dificultad consistente en la separación entre el ser y el deber ser.

La primera parte de la formación de Kelsen no hay que olvidar que es neokantiana y es por ello por lo que adopta el dogma del dualismo metódico, que consiste en la separación del ser del deber–ser (en la esfera del deber–ser –sollen– están las normas y en el campo del ser –sein– se encuentran los hechos). La pureza que persigue Kelsen consiste en mantener la separación del deber–ser y del ser que son dos formas últimas del pensamiento.

Ahora bien, desde que el esquema de la norma Kelsen separa el ser del deber–ser lo que le obliga a eliminar de la norma cualquier contenido que se refiera a los hechos (ser) y entonces no puede aceptar el imperativo ya que éste consiste en un hecho psicológico (hechos que son la legalidad del dominio del ser)– Si aceptara una

explicación imperativista de las normas jurídicas, aceptaría una explicación norma basada en una ley natural, y ello sería privarla de su sentido, si no de ley, sí de norma.

Entonces tiene que entender el esquema de la norma fuera de todo imperativo. Se produce pues, la inversión del esquema de la norma; la norma primaria habría que entenderla de la siguiente forma: si se da la infracción, sigue la sanción (Si no S/infracción, entonces C/sanción).

¿Qué pretende Kelsen con esta inversión de los términos de la norma?: Trata de evitar que en el esquema de la norma penetre cualquier elemento de hecho. Queda así la norma reducida a un esquema abstracto de significación puramente jurídica sin salir del ámbito del deber-ser, esto es, del campo puro de la norma, y es por ello por lo que no puede ser imperativo.

En una última etapa de su obra Kelsen acaba distinguiendo entre norma jurídica (law) y regla jurídica (rule). Con esta distinción, una cosa es la norma que al aplicarse determina derechos y deberes que establecen una consecuencia jurídica radical intelectualista donde negaba totalmente al imperativo. Pero otra cosa distinta de la norma es la expresión lógica intelectualista mediante la que conocemos la norma (proposiciones lógicas que el jurista teórico maneja para conocer mejor la norma) y que son reglas jurídicas o proposiciones normativas.

Parece que la segunda parte del razonamiento queda en el aire. Cabe preguntarse: ¿aceptando este esquema (dada la infracción se sigue la sanción coactiva), en virtud de qué vínculo sigue la consecuencia de Derecho como sanción? Kelsen inventa una categoría última: ese vínculo no puede ser causal (porque la causalidad rige en el mundo de los hechos), sino que responde a la categoría de imputación. El pensamiento primitivo, antes de llegar a la idea de causalidad, veía, como una concepción animista o antropomórfica, que todos los sucesos de la naturaleza exterior no pueden explicarse como efecto de una causa, sino como la acción de una voluntad libre que impone una determinada consecuencia. Entonces la consecuencia hay que imputarla (de aquí "imputación") a una voluntad anímica que la determina.

Parece que las normas, en general, conservan ese esquema primitivo de la imputación. Imputar la consecuencia jurídica de la norma a la voluntad que la determina, tiene un sentido imperativista, pero muy abstracto; y ello hace que, aún aceptando un cierto imperativismo, sin embargo no nos lleva al mundo de los hechos, del ser (es, por tanto, una categoría, una forma fundamental y última del pensamiento, del deber-ser).

Sin embargo, como hemos advertido, el último Kelsen rectifica esta posición antivoluntarista cuando distingue entre normas jurídicas, que sí imponen un imperativo (el de comportarse como manda el legislador) y reglas de Derecho, de construcción intelectual para el conocimiento de las normas, en las que no tiene por qué aparecer ningún momento imperativo.

La teoría de Kelsen, en relación, a su división de las normas jurídicas en primarias y secundarias, ha suscitado numerosas críticas, entre las que se destacan las de Hart y Dworkin. La crítica de Hart es contundente pues si se aceptase la postura de Kelsen, sería muy difícil, llegar a formular una norma jurídica completa.

Kelsen contempla el Derecho desde el punto de vista del que lo incumple, olvidando que, casi siempre el Derecho es aceptado por los destinatarios del mismo. Kelsen insiste en las normas que establecen obligaciones y prohibiciones, olvidándose de las que establecen potestades.

Para Hart el Derecho se compone de dos tipos de normas: primarias y secundarias. Según nos dice M. Atienza:

a) Normas primarias: son las que prohíben que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no.

b) Normas secundarias: son normas de segundo grado, normas que se retienen a las primarias y que pueden

clasificarse en:

- Normas de reconocimiento: las que nos dicen qué tipo de normas pertenecen al sistema.
- Normas de cambio: indican cómo y quién puede modificar, y, crear nuevas normas.
- Normas de aplicación: que establecen los órganos que han de decidir si se ha infringido o no una norma primaria.

Según Hart, las normas del primer tipo imponen deberes, las del segundo tipo, confieren potestades públicas o privadas.

Otra de las críticas superadoras de Kelsen se encuentra en R.A. Dworkin, el cual mantiene que el Derecho Positivo, no sólo está integrado por normas, sino también por principios. Se plasmarían en una serie de directrices económicas, sociales de justicia, etc... El ejemplo lo tenemos en la Constitución española en los principios rectores de política, social y económica. Todo lo cual supone una superación del positivismo jurídico.

c) Realismo jurídico escandinavo:

La Filosofía del Derecho del neopositivismo nórdico o escandinavo, consiste en un movimiento muy consecuente, pero sin una base filosófica demasiado profunda ni crítica. Sus autores más representativos son Karl Olivecrona y Alf Ross.

Características:

1. La filosofía jurídica escandinava es ante todo realista y por ahí enlaza con otras corrientes del realismo jurídico: la americana y la inglesa. Están basadas fundamentalmente en la Semiótica jurídica.

El realismo significa que cualquier ciencia sólo puede contener enunciados o proposiciones que designen hechos comprobados en la experiencia. La ciencia consiste en conceptos portadores de sentido, y un concepto tiene sentido, es científico, cuando designa hechos que pueden ser comprobados en la experiencia; por el contrario, los conceptos metafísicos pertenecen a un mundo no científico (ej.: las relaciones jurídicas, la capacidad jurídica, etc.).

2. La crítica del lenguaje significa la depuración de los conceptos que utilizan las ciencia (por ahí la crítica del lenguaje conecta con la Semiótica jurídica).

3. Esa crítica del lenguaje no puede desembocar más que en un mero positivismo, esto es, no hay más Derecho que el Derecho Positivo (Derecho dado en la experiencia del mundo histórico-social).

Sobre esta base se construye la norma como imperativo: Lo que el lenguaje de la ciencia jurídica designa como normas son hechos que consisten en imperativos, en órdenes o en mandatos (el Derecho consiste en una manifestación de voluntad dirigida a otra manifestación de voluntad para influir sobre ella).

Ahora bien, hay que atenerse a lo que sean los hechos: Nos encontramos con normas, con expresiones imperativas, y no vemos el hecho de la voluntad que manda ni el hecho de la voluntad que recibe el mandato. La construcción es de Olivecrona: Hay normas que expresan imperativos y en las que no vemos los hechos, ya que, aún conservando la forma de imperativo, no hacen referencia directa a los hechos. Entonces hay que distinguir dos formas de imperativos:

a) Normas que expresan imperativos y que se refieren a los hechos de la vida social (mandato).

b) Normas que siguen expresando imperativos, pero que no corresponden al hecho del imperativo (imperativos autónomos).

En realidad, el realismo nórdico se encuentra con la misma dificultad de fondo con que tropieza todo el imperativismo: el mandato juega con cierta independencia respecto de la expresión imperativa de la norma.

d) Lógica deóntica.

Es la lógica de las normas. Se enfrenta con el hecho de que la lógica tradicional no sirve cuando se aplica a las proposiciones que consisten en normas; hay entonces que desarrollar una lógica sobre bases nuevas que responda a las proposiciones preceptivas sobre las cuales se originan normas. Es decir, la lógica tradicional no es adecuada cuando se trata de normas, y por eso aparece la lógica deóntica.

Ahora bien, ¿qué significado tiene la lógica deóntica al ponerle en relación con el imperativo? Tras las proposiciones preceptivas de la norma se esconde un imperativo que desde el punto de vista lógico exige un tratamiento diferente que le proporciona la lógica deóntica.

Hay dos clases de proposiciones: 1) Descriptivas (que responden al criterio de verdad o falsedad). 2) Preceptivas (responden al criterio de válido o inválido).

El resultado de una proposición preceptiva nunca podría ser una proposición descriptiva. Una norma permisiva implica a la vez una norma preceptiva y otra prohibitiva, lo cual es una contradicción de la lógica tradicional, por lo cual los imperativos se resisten a ser estudiados por la lógica tradicional.

El punto de partida de la lógica deóntica corresponde a lo que se llama en la doctrina actual el dilema de Joergensen. *Cuando en un encadenamiento de enunciados figuran propósitos... y modificar la concepción tradicional de la lógica al igual que varias nociones lógicas (primer miembro del dilema) o bien conservar la noción actual de lógica tradicional rehusando a los encadenamientos de proposiciones normativas o imperativas el carácter de tales razonamientos convirtiéndolos en pseudorazonamientos (segundo miembro del dilema).*

A partir de este dilema, aparece, en general, expresada la necesidad de construir una lógica nueva que es la lógica deóntica: las normas consisten en imperativos que no pueden ser objeto de los razonamientos típicos de la lógica tradicional. El problema, desde el punto de vista lógico consiste en poner en relación entre sí a las proposiciones que expresan normas.

Queda también un problema filosófico: Si una proposición preceptiva enuncia un imperativo, no puede expresarse conforme a una proposición de verdad o falsedad y esto significa arrebatar al imperativo todo significado racional.

Kalinowski distingue entre:

- 1) Juicios de valor: Ni mandan, ni prohíben, ni toleran.
- 2) Imperativos : Mandan o prohíben.
- 3) Normas: Mandan, prohíben o permiten, y se pueden expresar en una proposición explicativa.

e) La norma como imperativo hipotético :

La expresión condicional de la norma (Si A, B) indujo a la mayoría de los neokantianos a pensar que esa expresión condicional de la norma corresponde a lo que a partir de Kant se llamó imperativo hipotético.

Para Kant los actos de la voluntad práctica consisten en: a) Imperativo categórico. b) Imperativo hipotético. c) Imperativo de actos de prudencia.

Ese imperativo categórico expresa la necesidad racional de realizar un acto por lo que significa en sí mismo (obra de manera que tu obra pueda convertirse en una forma de obrar humana universal). Como las normas de Derecho tienen una expresión condicional y como el imperativo categórico nunca es una expresión condicional, la norma no puede consistir en un imperativo categórico.

El imperativo hipotético quiere decir los medios para llegar a una finalidad, sea ésta la que sea (tanto buena como mala). Cualquier finalidad cabe dentro del imperativo hipotético, que se expresa en forma condicional.

Con todo ello lo que se consigue es que el orden del Derecho se reduzca a un mero orden técnico y neutral. No obstante, hay posturas eclécticas:

- 1) En el Derecho hay tanto imperativos hipotéticos como categóricos (Del Vecchio).
- 2) El carácter imperativo no puede ser confundido con su expresión condicional.

f) La norma como precepto:

Legaz distingue entre el imperativo como adjetivo o cualidad de la norma y el imperativo como sustantivo (que equivaldría a reducir la norma a un mero imperativo, lo que no puede ser).

Legaz añade: Al no poder identificarse la norma en su sustancia como un imperativo, prefiere caracterizarla como un precepto ya que éste supone un imperativo, pero un imperativo que descansa en un juicio que da sentido al precepto. El precepto, en suma, expresa al vez el carácter intelectual de la norma y el carácter imperativo de la misma (el precepto da así cabida a un elemento intelectual).

Desde el punto de vista filosófico ha habido intentos de explicar en qué consiste la entidad que llamamos norma, es decir, cuál es el estatuto ontológico de la norma. Pues bien, consiste en hacer de la norma un ser intencional. pero, ¿en qué consiste el ser intencional? Hay unos seres de experiencia con realidad externa (ej.: mesa), hay unos seres que crea la mente (ej.: Dulcinea) y hay, en tercer lugar, un tipo de entidades que crea la mente y que no tienen más existencia que la conocida por mi mente (ej.: un juicio), que no hay que confundirlas con el proceso psíquico que las crea, porque si no pierde la norma toda su objetividad. Este último tipo de realidades es el ser intencional (que está a mitad de camino entre el ser ideal y el ser real). Esta discusión no es aceptada por todos los autores. Sí la aceptan Kalinowski y la Escuela Polaca.

3. NORMA JURÍDICA Y PROPOSICIÓN NORMATIVA.

Los lingüistas distinguen dos planos del lenguaje (según vimos en la Semiótica) :

- a) Lenguaje–objeto: Designa objetos (es menos abstracto). Ej.: mesa.
- b) Metalenguaje: Designa los nombres constitutivos del lenguaje–objeto (es más abstracto que el primero), (ej. mesa).

Así, las famosas paradojas del lenguaje sólo pueden ser corregidas desde los planos más elaborados, críticos, superiores, del metalenguaje.

Trasladada al Derecho esta distinción, los lógicos admiten ya la distinción entre el lenguaje del Derecho o lenguaje de las normas (como lenguaje–objeto), que designa la realidad de una conducta social a la que se aplican consecuencias de Derecho, y el lenguaje de los juristas (como meta–lenguaje).

Desde el punto de vista de la teoría de la norma, la distinción está en el fondo de Kelsen cuando contraponía norma jurídica (lenguaje de las normas) a la regla de Derecho (lenguaje de los juristas). Entonces, en vez de regla hay que hablar de proposición normativa (terminología que no ha sido aceptada por todos los autores).

Hay que distinguir entre la norma (órgano de regulación del Derecho en cuanto se dirige a regular la vida social) y la proposición normativa (simples palabras mediante las cuales conocemos el contenido de las normas). Esa distinción, clara desde el punto de vista lógico, en el caso del Derecho se borra, porque incorpora, a menudo, su propio metalenguaje: en la norma encontramos términos o factores que no responden a la esencia de la norma (lo que hace difícil saber cuándo estamos ante elementos de valoración normativa y ante elementos que no pueden influir en la conducta social del sujeto).

Aquí serviría la vieja distinción entre textos para el Derecho y textos para el conocimiento del Derecho. Lo que, en conclusión, podemos afirmar es que en el Derecho existe un tránsito constante entre el lenguaje-objeto y el metalenguaje, que es inevitable, pero con la particularidad de que el Derecho tiene su propio metalenguaje.

Una de las caracterizaciones más claras de lo que sea la proposición normativa es la siguiente: Cuando hablamos de la estructura de una proposición jurídica que tiene por objeto una norma de Derecho, no nos referimos directamente al texto del precepto jurídico, sino a la expresión de la norma en términos más exactos (puede decirse que se trata de una reconstrucción técnica de la norma en la proposición normativa).

Quedan una serie de problemas: El lenguaje-objeto es el que emplea el legislador y lo sanciona con un acto de autoridad en el momento del fenómeno complejo que llamamos promulgación de la norma (es un lenguaje dogmático, portador de un carisma). Por el contrario, el metalenguaje puede ser considerado simplemente como un lenguaje teórico-doctrinal: es el de la teoría o el de la doctrina (aunque debe tratarse de una doctrina o de una teoría del Derecho que se aplica en la práctica). Esos problemas a que hemos hecho referencia son:

1º. Parece que hay un paralelismo necesario, riguroso, entre la norma y su proposición normativa hasta el punto de que, a veces, el mismo texto empleado por el legislador corresponde a elementos del metalenguaje: entonces la norma contiene la proposición normativa y parece que no se distingue la una de la otra.

Para distinguirlas hay ejemplos que pueden llegar a convencer:

a) Cuando se trata del texto de una norma no escrita, se ve más clara la distinción, porque nada impide al jurista expresar la norma consuetudinaria en un texto que no es dogmático, pero que sirve para conocer en qué consiste la norma consuetudinaria.

h) Theodor Geiger: La proposición normativa tiene dos aspectos, uno declarativo (permite conocer una norma previamente establecida por el legislador), otro proclamativo (texto como proyecto anticipado de una norma que va a expresar el legislador).

2º. El lenguaje de las normas parece estar construido sobre una lógica especial (lógica deótica) con sus reglas peculiares, distintas a las de la lógica tradicional, mientras que la proposición normativa posee un lenguaje descriptivo que responde a la lógica tradicional. De ahí ésta última cuestión: Como las normas expresan lo justo o injusto, expresan un juicio, en cambio, el lenguaje teórico de la proposición normativa no contiene directamente juicios, sino conceptos. Desde el punto de vista lógico, esto permite demostrar cómo a toda proposición preceptiva corresponde una proposición teórica; pero, a partir de Huserl, juicio y concepto se hacen equivalentes, desapareciendo así la anterior distinción.

La dificultad para distinguir entre norma y proposición normativa estriba en que el Derecho incorpora a la norma expresiones de metalenguaje. Y eso sucede con frecuencia, en el caso del Derecho español, en las Exposiciones de Motivos: Tienen efectos prácticos directos sobre el lenguaje de las normas porque permiten

su interpretación y, a menudo, su integración hasta el punto de que el Tribunal Supremo, a veces, ha vacilado interpretando las Exposiciones de Motivos.

Así, podemos señalar la sentencia de 14-X-1955: Ésta, al igual que Exposiciones de Motivos, es un elemento importante que ayuda a las tareas interpretativas... pero que carece de fuerza vinculante que sólo puede tener la misma Ley una vez aprobada, a la que deberá darse prevalencia en caso de discrepancia entre ambas.

4. NORMAS INCOMPLETAS.

Es discutible que el problema de estas normas, desde el punto de vista sistemático, haya que plantearlo así. Se trata de cómo se asocia el texto de la norma a la proposición normativa. En la anterior pregunta vimos este problema desde el punto de vista de la proposición normativa y ahora en esta pregunta lo veremos desde el punto de vista de la norma.

En efecto, en la norma misma aparecen unas figuras que reclaman la función crítica de las proposiciones normativas. En todos los ordenamientos jurídicos se dan normas incompletas cuyo texto, desde el punto de vista del lenguaje en general, es completo, pero que desde el punto de vista de su significación jurídico-normativa es incompleto.

Pasemos ahora a un problema lógico de la construcción del Derecho: Para no repetir conceptos normativos o para evitar antinomias se recurre a las normas incompletas. Son normas que, desde el punto de vista lógico, están fundadas en las relaciones de unas normas con otras: Dada la relación sistemática entre las normas, las relaciones lógicas o intersistemáticas entre los elementos, permite que el legislador dé una norma cuyo conocimiento se produce dentro del sistema, dejando incompleto el legislador el texto de una norma, desde el punto de vista jurídico. Es decir, el legislador deja incompleta una norma para evitar repeticiones y antinomias pero a condición de ser completada por una norma distinta dentro del mismo ordenamiento.

Desde el punto de vista de la relación entre normas y proposiciones normativas, la idea general consiste en que la conexión o vínculo entre las normas incompletas para que mutuamente lleguen a completarse en sus términos jurídicos supone una revisión crítica del sentido de la norma que hay que remitir al plano superior y más abstracto de las proposiciones normativas.

Las normas incompletas para completarlas no basta con la analogía ni con los razonamientos en general de interpretación jurídica: es que hay en el fondo un conocimiento del significado del texto más abstracto que remita a su proposición normativa. Es decir, en estos casos límites no basta la analogía, sino que es preciso que el legislador establezca que los dos supuestos de hecho son equivalentes o análogos a condición de completar uno con el otro porque el primer supuesto de hecho quedó incompleto. Por lo que las normas incompletas son expresión de verdaderas proposiciones normativas incorporadas ahora al texto de la norma.

La doctrina clasifica las normas incompletas en:

A) Normas incompletas de aclaración o definición.

Hay normas cuyo supuesto de hecho general no contiene todos los elementos bastantes para que el juzgador encargado de aplicar la norma sepa cuál es el alcance de ese supuesto de hecho. En este caso hay que poner en relación esa norma con otra distinta perteneciendo al mismo sistema que aclara o define la expresión logicojurídica en que se explica al supuesto de hecho de la norma.

Ahora bien, cuando el legislador recurre a este procedimiento, en realidad lo que está incorporando al texto de la norma es toda una proposición normativa que nos permite entender con mayor claridad o precisión el alcance del supuesto de hecho de una norma, y ello es por su relación con el supuesto de hecho de otra norma.

B) Normas incompletas de limitación o restricción.

El legislador establece en una primera norma incompleta la regla general, pero dentro de esa regla general hay casos que exigen una regulación distinta porque las consecuencias jurídicas de esa primera norma causarían injusticias (se motivan así las llamadas lagunas ocultas). Hay que limitar las consecuencias jurídicas de una primera norma estableciendo una segunda norma que es la excepción a esa regla general; luego hay una norma incompleta que ha de completarse con una segunda norma por restricción.

C) Normas incompletas de remisión o reenvío.

A veces tienen un alcance fuera del ordenamiento jurídico. Es un proceso para incorporar a un ordenamiento jurídico elementos procedentes de otros ordenamientos jurídicos (ej.: en la legislación eclesiástica). Dentro del mismo ordenamiento el legislador deja normas incompletas para que la regulación de determinados casos se obtenga aplicando no una norma directamente, sino esa norma en conexión con otra distinta.

El reenvío o remisión afecta tanto al supuesto de hecho como a la consecuencia jurídica y a que ambas pueden quedar incompletas. Supone incorporar al texto de la norma una proposición normativa que es la que sirve de base a la remisión o reenvío.

Otro problema es el de las ficciones, que también pueden plantearse como un caso de normas incompletas, y, sobre todo, las ficciones legales (que suponen dar una proposición normativa como interpretación expresa o tácita de la norma) en las que el legislador deja un texto en términos ficticios para que sea completado. Ello nos lleva a ver cómo el texto de la norma no puede separarse de la proposición normativa.

Las ficciones legales tienen el carácter y la función de las normas incompletas. De manera consciente el legislador establece como condición en el supuesto de hecho de la norma hechos que en la realidad social no se dan (aunque los establece como si se hubiesen dado). ¿Es posible desde el punto de vista lógico aceptar esta anomalía? Si el legislador en la proposición normativa describe los hechos de la experiencia social, no tendría cabida la ficción (no se puede describir la realidad social mediante errores conscientes), lo que sucede es que la norma tiene un carácter preceptivo o prescriptivo y lo importante, pues, es establecer una fórmula ordenadora del Derecho, aunque desde el punto de vista de la realidad no tenga cabida. Se diferencia aquí también al lenguaje propio de las normas (ficción) del metalenguaje. En el Derecho histórico cumplen las ficciones una serie de funciones que ahora no interesan tanto. En la actualidad, las ficciones responden a dos planteamientos:

a) Ficciones que sirven de fundamento a la resolución del juzgador: A partir de ahí se da todo el mecanismo de las presunciones.

b) Ficciones que son un nuevo tipo de las llamadas normas incompletas, donde la recepción del legislador de un tipo que no se da en la vida real cumple la misma función que una norma de aclaración o de definición (ej.: nasciturus, conmorienencia).

Con mayor frecuencia las ficciones significan verdaderas normas incompletas de carácter restrictivo.

Conclusión: El texto de la norma en su expresión ficticia está evitando una construcción lógica más compleja, más vulnerable desde el punto de vista de la interpretación; el legislador lo salva llevando al texto de la norma una ficción que, por otra parte, el intérprete sabe hasta dónde debe aplicar (y así se libra de incorporar a la norma una proposición normativa). Así se producen ficciones que corresponden a una verdadera interpretación auténtica, aunque no se hace de forma expresa, sino que el legislador recurre a una serie de proposiciones normativas puestas al lado del texto mismo de la norma.