

Tema I. El contexto de la definición de derecho.

- *La presencia del derecho.*

La vida del hombre discurre en continuo contacto con el derecho, ya que diariamente realizamos acciones de trascendencia jurídica (compra de periódico...) Sin embargo no somos tan conscientes de este contacto como en otras ocasiones que se produce de un modo más manifiesto y perceptible (compra de un piso) Esto no es sólo por las consecuencias que derivan de esas acciones, ni por lo infrecuente que pueda resultar la compra de un piso respecto a la de un periódico, sino también por las solemnidades específicas que acompañan al proceso de su realización.

- *El sentido de la definición preliminar de derecho.*

Se nos presenta un intrincado abanico de dificultades a la hora de definir el derecho. Es sorprendente observar que tanto estudiosos del derecho, como operadores jurídicos e incluso personas ajenas a este mundo, disponen de un concepto aproximado, y sin embargo no se ponen de acuerdo a la hora de definirlo. Esta situación no deja de representar importantes ventajas para el progreso de la ciencia del derecho, ya que sus cultivadores deben afinar sus herramientas teóricas para obtener la mayor aproximación posible, pero a la vez, nos sumerge en un sentimiento de incomodidad al no poder disponer de un criterio firme y seguro para discernir lo jurídico de lo que no lo es. Algunos teóricos reducen el ámbito de lo jurídico al conjunto de reglas dictadas por el poder legislativo, en tanto que otros a las reglas que resultan coincidentes con los preceptos del derecho natural... A pesar de esto, hay que reconocer un cierto nivel de acuerdo o consenso en torno a esta cuestión, ya que el derecho opera en la vida social condicionando en buena medida nuestras acciones individuales.

3. Definición del derecho y análisis del lenguaje.

3.1. Las ventajas del análisis lingüístico.

Habría que reflejar la inexistencia de un vínculo de necesidad entre la expresión lingüística derecho y el objeto que le sirve de referencia, situando nuestro punto de atención en los usos que adquiere la palabra derecho, admitiendo que esos usos convencionales pueden dar cuenta de la consistencia de esa realidad convencional que reconocemos bajo la denominación de derecho. Para esto resultará muy útil proceder al análisis del significado que adquiere la palabra derecho en el uso común que de la misma se hace en el lenguaje ordinario.

3.2. Las insuficiencias del análisis lingüístico.

Los problemas subsisten cuando se comprueba que la adopción de esta fórmula lejos de proporcionarnos elementos para una inmediata identificación del concepto derecho, nos suministra algunos problemas relativos al término derecho, lo que incide en una desorientación de los juristas. Y es que se ha comprobado que la palabra derecho en el lenguaje ordinario adolece de una buena dosis de ambigüedad, de vaguedad y de carga emotiva.

3.2.1. La ambigüedad del término derecho.

Decimos que la palabra derecho es ambigua porque es usada en el lenguaje ordinario con significados diferentes, los cuales se identifican por el contexto. Podemos utilizar al término derecho como sinónimo de norma o conjunto de normas (derecho objetivo), como equivalente a facultad o poder (derecho subjetivo), como sinónimo de justicia o como sinónimo de la ciencia del derecho. Entre todas estas

acepciones existe una íntima conexión, lo que conlleva a los autores que se adhieren a tesis normativistas erigir como acepción del derecho que refleja de la forma más adecuada el significado del término al derecho objetivo, y a los que se adscriben a tesis personalistas erigir al derecho subjetivo. Ahora bien, parece razonable entender que la palabra derecho en el lenguaje ordinario nos sitúa como punto de referencia a la acepción del término derecho como norma o sistema de normas (derecho objetivo) Esto es porque resulta imposible detectar derechos subjetivos sin una norma que los reconozca. Y aunque pueda parecer lógico que los derechos humanos son derechos inherentes a la condición humana y son derechos subjetivos, la referencia a estos derechos como derechos subjetivos presupone la identificación de un sistema jurídico que los reconozca. Podemos decir también que la acepción de la palabra derecho como sinónimo de justicia, presupone la de la norma jurídica que se legitiman por su calidad de justas o pueden ser objeto de crítica por su calidad de injustas. Finalmente, es imposible hacer ciencia del derecho si no se dispone de las normas jurídicas que lo constituyen. Así pues se optará por derecho objetivo como la consideración preferente con vistas a la explicación de la consistencia del derecho. Pero aún estamos muy lejos de solucionar el problema referido, porque la conciencia que podamos tener de los términos en que se produce la relación entre las diversas acepciones no basta por sí sola para eliminar la acumulación de usos superpuestos.

3.2.2. La vaguedad del término derecho.

El término derecho está también afectado por una buena dosis de vaguedad, incluso reduciendo la variedad de sus significados a su acepción como derecho en sentido objetivo, ya que no resulta fácil localizar atributos que puedan considerarse como definitorios del derecho. Hay enormes dificultades para encontrar una característica o un atributo tipificador del derecho que siendo común a cada uno de los usos de la expresión ayude también a deslindarlo de otros órdenes diferentes. Es muy común la consideración de la coactividad como elemento caracterizador del derecho, pero hay amplios sectores del ordenamiento jurídico a los que parece ser ajena esta coactividad. También se ha hablado de la imperatividad como característica típica del derecho, pero por una parte no nos permite distinguir al derecho de otros órdenes normativos como la moral o el trato social, y por otra no todas las normas jurídicas traducen una expresión imperativa, ni desarrollan una función imperativa (muchas normas constitucionales pueden considerarse expresadas en lenguaje no imperativo) Otros han pretendido encontrar en la generalidad la característica identificadora del derecho, pero ello supondría dejar fuera del mundo jurídico a las sentencias judiciales. Son muchos los obstáculos que estos y otros ensayos han encontrado. La vaguedad no es un problema que afecte de forma exclusiva, ni siquiera de manera especial, al término derecho, pero ello no disminuye la necesidad de reducir al máximo el nivel de vaguedad del vocablo derecho con el fin de poder establecer una serie de caracteres definitorios del mismo.

3.2.4. La emotividad del término derecho.

La palabra derecho presenta una gran carga emotiva. No todas las palabras tienen un significado descriptivo, hay otros términos que se utilizan para expresar emociones. No faltan tampoco las palabras que conjugan su significado descriptivo con una dosis de significado emotivo. Es bastante frecuente que la carga emotiva de los términos lingüísticos perjudique su significado por la tendencia general de ampliar o restringir el uso del término. Puede decirse que la carga emotiva que conlleva el término derecho constituye un considerable obstáculo a efectos definitorios.

• Definición de derecho y tradiciones jurídicas.

Ante toda esta serie de dificultades, se ha optado por remitir la solución del problema a la tradición. Así entenderíamos derecho como aquello que tradicionalmente viene siendo derecho. Si ya hemos reconocido la exigencia de cierto acuerdo o consenso con relación a algo que identificamos como derecho, resulta razonable ubicar en ese acuerdo de voluntades la clave para obtener una definición de

derecho. Sin embargo, esta teoría encuentra algunos problemas difíciles de soslayar. Y es que aún admitiendo que existe un consenso con relación a la consistencia del derecho, falta por decidir si se registra entre los juristas, o entre los legos, o si coinciden las apreciaciones de ambos grupos, y si no es así, cual de ellos sería el consenso habilitante. Habría que determinar también cuál es la concreta tradición que se tiene que tomar en consideración, ya que resulta evidente que pueden discernirse, incluso dentro del propio mundo de los juristas, diversas tradiciones que difieren de manera sensible.

Tema II. El iusnaturalismo

- *Las limitaciones de la caracterización unitaria del iusnaturalismo.*

Se conoce bajo el nombre de iusnaturalismo a una enorme variedad de doctrinas relativas al fenómeno jurídico. Desde sus orígenes en el siglo V a.c. hasta su decadencia en el siglo XIX, se caracteriza como la exposición de una pluralidad de doctrinas que difiriendo en muchos de sus elementos definitorios coincidían al menos en alguno. Los ensayos de caracterización unitaria del iusnaturalismo se ven limitados al esbozo de unos pocos rasgos comunes, que difícilmente pueden proporcionar una idea aproximada de las señas de identidad de cada una de las doctrinas iusnaturalistas.

- *La ductilidad ideológica del iusnaturalismo.*

Las tesis iusnaturalistas se caracterizan por su amplia funcionalidad ideológica, pudiendo hablarse en el terreno estrictamente ideológico político de una ambivalencia del derecho natural, y también del iusnaturalismo, que en algunos casos asume un sesgo marcadamente conservador y en otros desempeña función revolucionaria. Y es que si por una parte la distinción entre la naturaleza y la ley humana sirvió a los sofistas para deslegitimar las leyes humanas como normas arbitrarias que operaban al servicio de quien detenta el poder, por otro lado llevó a Sócrates a justificar la obediencia incondicional a las leyes humanas incluso cuando éstas se separan del orden natural estableciendo situaciones de injusticia. Como realización práctica de los postulados teóricos de las tesis iusnaturalistas destaca el movimiento revolucionario francés en el siglo XVIII, en contraposición al precedente modelo del estado absoluto. Estas mismas tesis son esgrimidas con frecuencia para justificar la instauración de determinadas instituciones de carácter antilibertario.

- *Identificación mínima del modelo iusnaturalista.*

Por una parte no se puede discernir un único modelo iusnaturalista, y por otra, la visión que se tiene de los diferentes modelos iusnaturalistas resulta deformada por los prejuicios ideológicos de cada uno de sus analistas. De ahí la oportunidad de identificar caracteres comunes a los variados modelos iusnaturalistas haciendo abstracción de las funciones que desarrollan (discernir el mínimo común denominador del arquetipo iusnaturalista) El jurista italiano Norberto Bobbio define al iusnaturalismo como la doctrina que, distinguiendo el derecho natural del derecho positivo, sostiene la supremacía de aquél sobre éste. Esta supremacía adquiere caracteres diversos en función de los tres modelos distintos de expresión del iusnaturalismo que se han dado a través de la historia (como una ideología, como una forma de comprensión y explicación del fenómeno jurídico y como un peculiar modo de aproximación al conocimiento del derecho). Bobbio entiende que se puede ser iusnaturalista en alguna o algunas de las formas referidas de forma independiente, lo que es demostrado en la historia, que muestra doctrinas que son iusnaturalistas únicamente en alguno o algunos de los apuntados aspectos. Esta opinión ha merecido la enérgica crítica de Gregorio Robles, quien desde la perspectiva de consideración del iusnaturalismo como forma de entender el fenómeno jurídico concibe como distorsionante la explicación Bobbiana. Es posible admitir la comprensión del iusnaturalismo de Gregorio Robles y simultáneamente reconocer que a lo largo de la historia se han presentado como iusnaturalistas doctrinas que no responden a este esquema, ya que el uso del vocablo iusnaturalismo obedece a una convención que experimenta variaciones en el tiempo e incluso en las personas.

4. La mutabilidad del modelo iusnaturalista.

4.1. Las formas de concebir el dualismo jurídico.

La diversidad de las doctrinas iusnaturalistas encuentran su razón de ser en las modificaciones que se producen en los dos elementos que las definen como tales (el dualismo jurídico y el significado del término naturaleza). Las doctrinas iusnaturalistas se caracterizan por la existencia de dos derechos (el derecho natural y el positivo), el diferente grado de intensidad de superioridad del derecho natural sobre el positivo abre un gran abanico de posibilidades.

4.2. Las etapas del iusnaturalismo.

4.2.1. El iusnaturalismo de la Antigüedad.

En el significado de la palabra naturaleza se observa una evolución en el pensamiento griego desde su consideración de naturaleza física hacia su progresiva desmaterialización. Sobre esta base elaborará Aristóteles la diferenciación entre lo justo por naturaleza y lo justo por convención. Esta distinción la aplicará a los tipos de leyes estableciendo el antecedente del derecho natural. Así diferenciará la ley particular, la que cada pueblo se atribuye a sí mismo, de la ley común, conforme a la naturaleza. Cicerón desarrollará una división tripartita entre el ius civile, derecho particular de cada pueblo, el ius gentium, derecho universal y el ius naturale, que fundamente las prescripciones de ambos. Aquí no queda claro el carácter (natural o convencional) del ius gentium, pero expresa con nitidez el sentido de la ley humana. Gayo distingue el ius civile, derecho peculiar de cada pueblo, del ius gentium, derecho establecido por la razón natural para todos los hombres. Ulpiano recupera la denominación ius naturale, siendo el derecho común a todos los animales, el ius gentium, común a todos los hombres y el ius civile, peculiar de cada ciudad. Paulo limita la clasificación al ius civile, el que en cada ciudad resulta ser útil a todos o a la mayoría y el ius naturale, el que siempre es bueno y justo.

4.2.2. El iusnaturalismo medieval.

En esta época se entiende el aspecto racional del derecho natural vinculado a la divinidad. La razón se orienta teológicamente. San Agustín reclama la concepción racionalista que entiende el derecho natural como un derecho cognoscible por la razón humana, vinculado a la ley eterna. Considera la idea de la justicia en términos de mandato de Dios. Santo Tomás de Aquino reformula la división tripartita que estableciera San Agustín, a partir de la consideración del universo cristiano como una creación de Dios que lo gobierna por medio de la ley eterna. Así la ley eterna se presenta como principio ordenador del universo y la ley natural como la participación del hombre a través de su razón en la ley eterna. En la ley natural pueden distinguirse principios primarios y secundarios. La ley humana tendrá que adaptarse a las circunstancias de cada sociedad, pero sólo resultará obligatoria cuando sea congruente con la ley natural. Esta tesis encuentra una oposición en Gabriel Vázquez, que en su afán de objetivar las prescripciones del derecho natural, desvincula a éste totalmente de Dios, fundamentándolo en la razón del hombre, constituyendo el precedente inmediato de una nueva forma de concebir el iusnaturalismo.

4.2.3. El iusnaturalismo de la edad moderna.

El iusnaturalismo experimentará un cambio radical en la edad moderna. Lo que proporcionará sus señas de identidad al iusnaturalismo moderno va a ser el carácter estrictamente racional, desvinculado de consideraciones teológicas, y la asunción de una perspectiva subjetiva al derecho natural, reconociendo a los individuos la titularidad de derechos inalienables. Hugo Grocio será el primer representante de la escuela de derecho racionalista, y tendrá una importante evolución desde su primera obra, en la que hace depender la justicia de las normas de la voluntad divina hasta que más

adelante expone que existiría derecho natural aún en el supuesto de que Dios no existiera. Grocio entiende que el hombre no es sólo un ser racional, sino también social, lo que le lleva a explicar el origen de la sociedad civil. Thomas Hobbes define el estado de naturaleza del hombre como un estado de inseguridad, de guerra, fundamentando un pacto de cesión a la autoridad de todos los derechos individuales en beneficio de la paz y el orden. John Locke también defiende la idea de pacto social, conduciéndole a conclusiones contrapuestas a las de Hobbes. El estado de naturaleza de los hombres es vivir guiados por la razón, disponiendo de derechos innatos, entre los que destacan la vida, la libertad y la propiedad generada por la acción de trabajo. Esto no le impide reconocer la conveniencia de la instauración de una autoridad política que garantice el respeto de tales derechos. Samuel Pufendorf opina que el estado de naturaleza del hombre es un estado de debilidad e indigencia, lo que le lleva a buscar seguridad para su vida y sus derechos asociándose a otros hombres. Juan Jacobo Rousseau por su parte, delinea un estado de naturaleza caracterizado por la bondad natural del hombre que le permite vivir preservando su libertad e igualdad. Según él es a partir de la aparición de la propiedad privada cuando se generan las desigualdades humanas y se hace necesario acudir al contrato social. Se produce de este modo el tránsito de los derechos naturales a los derechos civiles (la sociedad instituye el sometimiento de los individuos a la voluntad general) Kant identifica principios obtenidos directamente de la razón, al margen de cualquier experiencia histórica. Enfatiza el valor del principio libertad, configurando la libertad individual sobre la posibilidad de coexistir con la libertad de los demás. Todas estas doctrinas nos dejan a Hugo Grocio junto con Francisco de Victoria como creadores del derecho internacional, a Thomas Hobbes como el teórico del absolutismo del Estado, a John Locke como teórico de las doctrinas políticas liberales y Juan Jacobo Rousseau como teórico de la democracia.

Tema III. El positivismo jurídico.

- *Codificación del derecho y positivismo jurídico.*

La codificación se configura como el marco histórico al que se encuentra vinculado el origen del positivismo jurídico. Este presenta caracteres muy variables en cada área geográfica, pudiendo identificarse tres líneas tendenciales fundamentales, ubicadas en Francia, Inglaterra y Alemania, que dan cuenta de la falta de acuerdo existente a la hora de delimitar las notas características del positivismo jurídico.

- *La escuela de la exégesis.*

Es un conjunto formado por una serie de autores franceses y belgas condicionados por la promulgación del código civil francés (código de Napoleón –1804), en el que veían su única expresión y el único instrumento de exposición fidedigno del derecho civil francés. A la hora de valorar su relevancia histórica hay que tener en cuenta se dedicaban al análisis del derecho civil redimensionado en su influencia, como derecho adaptado a las exigencias de una sociedad liberal–burguesa. Federico Carlos Rau y Carlos Aubry comparten con los demás autores la reducción del derecho a ley y la veneración del código de Napoleón, pero se distancian de los otros al exponer un método basado en la elaboración de conceptos generales. Los epígonos de la escuela en cambio, lejos de explicar el derecho a través de conceptos abstractos, describen directamente el texto de la ley. Si detectaban contradicciones en esta ley se habilitaba como único método adecuado el análisis de los trabajos preparatorios de la ley en busca de la voluntad del legislador. Esto constituía la regulación de cualquier conflicto. Se sacraliza el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. Son muchos los representantes de la escuela que insisten en el fundamento de la ley en principios naturales. Sin poner en duda la función del derecho natural como fundamento de la ley positiva, esta queda sacralizada como el único derecho.

1.2. La jurisprudencia analítica.

En Inglaterra no se produjo una codificación del derecho. Sin embargo se llegó a una conclusión positivista en

el sentido de concebir al derecho como la voluntad de quien de hecho detenta el poder político. Jeremías Bentham fue defensor de que Inglaterra asumiera el modelo de codificación jurídica. Creó una reforma sustancial del derecho inglés articulada en tres partes distintas relativas al derecho civil, al penal y al constitucional. Tenía pretensiones de universalidad, pero su propuesta no fue aceptada. Su obra desprende un gran repudio al iusnaturalismo que se manifiesta en dos puntos. Por una parte, se rechaza la idea de derecho natural y de los derechos innatos del individuo, porque esto distorsiona la pretensión que debe guiar la vida del hombre (la consecución de la mayor felicidad del mayor número de personas). Por otro lado, el derecho viene concebido en términos de mandato de quien detenta el poder, sin que pueda hablarse de la presencia de derechos que no sean atribuidos por éste. John Austin también tiene un ideal codificador, pero no pretende valerse del código para transformar el derecho vigente en Inglaterra, sino para dotarle de la estructura unitaria que hacía imposible la fragmentación jurídica. Su concepción del derecho mantiene postulados positivistas, se desprende de los elementos valorativos del derecho natural, aunque reconoce algunos valores ajenos a la ciencia del derecho positivo. En un intento por hacer compatibles sus tesis desnaturalizó los términos estrictos de su concepción del derecho al reconocer a las sentencias judiciales como una especie de mandatos indirectos del soberano.

1.3. La escuela histórica del derecho.

Se suele identificar a Gustavo Hugo, como precursor de la escuela histórica del derecho (reconoce al derecho positivo como único derecho auténtico, negando carácter jurídico al derecho natural). Mantiene una actitud conceptualista. El origen de la escuela no puede desvincularse de la codificación, aunque en este caso comportaba una postura de repudio al mismo. Se presenta como auténtico instaurador de la escuela histórica del derecho Federico Carlos Savigny, el cual considera al derecho como un fenómeno más de la cultura de cada pueblo, sin que quepa reconocer ningún derecho natural que traduzca los imperativos de la razón. El derecho se presenta como un producto espontáneo, necesariamente irracional, que varía en función de los cambios del pueblo. La ley no puede constituir la expresión fidedigna del derecho pues su carácter estático contrasta con la dinámica de los sentimientos de cada pueblo. La primera manifestación del derecho no puede ser otra que la costumbre. Savigny rompe con la tradición del pensamiento que consideraba al derecho como la voluntad del soberano. Federico Putcha también tiene una gran propensión a la sistematicidad. Este autor introduce el concepto de espíritu del pueblo, que más tarde acogió Savigny, el cual, considerado como fuente originaria de cualquier manifestación jurídica, permitirá reconducir el derecho a una unidad. Putcha consumaba la recepción del derecho romano como modelo de sistema jurídico.

2. Las vicisitudes del positivismo jurídico.

Windscheid: Elaboración lógica formal, definiendo conceptos jurídicos elaborados por deducción lógica e interrelacionados y esto forma el sistema jurídico, representado por el método de la jurisprudencia de los conceptos. Los más representativos son Ihering, Zitelmann y Adolfo Merkel.

Merkel: Es su expresión más perfecta, con una formulación que aun hoy prevalece como el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales obtenidos a partir de la observación de datos normativos que suministran las diferentes ramas del ordenamiento jurídico.

Con Otto Mayer se consolidan estas teorías positivistas. Esto cambia a finales del siglo XIX cuando se produce la revolución industrial y empieza la crisis de estos planteamientos, lo que propicia un cambio de perspectiva. Ihering elabora un sistema jurídico en el que se observan dos etapas. Primero renegando cualquier consideración jurídica del derecho natural, identificando como derecho único al derecho positivo (norma estatal). Después mantiene que el derecho es la norma estatal proponiendo un método que atienda a los intereses y fines que tutelan las proposiciones jurídicas. Esto conecta con una nueva tendencia, la jurisprudencia de los intereses. Su representante Heck considera que la función de la ciencia jurídica es el interés social y añade que no es posible defender la plenitud del ordenamiento jurídico porque la teoría del Derecho debe descubrir cuál es el interés social. Una orientación similar mantienen los del movimiento del

derecho libre, cuyo precursor fue Oscar Vulgo, con su representación de la función del juez como creador del derecho. Kantorowicz también entiende como derecho libre, el integrado por las sentencias de los jueces y las opiniones de los científicos del derecho. El iniciador de la sociología del derecho, Ehrlich, consolidó lo que luego se ha venido a reconocer como la teoría del pluralismo jurídico, al admitir junto al derecho estatal la existencia del derecho social. En 1840 surge la crisis del positivismo. Kelsen intenta elaborar una teoría pura del derecho libre de cualquier elemento político, social, etc. Hace distinción entre el mundo del ser (naturaleza) y el del deber ser (norma jurídica), caracterizando al derecho por el principio de la imputación (consecuencia jurídica) La solución es el elemento característico de la norma jurídica. Hace una pirámide y construye una jerarquía de normas, constitución, leyes ordinarias, leyes extraordinarias y reglamentos. Todo su planteamiento bajo el método jurídico formal. Se encontró a la ideología del positivismo como responsable de gobiernos autoritarios, por lo que algunos reivindican la idea eterna del iusnaturalismo. La crisis tuvo un doble efecto, por un lado el postpositivismo jurídico y por otro plantear la urgente necesidad de determinar que significa ser positivista.

3. El concepto de positivismo jurídico.

Hemos incluido dentro del perímetro conceptual del positivismo a doctrinas que tienen poco que ver unas con otras (incluso antinómicas) La caracterización de las doctrinas que abogan por la codificación del derecho positivistas traería como contrapartida la necesaria desconsideración de las que se oponen a semejante fenómeno. Este método trae unos resultados desalentadores, por varios motivos. Por un lado el positivismo jurídico abriga tanto a doctrinas jurídicas formalistas como a antiformalistas. Por otro lado también existe un consenso a la hora de identificar como iusnaturalistas a doctrinas formalistas y también a doctrinas antiformalistas. En realidad buena parte de los equívocos existentes a la hora de determinar unitariamente el significado del positivismo jurídico derivan de la confusión entre positivismo filosófico y positivismo jurídico. En ambos casos se parte de observar los datos que nos suministra la experiencia y de la elaboración de las posibles teorías generales sobre la base de tales datos. Pero unos entienden la expresión dato de la experiencia en un sentido amplio, como hecho real y efectivo (positivismo filosófico) y otros la circunscriben estrictamente al dato normativo (positivismo jurídico) Mientras el primero se puede aplicar a diferentes objetos de conocimiento, el segundo sólo puede tomar por objeto al derecho. De esta forma el historicismo jurídico y las doctrinas jurídicas antiformalistas se pueden considerar positivistas en el sentido del positivismo filosófico. Y la escuela de la exégesis y del formalismo jurídico podrían ser positivistas en el sentido del positivismo jurídico. La distinción entre positivismo filosófico y positivismo jurídico en estos términos no responde a una necesidad, tiene un carácter convencional, y resulta bastante operativa a los efectos de clasificación y explicación de las teorías jurídicas. Muchas doctrinas jurídicas presentan elementos de ambos géneros como la teoría del derecho de Kelsen, aunque se considera positivista en el sentido del positivismo jurídico, ya que dar fundamento a la elaboración formal constituye su rango más característico. En cualquier caso ninguno de los dos puede ser conceptuado como iusnaturalista, ya que ninguno de los dos reconoce a ninguna entidad jurídica que se llame derecho natural. El positivismo se considera una doctrina monista (solo reconoce un derecho), lo cual lo diferencia del iusnaturalismo, doctrina dualista (reconoce dos derechos). Su caracterización como doctrina del monismo jurídico no impide que la misma sea usada en contextos diferentes originándose tres formas diferentes de positivismo jurídico. Bobbio alude a ella cuando señala que puede presentarse como una ideología de justicia (obediencia incondicional a la ley), una teoría del derecho (reduce el derecho al derecho estatal, y este a la ley) y una forma de entender el estudio científico del derecho (el objetivo de la ciencia es el análisis del derecho que existe en la realidad) A pesar de todo no existe unanimidad de pareceres a la hora de establecer que es el derecho positivo.

• El positivismo jurídico.

La toma de conciencia de las limitaciones inherentes al positivismo jurídico de inspiración Kelseniana ha traído como consecuencia que muchos teóricos del derecho orienten sus tesis en la alternativa iusnaturalismo–positivismo jurídico. El postpositivismo jurídico es a fin de cuentas una serie de doctrinas que llegan a la crítica del positivismo jurídico observado sus insuficiencias desde el conocimiento de lo que

supone posicionarse en la actitud metódica. Muchas de ellas asumen determinados elementos de teorías iusnaturalistas y positivistas, que al ser defendidos desde perspectivas diferentes resultan compatibles en el conjunto de la teoría. Se vive en una época de indefinición, pero de aquí surge la creatividad. La insuficiencia de ambas doctrinas como teorías integrales del derecho constituye una buena prueba de la complejidad del fenómeno jurídico.

Tema IV. El realismo jurídico.

1. Las acepciones del realismo jurídico.

Realismo jurídico es una expresión suficientemente ambigua como para haber caracterizado al menos tres actitudes teóricas diferentes. Estas hicieron su aparición en un momento anterior a la crisis del positivismo jurídico, pero se van a ver favorecidas por ella. Son muchas y muy diferentes las doctrinas jurídicas que se han autocalificado como realistas. Tanto en las filas del antiformalismo jurídico como en las del formalismo jurídico han existido autores que afirman que sus doctrinas están abrigadas bajo el manto del realismo jurídico. Resulta paradójico que podamos incluir a estas doctrinas en el realismo jurídico, cuando este se presente como alternativa al positivismo jurídico. Incluso se detecta ese uso de la expresión realismo jurídico en referencia a sus actitudes teóricas a autores del iusnaturalismo. Existe también un uso extendido de la expresión realismo jurídico que lo conecta a las tesis del iusnaturalismo ontológico. Pues bien la expresión realismo jurídico es usada generalmente con un valor emotivo para distinguir a las doctrinas que se aproximan en mayor medida a la realidad. El problema surge a la hora de discernir a que realidad nos referimos, ya que unos la interpretan como realidad esencial, otros como realidad de la estructura del derecho... Giovanni Tarello identifica hasta 15 acepciones diferentes de la expresión realismo jurídico en la literatura jurídica, aunque sólo considera adecuadas las que son asumidas por el realismo jurídico americano y por el realismo jurídico escandinavo. Obviamente estas preferencias de Tarello responden a su propia orientación teórica-jurídica.

2. El realismo jurídico americano.

2.1. El contexto de la formulación de las tesis del realismo jurídico americano.

El realismo jurídico americano está integrado por una serie de juristas que durante los años treinta y la primera mitad de los cuarenta mantuvieron una actitud agresiva y crítica contra muchos de los valores entendidos del sistema jurídico common law. Hay que tener en cuenta la peculiar situación de los Estados Unidos a principios de siglo, con un sistema que resultaba muy diferente al que regía en Europa. Se trataba de un régimen judicialista. La judicial review (posibilidad del juez de invalidar las leyes que consideraba inconstitucionales) constituyó un instrumento muy eficaz. El juez era visto como un auténtico órgano de producción del derecho, y sin embargo se encontraba vinculado por las decisiones que con anterioridad hubiesen dictado otros jueces. Se introducía así la doctrina del precedente judicial. El establecimiento de este método creó enormes dificultades para el estudio del derecho, así que fue tomando cuerpo el case method (análisis de casos prototípicos que eran considerados por su relevancia dignos de influir en la vida jurídica, operando como normas jurídicas) De ahí se elaboraron los conceptos fundamentales, lo que nos proporciona un sistema basado en la creación judicial del derecho, con un brote de formalismo jurídico de características semejantes al del continente europeo. Pero este asentamiento del formalismo jurídico en Estados Unidos tenía que ser efímero, pues no cumplía sus necesidades, así que no tardó en adueñarse del panorama de la ciencia jurídica norteamericana el antiformalismo jurídico. John Dewey predicará el carácter social del derecho, insistiendo en la idea de que es el cuerpo social en su conjunto el que determina las reglas que siguen los jueces en sus decisiones. Oliver Wendell Holmes acentuará la necesidad de aplicar al análisis del derecho un método sociológico. Benjamín Cardozo remitirá al juez a la vida social para determinar los intereses que deben tomar en consideración las sentencias. Para la satisfacción de éstos se pueden utilizar el método filosófico (análisis lógico), el método evolutivo (análisis histórico), el método de la tradición (análisis de la costumbre) y el método sociológico (análisis del bienestar de la sociedad) Roscoe Pound es el más relevante

de los miembros de la jurisprudencia sociológica americana, pero va a mantener actitudes críticas hacia algunas de las tesis realistas. Esto se explica debido a su evolución, ya que en su pensamiento pueden distinguirse dos etapas, una primera fase en la que presenta una concepción del derecho relativista e historicista, y una segunda fase en la que intenta combinar su primitivo historicismo con valores inmutables, criticando el relativismo extremo del movimiento realista americano.

2.2 El contenido doctrinal del realismo jurídico americano.

El primer problema que se plantea es que los autores no forman escuela, sino que sus argumentos son independientes pero si se puede destacar un grupo. La inadaptación de los jueces a la rápida evolución de la realidad social americana fomenta la corriente de un método sociológico, ya que por otra parte el sistema judicial americano se complica debido a la multitud de estados. Bingham critica el afán de vacía estructuración lógica de los sistemas de filosofía del derecho tradicionales. A partir de los años 40, el realismo jurídico dejará de constituir el objeto preferente de discusión de los teóricos del derecho quedando algunas propuestas incorporadas a la cultura americana y otras cayendo en el olvido. EEUU a lo largo del siglo se ha caracterizado por su celeridad, la depresión económica del 29 y el posterior esfuerzo. Esta inestabilidad social se traducía lógicamente en una inestabilidad jurídica. El surgimiento de un análisis sociológico del derecho y la asimilación del derecho a la realidad de los hechos provocaban en los juristas tradicionales un desmoronamiento en los pilares básicos de sus creencias y métodos. Se hace difícil destacar los caracteres generales del realismo jurídico americano puesto que, en ocasiones, sus exposiciones no diferencian el método descriptivo (lo que los jueces hacen) del método prescriptivo (lo que los jueces deben hacer), sin que se pueda deducir a ciencia cierta en que plano están ubicados en cada momento. Según Karl Llewellyn, los rasgos fundamentales de esta corriente son:

- El derecho está en permanente movimiento.
- El derecho tiene su razón de ser para conseguir determinados fines sociales.
- La sociedad va más deprisa que el derecho.
- Actuación real de los tribunales y de los funcionarios administrativos.
- La desconfianza hacia las reglas y a los conceptos jurídicos tradicionales.
- La consideración de que no son las reglas jurídicas tal como tradicionalmente son entendidas.
- La conveniencia de utilizar conceptos que reflejen la realidad de las cosas.
- La necesidad de identificar los efectos que produce el derecho.
- La necesidad de plantear cada problema jurídico conforme a lo reseñado en los puntos anteriores.

La doctrina realista niega el reconocimiento del valor de las normas antes de la decisión de los jueces, por tanto la ciencia del Derecho es la previsibilidad del comportamiento de los jueces. Los dos máximos teóricos del realismo jurídico Karl Llewellyn y Jerome Frank. El primero defiende que sí se tiene en cuenta las circunstancias ambientales que rodean al juez, pero Jerome dice que no. Esto da lugar a dos posiciones, escepticismo de las reglas (las reglas no determinan la decisión judicial, sino el análisis sociológico) y el escepticismo de los hechos (son muchas los hechos y datos que intervienen en la decisión judicial).

3. El realismo jurídico escandinavo.

3.1. Los orígenes de la escuela de Upsala.

Bajo la denominación de realismo jurídico escandinavo se reconocen las teorías de una serie de autores que vinculados a las enseñanzas de su fundador, Axel Hägerström. Desarrollaron su actividad a lo largo de nuestro siglo en Suecia y Dinamarca fundamentalmente, manteniendo una actitud crítica frente al iusnaturalismo y al positivismo jurídico. Acusan a estas doctrinas de elaborar y utilizar una serie de nociones que no encuentran ningún significado en la realidad. Entienden que el iusnaturalismo racionalista y el positivismo jurídico usan el mismo aparato conceptual. Axel Hägerström define su tesis de la realidad, la cual entiende el acto de conocimiento como una relación entre un sujeto y un objeto perteneciente al mundo de la realidad. Así el

ámbito del conocimiento real queda limitado a los objetos físicos, no siendo posible obtenerlo de entidades como la norma jurídica, el derecho subjetivo... Ello no quiere decir que estas entidades carezcan de eficacia, sino que no cuentan con una referencia semántica en el mundo de la realidad física, constituyéndose como simples nociones ideales. Axel Hägerström critica por irreal el concepto de voluntad del Estado y la consiguiente caracterización del derecho en tales términos. Llega a analizar las instituciones en el ordenamiento romano, así como el formalismo de esas normas jurídicas. Expresa que el sometimiento a la norma, no es por consenso sino por rigor formalista, se obedece a derecho por hábito, presión social... Los discípulos de Axel Hägerström en sus seminarios asimilaban su planteamiento metodológico, de ahí que se llame escuela de Upsala al grupo de estudiosos que componen el movimiento del realismo jurídico escandinavo. Destacan Lundstedt, Olivecrona y Ross.

3.2. El desarrollo de las tesis del realismo jurídico escandinavo.

Vilhelm Lundstedt negó el carácter científico a la denominada ciencia jurídica. Rechazaba la caracterización tradicional del derecho positivo por entender que ni la justicia ni las normas pueden ser consideradas entidades reales. Para él no hay más realidad que el mecanismo del derecho entendido como organización de fuerza. El derecho debe servir para realizar el bienestar social, eliminando del discurso jurídico toda la serie de nociones metafísicas e irreales. Contempla a la noción de derecho subjetivo como un grave obstáculo para la paz entre las naciones. Karl Olivecrona no fue un autor espacialmente original, pero supo dar un tratamiento sistemático que favoreció la divulgación de muchas ideas que ya habían expresado Axel Hägerström y Lundstedt. También fundamentó su concepción jurídica en la realización de estudios sobre el derecho romano. El concepto de fuerza vinculante del derecho no es más que una noción ideal, al igual que el derecho subjetivo y la norma jurídica, nociones que aunque carezcan de referencia semántica, desarrollan una extraordinaria influencia condicionando los comportamientos de las personas. Critica el carácter metafísico de la concepción tradicional de las normas jurídicas como expresión de la voluntad del Estado. Alf Ross por su parte propone un realismo jurídico mucho más atenuado. Realza una combinación de elementos normativistas (consideración de las normas jurídicas como directivas de comportamiento) y de elementos realistas (vigencia del derecho en función de la eficacia de las normas, y de ésta en función de su aplicación por parte de los jueces) Cuanto más se violen las normas jurídicas, más oportunidades se le dan al juez de poner en relieve su vigencia. Alf Ross procede a rehabilitar a las denostadas nociones clásicas de la ciencia jurídica, no niega que carezcan de referencia semántica, pero entiende que constituyen un instrumento efficacísimo del lenguaje jurídico.

Tema V. Derecho natural, derecho positivo, derecho real

1. La necesidad de deslindar el concepto de derecho de las diferentes

tradiciones jurídicas.

Ninguna de las tradiciones jurídicas nos va a poder permitir obtener el concepto de derecho. Y es que cada una de las tradiciones jurídicas va a ofrecer una solución distinta al problema. La respuesta al enigma que nos ocupa se obtendrá tras un análisis crítico de las diferentes nociones de derecho que manejan tales doctrinas: derecho natural, derecho positivo y derecho real.

2. El derecho natural.

La primera cuestión es su indeterminación semántica, derivada de la plurivocidad del término naturaleza. Para representar al derecho natural, podemos decir que es el que mejor encaja con la idiosincrasia de la sociedad en la que se rige. Desde esta perspectiva, el derecho natural sería el derecho consuetudinario en cuanto forma espontánea de manifestación jurídica, en contraposición al derecho legislativo. Han sido siempre más numerosos los juristas e individuos que han concebido el derecho natural como un mandato divino cuya configuración viene determinada libremente por Dios. Es la denominada teoría del derecho natural

voluntarista. También es frecuente la caracterización del derecho natural como un conjunto de reglas inherentes a la propia naturaleza humana que el hombre descubre por medio de su razón. Es la denominada teoría del derecho natural racionalista. Existe una cuarta acepción, entendiendo al derecho natural como un conjunto de reglas deducidas por la razón humana, pero que guardan conformidad con la voluntad divina. No estamos ante una doctrina voluntarista sino racionalista, ya que no es Dios quien decide su contenido, sino el hombre. Es la denominada teoría teológico racional del derecho natural. A pesar del carácter contradictorio de todas ellas, hay un elemento común, su criterio para determinar los ordenamientos jurídicos positivos legítimos o ilegítimos. La primera de las acepciones no ha sido realmente asimilada por la sociedad, lo que nos hace concentrarnos en las objeciones que puedan tener las otras tres acepciones de derecho natural. Norberto Bobbio establece 6 puntos de objeción respecto al derecho natural:

- No es derecho en las mismas condiciones que lo es el derecho positivo, porque carece de un aparato coactivo.
- No llega a alcanzar el objetivo que se atribuye a los sistemas jurídicos porque no garantiza la paz ni la seguridad.
- Todos los campos que venían asignados a él han sido invadidos poco a poco por el derecho positivo.
- La noción de naturaleza es tan equívoca que han sido considerados como naturales derechos opuestos.
- Un hipotético acuerdo entre lo que es natural no hubiera comportado la unanimidad de pareceres de lo que es justo e injusto.
- La hipótesis de un acuerdo unánime sobre lo que es justo o injusto por ser natural no supone que el mismo haya de ser válido también en la actualidad.

La inexistencia de un código del derecho natural constituye una consecuencia directa de su carácter ideal. Habría que reconocer al derecho natural una existencia en el terreno de las ideas subjetivas, pero nunca como una realidad objetiva. Todo esto no impide que la idea de derecho natural, entendido como sinónimo de justicia, opere como criterio subjetivo de legitimación de ordenamiento jurídico positivo y de las acciones individuales.

- *El derecho positivo.*

La locución dictar una ley tiene su origen en el siglo VI. De ella derivará la expresión derecho positivo. Por otro lado en un primer momento constituía un concepto que englobaba tanto a la costumbre como a los textos de las autoridades y al derecho establecido por una voluntad. El derecho positivo sería el derecho que traduce una voluntad. Se podrá hablar pues de derecho positivo divino y de derecho positivo humano. Posteriormente con el apogeo de derecho como sinónimo de derecho estatal, se sacraliza la expresión de derecho positivo en su acepción más técnica, que incluye a toda norma producida por los órganos que representan a la voluntad del estado. En la actualidad puede decirse que la caracterización jurídica del derecho positivo no plantea tantos problemas como la del derecho natural. Tanto los iusnaturalistas como los positivistas coinciden en un significado unívoco (con un único sentido e interpretación posible) y coinciden en caracterizarlo como derecho auténtico conforme a ese significado comúnmente aceptado. El derecho positivo desarrolla la función de proporcionar seguridad jurídica, de brindar un modelo de resolución de conflictos y de organización de la convivencia. Ello no supone que del hecho de resultar admitido su carácter jurídico haya que colegir que su contenido sea justo, ni que la autoridad que lo dicta sea legítima. Con todo, la doctrina clásica del derecho positivo ha sido objeto de consistentes críticas, al menos desde dos perspectivas:

- Es imposible identificar un contenido unívoco del derecho positivo. Su caracterización de los documentos normativos dictados por autoridades legitimadas nos permite determinar la existencia de enunciados lingüísticos. Estos documentos son entendidos de forma diferente en función del juez llamado a resolver la cuestión, lo que provoca que el postulado de la seguridad jurídica quede convertido en pura fantasía y el significado unívoco del derecho positivo en una ilusión.
- Su dependencia de un concepto tan irreal como la voluntad del Estado. El funcionamiento del estado se fundamenta en el derecho, y el origen del estado se encuentra en el respeto al derecho. El derecho

positivo organiza el funcionamiento del estado de los órganos que expresan esa pretendida voluntad estatal. Resulta muy difícil encontrar una voluntad concreta, ya que son muchos los funcionarios y las autoridades que intervienen en el proceso de producción normativa aportando su voluntad individual (desconectadas unas de otras)

3. El derecho real.

Los teóricos del derecho real sostienen que un mismo enunciado normativo puede asumir diferentes significados en función de quien lo lea. De ahí la conveniencia de que los analistas del derecho fijen su atención en la asimilación del juez y el ciudadano puedan hacer de la intención del legislador. Con todo esto, no puede decirse tampoco que exista una absoluta unidad de criterio a la hora de definir el derecho real. Unos lo identificarán con las sentencias judiciales, otros con la representación del mandato normativo... En buena medida, esta disparidad de opiniones obedece a que los teóricos del derecho real se han preocupado casi siempre más de rebatir los dogmas de las doctrinas tradicionales que de elaborar una teoría constructiva. Todos ellos han coincidido en resaltar la influencia de factores psicológicos y sociológicos en el proceso de formación del derecho real. A esta concepción del derecho real se le ha replicado la influencia que puedan tener elementos psicológicos y sociológicos en la determinación de la actuación de los destinatarios del derecho. El juez se ve obligado a realizar una serie de circunloquios argumentales dirigidos a mostrar que su decisión se fundamenta en la letra de la ley (derecho positivo) El reconocimiento de que cada una de las concepciones del derecho en términos del derecho real haya podido contribuir a superar algunas de las insuficiencias de la concepción tradicional del derecho positivo, constituyen una alternativa a la hora de buscar una definición del derecho.

Tema VI. El concepto de derecho.

1. La teoría tridimensional del derecho.

La insatisfacción que produce el análisis de las nociones de derecho (natural, positivo y real) para obtener un concepto de la palabra, ha provocado la generalización de una tendencia doctrinal con el objeto de analizar al derecho desde diferentes perspectivas. Solo una integración adecuada serviría para proporcionar una consideración global del derecho. La teoría tridimensional del derecho identifica tres aspectos del derecho que darían lugar a tres perspectivas de análisis de la realidad jurídica. El derecho puede ser contemplado desde un punto de vista fáctico (derecho como hecho social), desde un punto de vista normativo (el derecho como norma) y desde un punto de vista valorativo (el derecho como representación de la justicia) Esta tesis alcanzó una gran difusión dentro de la teoría del derecho española. La aceptación de las tres teorías no se produjo de forma idéntica en todos los juristas que abrazan las tesis tridimensionalistas. Por un lado es consideración general que las tres perspectivas deben ser integradas con vistas a la comprensión de la realidad jurídica, sin embargo hay voces aisladas que insisten en el carácter independiente y autónomo de cada una de ellas. De igual modo hay quien entiende que debería añadirse a estas tres perspectivas la competencia de la filosofía del derecho. Esto hace que lejos de posibilitar la percepción correcta de una esencia del derecho, la teoría tridimensional constituye una simple herramienta metodológica para la más adecuada comprensión de la realidad jurídica. La consideración de otras hipotéticas dimensiones del derecho y otras correlativas diferentes perspectivas para su análisis nos corrobora las limitaciones de un esquema teórico que debe ser completado con otras aportaciones teóricas como el origen del derecho y las relaciones existentes entre derecho y poder.

2. El origen de derecho.

Existe una estrecha correlación entre derecho y sociedad (se dice que incluso necesidad de una para existir la otra) Se puede poner en duda la existencia de derecho en estadios muy poco desarrollados de la vida en sociedad, al menos no de un derecho que responda a las características que se le atribuyen en la actualidad. David Hume expone una doctrina acerca de las circunstancias de la vida social que subyacen al establecimiento de las reglas jurídicas, resultando las tres siguientes:

- La escasez de bienes suficientes para dar cumplida satisfacción a las necesidades de todos los miembros de la sociedad.
- El egoísmo moderado de los hombres en relación con los bienes.
- La igualdad relativa de las capacidades físicas e intelectuales de los individuos (les conduce a someter sus relaciones a un conjunto de reglas generalmente aceptadas)

Coinciden en buena medida las que expuso Herbert Hart para justificar la existencia misma del derecho:

- La vulnerabilidad humana (conduce al establecimiento de reglas que restringen el uso de la violencia)
- La igualdad aproximada.
- El altruismo limitado que no puede evitar las tendencias a la agresión en la vida social.
- La limitación de los recursos que hace indispensable la institución de la propiedad y su regulación jurídica.
- La comprensión y fuerza de voluntad limitadas que lleva a los individuos al sacrificio de intereses en aras al sometimiento a reglas jurídicas.

Todo esto demuestra la necesidad del derecho para el desenvolvimiento de la vida social. El derecho no surge de la nada, sino requiere un poder que lo establezca, de ahí que se presente el poder como hecho fundante de cualquier realidad jurídica.

3. Derecho y poder.

Es común en la doctrina jurídica entender que la consideración del poder como hecho fundante básico proporciona una visión más precisa y real que la concepción del derecho natural como fundamento del derecho. Lo cierto es que la expresión fundamento del derecho es habitualmente usada para remitir la idea de justificación y la de origen del derecho. Por el contrario cuando se alude al poder como fundamento del derecho se suele utilizar la expresión como sinónimo de origen con independencia de que pueda también referirse como justificación del derecho. Esta consideración en cambio se queda muy lejos de posibilitar un panorama completo de las relaciones existentes entre derecho y poder, ya que, la legitimidad del poder que produce el derecho constituye un presupuesto necesario pero no suficiente para la definición del derecho que produce como derecho legítimo y justo. Por otro lado, hay que resaltar que la relación entre derecho y poder constituye un elemento decisivo para la garantía del cumplimiento del derecho, y es que difícilmente podría concebirse un derecho eficaz si no dispusiera de los medios adecuados para imponer la obediencia a sus disposiciones. La mayor parte de la doctrina jurídica ve en la coactividad a una de las notas definitorias del fenómeno jurídico, pero esta doble representación de la relación se limita a ofrecer una visión unilateral al problema. Y es que tan cierto es que el poder produce y asegura la eficacia del derecho, éste último determina cuáles son los órganos que se encuentran capacitados para producir y asegurar su propia eficacia. Podemos decir por tanto que el derecho se constituye como el hecho fundante básico del poder de producción y garantías jurídicas. La circularidad de este planteamiento no menoscaba las posibilidades que ofrece la remisión a la idea de poder en orden a la más adecuada percepción del fenómeno jurídico. EL orden jurídico debe reconocer que el mismo es instituido por un poder que carece de cualquier posible referencia en una norma jurídica preestablecida, por lo que se presenta como auténtico principio de cualquier realidad jurídica.

4. La definición del derecho.

4.1. Las definiciones insuficientes del derecho.

La consideración de este conjunto de elementos nos permite excluir por insuficientes algunas de las definiciones del derecho que ha venido avanzando la doctrina jurídica. Entre ellas destacan las que identifican al derecho en su referencia ética o al valor de la justicia, ya que incurre en la falacia al considerar que todo derecho es justo. Esta dificultad se ha intentado solucionar definiendo al derecho como un punto de vista sobre la justicia, pero la historia nos enseña que no todos los ordenamientos jurídicos son producidos con la

idea de reflejar soluciones justas. Hay quienes identifican en la organización del uso de la fuerza como nota tipificadora de las normas jurídicas, pero no se puede considerar la coactividad como elemento definitorio. Similarmente se puede rebatir a quien reconoce en su aplicabilidad por parte de los órganos judiciales la característica específica de las normas jurídicas, pues son frecuentes las disposiciones jurídicas que no tienen por objeto la regulación de ningún tipo de controversia. Censurable es también el que reconoce a las normas jurídicas por su origen estatal, ya que el Estado constituye una organización política muy reciente con relación al fenómeno jurídico.

4.2. Las notas distintivas del derecho.

No parece que se pueda ir mucho más allá en el análisis de los atributos del derecho de lo que supone la especificación de su carácter humano, social, normativo e institucionalizado. En referencia a su carácter humano nos permite emplazar al fenómeno jurídico como una creación de los hombres establecida para la regulación de las situaciones y de los comportamientos humanos. La identificación del carácter social pone el acento pluripersonal que el derecho requiere, puesto que el conflicto de intereses es el germen del derecho y da buena cuenta de su carácter necesariamente social. Estudiar el elemento normativo del derecho merece un mayor detallismo de todas sus facetas. Finalmente la identificación del derecho como una realidad institucionalizada en la que deben existir los órganos que formen y garanticen la eficacia del derecho, y que determina, su integración en el sistema jurídico.

4.3. Los elementos de la definición del derecho.

Hemos asumido como inherente al fenómeno jurídico el elemento normativo, así que cualquier definición de derecho tendrá que tomar como base el contenido de la regulación de tales normas:

- Represión de conductas lesivas para bienes públicos o privados.
- La incentivación de actitudes que se consideran convenientes para el mejor desarrollo de la vida social.
- El status que corresponde a cada individuo en la actualidad.
- La distribución de bienes y servicios entre los integrantes de la comunidad.
- La institución de poderes públicos con sus respectivas competencias.

Una definición provisional del derecho lo concebiría como un conjunto de reglas que el hombre impone para la regulación de la vida social a través de esas normas. Así hablaremos de dos tipos de sanciones, jurídicas negativas, que previenen el uso de la fuerza para los supuestos de desobediencia, y jurídicas positivas, que establecen alicientes o compensaciones para estimular la realización de las conductas. En esta definición sólo se pretende destacar en que consiste el derecho, pero una cosa es la definición, y otra los diferentes puntos de vista desde los que el derecho puede ser analizado. Lo que queremos decir es que el derecho es derecho con independencia de que sus normas resulten más o menos eficaces o justas. Tampoco constituyen la eficacia y la justicia atributos de idéntico calibre definitorio, Un ordenamiento jurídico ineficaz perdería consistencia jurídica, pero no pasa lo mismo si se calificara como injusto. En la medida en que nuestra definición haya de reflejar no sólo las realidades jurídicas históricas, sino también las potenciales, resulta rechazable cualquier intento definitorio que considere al derecho como realización de valores. Tampoco resultarían aceptables los ensayos de definición sintética que han proliferado a partir de la teoría tridimensional del derecho. Este elenco de definiciones incurre en el defecto de suponer que todo derecho traduce una exigencia de valor. Una reflexión especial merece la tesis de Gregorio Peces Barba, quien opta por una definición normativa del derecho, que debe tomar en consideración a la realidad social y a los valores jurídicos. Toma en consideración al ordenamiento jurídico Español. Puede parecer correcto definir al derecho español como un orden normativo que realiza determinados valores, pero no todos los ordenamientos jurídicos asumen a nivel normativo la realización de valores Podemos incluso decir que todo derecho traduce valores o desvalores, y que todo derecho es susceptible de ser definido en función de los valores o desvalores que traduce. El problema es que tales valores no resultan coincidentes en los diferentes ordenamientos jurídicos. Por todo esto se consolida la

tesis que circunscribe los términos de la relación derecho–valor al terreno de la legitimidad del ordenamiento jurídico, excluyéndola por completo de la problemática de la definición del derecho.

Tema VII. Las divisiones del derecho.

1. Derecho público y derecho privado.

- *Evolución histórica.*

Los orígenes de la división se remontan al derecho romano, suele considerarse a Ulpiano como el artífice de la misma. La concreción del sentido del texto de Ulpiano plantea ciertas dudas, puesto que algunos de sus analistas han entendido que traduce el criterio de utilidad, y otros que expresa el criterio de distinción relativo a la materia regulada. No se trata de un criterio definitivo, pero la plasticidad de su formulación hizo que superase la ordenación jurídica feudal para adquirir carta con el surgimiento del Estado en la época absolutista. La implantación del estado liberal provocará una reinterpretación de los términos de la distinción, que reduce el contenido del derecho público a la regulación de la acción de un Estado limitado a la determinación del marco de las relaciones individuales, que constituirán el objeto del derecho privado. La crisis de la fórmula política que representaba el Estado liberal y su consiguiente sustitución por el Estado social, traerá consigo la restricción del derecho privado en favor de la mayor relevancia del derecho público. La relevancia que se lo atribuye al texto constitucional en la actualidad, garantiza el difuso predominio del derecho público. La distinción entre el derecho público y el privado ha servido para reflejar el carácter inestable de las regulaciones jurídicas. Se nos ha mostrado como una útil herramienta para el análisis del derecho. Kelsen desde los presupuestos de su teoría del derecho le niega a la distinción todo su sentido, atribuyéndole un carácter ideológico.

1.2. Criterios distintivos.

Se han presentado una serie de doctrinas que han pretendido fundar los términos de la división en la consideración de determinados criterios distintivos:

- a) La tesis del interés, en la cual el derecho público se encargaría de los intereses generales, y el derecho privado de los intereses particulares. Se trata de una tesis de difícil aceptación.
- b) La tesis del contenido de la regulación, que divide en función del carácter público o privado que tengan los asuntos que constituyen el contenido de la regulación de las normas jurídicas. No permite ir muy lejos porque deja sin esclarecer cual es el criterio de determinación del carácter, público o privado.
- c) La tesis del sujeto interviniente, adscribe al derecho público las normas que regulan relaciones en las que interviene el Estado o alguno de sus organismos, y al derecho privado las que regulan relaciones en las que no se produce tal intervención. Sin embargo en muchas ocasiones el Estado o sus organismos realizan operaciones en igualdad con los particulares.
- d) La tesis de la naturaleza regulada, siendo relaciones del derecho público aquéllas en las que el Estado o sus organismos no se sitúan en posición de igualdad con la otra parte de la relación, y relaciones de derecho privado aquellas en las que no dispone el Estado ni sus organismos de ninguna posición de hegemonía sobre la otra parte. Tampoco resulta satisfactorio porque no prevé la posibilidad de que la relación se establezca entre los organismos públicos situados en posición de igualdad entre sí.
- e) La tesis de la especialidad de la normativa jurídica que regula la relación. Se considerará derecho público cuando la intervención del organismo público está sometida a una normativa jurídica especial, y derecho privado cuando está sometida a una normativa general. A pesar de la objetividad que incorpora este criterio, no sirve por desconsideración de la posibilidad de legislaciones especiales dirigidas a regular la intervención

de los poderes públicos con particulares atribuyéndoles una posición idéntica.

f) La tesis de la participación del sujeto en la producción de relación jurídica. Relaciones de derecho privado serán las que se originan como consecuencia de la participación de los sujetos obligados, mientras que relación del derecho público las que se producen sin mediar participación de algunos de los sujetos intervinientes en la relación. Salta a la vista la fragilidad de este criterio, puesto que todas las relaciones jurídicas tienen su origen en la voluntad de las partes que intervienen en la relación.

1.3. El sentido de la división.

Estamos muy lejos de poder discernir un único criterio de distinción entre el derecho público y el derecho privado. Sin embargo la división continua vigente en la doctrina jurídica, favorecida por la sólida tradición que la inspira. La división del derecho en derecho público y derecho privado ha engendrado una interpretación distorsionante de la realidad jurídica, pero ha contribuido a conformar la realidad de la interpretación predominante del fenómeno jurídico. Por consiguiente, cualquier intento de comprensión del fenómeno jurídico, deberá tomar en consideración la inconveniencia de la abstracción de la cultura de la división.

2. La división sectorial del derecho: Los sectores jurídicos tradicionales.

Una atenta contemplación de la interpretación predominante del fenómeno jurídico nos permitiría percibir que éste suele presentarse fragmentado en sectores jurídicos independientes, cuyo análisis es objeto de disciplinas jurídicas parciales. La división sectorial del derecho garantiza un cierto incremento de seguridad jurídica y estimula la profundización en el conocimiento de determinados aspectos. La división sectorial ha venido degenerando en una atomización del fenómeno jurídico en parcelas incomunicadas que hace a los cultivadores atribuirles un sentido unitario frente al resto de la masa ingente del derecho. Esta dinámica tiende a purificar cada sector normativo de la consideración de principios definitorios de otras parcelas jurídicas extrañas a su propia identidad. Es sin duda un proceso tergiversador de la realidad jurídica. En estas circunstancias la apelación al incremento de seguridad no puede resultar satisfactoria, y es que nos podemos encontrar con una respuesta jurídica inadecuada. La división sectorial del derecho se presenta como una operación jurídica innecesaria que lejos de reflejar el panorama que ofrece el fenómeno jurídico lo complica sin razón alguna. Cabría esperar que esta individualización de los sectores jurídicos guardara una cierta correspondencia con la de cada una de las funciones del derecho, pero los propios hechos se encargan de desmentir esta previsión. En cualquier caso, por muy distorsionante que sea la partición sectorial no conviene despreciar el papel relevante que desempeña porque los propios órganos encargados de la administración de justicia suelen venir estructurados conforme a este tipo de división. La circunstancia de que los propios centros de formación jurídica organicen su docencia conforme a la división disciplinar contribuye a reproducir los rasgos de un método de aproximación al conocimiento del derecho.

3. Derecho material y derecho formal.

Se reconoce como derecho material al conjunto de normas que establecen los derechos y obligaciones de los miembros de la comunidad social regida por el ordenamiento jurídico, y como derecho formal al conjunto de normas que regulan las garantías del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que establece el derecho material.

4. Derecho general y derecho particular.

Derecho general (civil) es el que rige en todo el territorio de un país, y derecho particular (foral) es el que sólo extiende su ámbito de aplicación a un determinado espacio físico del mismo.

5. Derecho común y derecho especial.

Derecho común es el que regula el conjunto de soluciones y situaciones que configuran la vida social. Derecho especial atenderá a la regulación de determinadas instituciones o de relaciones y situaciones específicas.

6. Derecho normal y derecho excepcional.

Derecho normal es el dictado conforme al principio ordinario de regulación de la vida social, y derecho excepcional el emanado para dar satisfacción a determinadas situaciones que se estiman merecedoras de un específico principio regulador.

Tema VIII. Derecho y moral.

1. Evolución histórica.

La distinción entre el derecho y la moral tiene un origen mucho más reciente de lo que su aceptación generalizada pudiera dar a entender. Las sociedades primitivas se encontraban regidas por un sistema de reglas de conducta que agrupaba normas morales, reglas del trato social y normas jurídicas. Ello era debido al sentido profundamente religioso que portaban. La evolución del pensamiento permitió esbozar paulatinamente la separación entre las reglas jurídicas y las reglas morales sin que llegara a plasmarse de manera definitiva. La civilización griega realizó un esfuerzo teórico dirigido a elucidar la más adecuada forma de actuación moral, no llegó a desembocar en una teorización concluyente de la distinción entre el derecho y la moral. La filosofía escolástica no llega a alcanzar mayores resultados, y es que aunque identificó a la moral como regla de conciencia, derivó en una juridización de la moral cuyas especificidades quedaban diluidas en la tríada normativa que representaban la ley eterna, la ley natural y la ley positiva. La quiebra del principio de unidad religiosa que trajo consigo la Edad Moderna presentará el terreno abonado para la desvinculación. La necesidad de mantener al derecho como una instancia éticamente neutral constituía el presupuesto lógico de cualquier sociedad abierta a la pluralidad de creencias. Pufendorf hace la distinción entre el foro humano y el foro divino, atribuye al derecho la regulación de las acciones externas sin consideración a sus motivaciones que cobran relevancia de primer orden en el caso de la moral. La separación entre derecho y moral se presenta con mayor nitidez con la identificación de los tres sectores normativos que representan el decoro, la honestidad y la justicia. De esta forma la moral se ocuparía de las reglas de honestidad, que afectarían a las acciones internas del hombre imponiendo deberes cuyo cumplimiento no se vería garantizado por el uso de la fuerza, y el derecho plasmaría las reglas de la justicia, que afectarían a las acciones externas del hombre resultando garantizado el cumplimiento de los deberes que imponen por el temor a la coacción. Kant plantea un criterio de distinción diferente, identifica al deber moral como un deber autónomo (el individuo se somete al deber) y al derecho como un deber heterónomo (deber impuesto por voluntades ajenas) La separación entre el derecho y la moral viene a constituir casi una de las señas de identidad del positivismo jurídico. Ello no quiere decir que exista unanimidad de pareceres en sus criterios de diferenciación.

2. Las acepciones de la moral.

Podríamos hablar de morales derivadas de la opción doctrinal que representan. Una buena forma de estudiar los problemas morales consistiría en analizar las disparidades existentes entre los modelos morales de las distintas religiones, doctrinas filosóficas o políticas. Aun vinculándose a una de las opciones morales, cada uno de los individuos constituye en sí mismo un universo. Utilizaríamos la expresión moral individual para referirnos al conjunto de convicciones personales de cada individuo que le permitan determinar el comportamiento correcto. Emplearíamos la expresión moral social para referir el conjunto de convicciones que reflejan los modelos de comportamiento que la comunidad asume como rectos o adecuados a la idea de bien. Podríamos pues distinguir dos tipos de adhesión, la de origen y la de conocimiento. Así a los preceptos que constituyen la moral social no se les exigiría una adhesión absoluta de origen por parte de los miembros de la comunidad, pero sí una adhesión de conocimiento, puesto que sólo se instituirían como preceptos integrantes de la moral social aquellas convicciones generales sentidas por todos y cada uno de los integrantes

de la colectividad. Ni siquiera esta última matización nos proporciona un criterio definitivo, pues no tiene sentido pensar en una coincidencia plena de todos los individuos. El propio calificativo de social nos alerta acerca de la posibilidad de identificar tantas morales sociales como grupos o colectividades sociales podamos registrar, una moral universal resultaría difusa por su propia naturaleza. Emparentada con la moral universal se encuentra la moral mínima, que vendría integrada por el conjunto de convicciones comunes a todos los seres humanos, y que precisa ambos tipos de adhesiones. Quedaría reducida a preceptos sobre cuya base se fundamenta la propia existencia y reflejan los elementos inherentes a la condición humana. En muchas ocasiones se ha identificado a la moral mínima con la moral natural, con una denominación que ha merecido, no obstante, la desaprobación de quienes entienden que no hay ningún principio ni convicción que pueda ser deducido de la naturaleza humana.

3. Los criterios de distinción entre el derecho y la moral.

Han sido muy numerosos los criterios de distinción entre el derecho y la moral. Podríamos destacar los siguientes:

- El carácter de los actos regulados. Se ha entendido tradicionalmente que la moral atendería a la regulación de actos internos en tanto que el derecho se ocuparía exclusivamente de los actos externos. Podríamos contraponer a éste criterio los siguientes argumentos:
 - No se puede hablar de actos puramente externos (con la excepción de los actos reflejos)
 - La moral también se ocupa de la regulación de los actos que poseen una manifestación externa.
 - El derecho tiene en cuenta en su regulación también determinados elementos internos de las acciones humanas.
 - Hay acciones que son objeto tanto de la regulación jurídica como de la moral (prohibiciones de matar, robar...)
- La importancia de la materia regulada. Existirían determinadas materias cuya relevancia les hace ser objeto de regulación moral mientras que otras de menor entidad quedarían sometidas a la regulación jurídica. No parece tampoco satisfactorio este criterio de distinción porque la moral también se ocupa de conductas menos relevantes y viceversa.
- La formulación lingüística de las normas. Viene a indicar este criterio que el derecho sólo contiene preceptos negativos a diferencia de la moral que incluye también otros positivos. Es obvio que los partidarios de este criterio parten de una consideración no intervencionista del derecho que parece ya superada. En la actualidad se observa una tendencia generalizada en los ordenamientos jurídicos a impulsar situaciones de cambio social para lo que no son suficientes los preceptos de carácter negativo.
- La estructura lógica de las normas. La norma jurídica regula relaciones bilaterales, y en la norma moral no hay más relación que la que pueda establecer el obligado consigo mismo. Podría objetarse que también hay derechos morales que se predicen del individuo sin que se dé su reconocimiento por ninguna norma jurídica.
- La forma de imposición de las normas. Las normas morales serían las normas autónomas (es el mismo sujeto obligado a su cumplimiento) y las normas jurídicas caracterizadas por la heteronomía (son producidas por personas ajenas a la titularidad del deber que imponen. Este criterio de distinción ha sido impugnado desde dos perspectivas diferentes:
 - Por una parte, las normas que componen la moral individual no son autónomas en el sentido estricto de la expresión, puesto que las normas morales están sometidas a una serie de condicionamientos ambientales (pautas de moral generalmente percibidas como correctas) Hablamos pues de una autonomía matizada.
 - Por otro lado, se ha indicado que las normas jurídicas no son absolutamente heterónomas, puesto que las personas llamadas a obedecer a tales normas intervienen en el proceso de su creación, resultando muy difícil de imaginar un ordenamiento jurídico cuya composición se muestre ajena a las voluntades

de sus destinatarios.

El criterio de distinción apuntado resultaría válido si lo matizáramos convenientemente.

- La especificidad de la sanción que comporta la desobediencia de las normas. Constituye uno de los criterios con mayor fundamento. Una visión simplista de este criterio es la que proponen quienes identifican a las normas morales con normas sin sanción en contraposición a las normas jurídicas. La generalidad de la doctrina entiende que también las normas morales disponen de sanciones cuya presencia asegura su cumplimiento. En muchas ocasiones estas sanciones son incluso más graves que las sanciones jurídicas. Las sanciones jurídicas disponen de una duración limitada (se extingue cuando se cumple el veredicto), mientras que los sentimientos de culpabilidad, el remordimiento, resultan de duración indeterminada, pudiendo prolongarse ilimitadamente. Se ha pretendido vislumbrar la especificidad de la sanción moral en su carácter interno que se contrapondría a la naturaleza externa de la sanción jurídica, pero la realización de actos externos puede producir la extinción de una sanción moral. La sanción jurídica resultará externa en el sentido de que es ejecutada por un órgano establecido al efecto por la sociedad, mientras que la sanción moral es ejecutada por el mismo individuo. A pesar de su carácter aleatorio e indeterminado, la sanción moral resulta de aplicación más inmediata.
- La institucionalización del proceso de creación normativa. Las sanciones jurídicas son ejecutadas por los órganos establecidos al efecto, a diferencia de las sanciones morales, que no requieren ninguna configuración institucional.
- La diversificación normativa. Tal vez sea el criterio más nítido de distinción entre el derecho y la moral. Las normas morales nos indican en todo caso como debemos comportarnos, así que el derecho presenta un espectro normativo mucho más amplio. Así la moral incluiría exclusivamente reglas de conducta, a diferencia del derecho que integraría reglas de conducta, de procedimiento y de organización.

4. Las relaciones entre el derecho y la moral.

Se reconoce que entre el derecho y la moral hay algún tipo de relación, pero esta se presenta como una relación muy estrecha, ya que ambas contienen referencias recíprocas del uno sobre el otro. El derecho y la moral no se proyectan sobre idénticos campos de acción, aunque en ocasiones se produce una coincidencia de regulación por parte de ambos órdenes normativos. Así pues el análisis de la relación entre el derecho y la moral podrá asumir la forma de relación de coherencia (la solución a una misma situación resulta idéntica) o de relación de conflicto (cuando se producen divergencias entre ambas regulaciones). La relación entre el derecho y la moral individual se presentará en la mayoría de las ocasiones como una relación de tensión, ya que es imposible que las diferentes morales individuales coincidan al unísono con el ordenamiento jurídico. Sin embargo la relación entre derecho y la moral social debería ser una relación de coherencia, pues se ha pensado incluso que sólo era auténtico derecho el derecho legítimo. Con la eclosión del positivismo jurídico como doctrina dominante asistimos a la definitiva separación entre el derecho y la moral. Las normas adquieren la condición jurídica por haber sido dictadas con arreglo al procedimiento que el propio derecho establece y no por ninguna consideración moral. Es evidente la conveniencia de mitigar las divergencias entre el derecho y la moral social. La moral se presenta como un orden normativo superior, pero el derecho es la base de la convivencia social, por lo que la desobediencia de sus normas podría acarrear graves consecuencias.

Tema IX. Derecho y usos sociales.

1. Delimitación conceptual de los usos sociales.

Muchos de los comportamientos que realizamos en nuestra vida cotidiana no obedecen a ningún imperativo (ni moral ni jurídico). Con esto me estoy refiriendo a los hábitos. Algunas de estos hábitos resultan indiferentes al ámbito normativo, otros en cambio, parecen reflejar una cierta voluntad colectiva que intenta imponerse a través de la implantación de normas sociales. Parece discutible que se diferencie a estos dos

modelos como usos normativos y usos no normativos, y es que, cabe imaginar a individuos neuróticamente obsesionados que se dicten tales hábitos para el mejor desarrollo de su vida, y que se implantarían sanciones (mal humor, ansiedad...) si no los cumplieran. Así resulta más oportuno hablar de usos individuales en vez de usos no normativos, y de usos sociales en vez de usos normativos (aunque no ofrezca dudas el carácter normativo de estos hábitos) La expresión usos sociales puede ser entendida en una doble acepción según se refiera a hábitos que la voluntad colectiva impone al individuo o hábitos que éste realiza en su esfera social. Nada excluye que se puedan yuxtaponer el sentido de ambas acepciones. Todos los usos sociales presentan una indiscutible dimensión social. Podríamos identificar en los usos sociales las siguientes características:

- Se reflejan en una reiteración de comportamientos que se manifiestan en el trato social (directa o indirectamente)
- Traducen la obligación de realizar nuestros comportamientos con arreglo al modelo que pudiéramos denominar habitual.
- Su origen normativo radica en la propia sociedad, que de manera difusa e inconcreta impone el comportamiento en cuestión.
- La exigencia normativa incorpora sanciones para los supuestos incumplimientos, que aunque carecen de mecanismos formales no redundan en detrimento de la fuerza que pudiera tener la sanción.
- La frecuencia de su reiteración no guarda correspondencia con la fuerza vinculante del uso, que dependerá de la sanción social que la colectividad decida atribuir a su contravención.
- La observancia de los usos sociales adopta la forma de adecuación externa al modelo de comportamiento prescrito.
- Los usos sociales presentan un ámbito de vigencia variable, en función de la fuente normativa que oscila entre la que representa la sociedad universal y los grupos sociales más reducidos.

2. La calificación normativa de los usos sociales.

2.1. Los posicionamientos contrarios a la identificación de los usos sociales como sector normativo autónomo.

La identificación de los usos sociales como sector normativo autónomo no ha resultado pacífica. Entre las posturas que se han manifestado negativamente al respecto destaca la de Giorgio del Vecchio para quien existen dos tipos de obligaciones:

- Unilaterales o subjetivas: La relación que establece que el individuo consigo mismo (acciones morales)
- Bilaterales u objetivas: que reflejarían una relación del sujeto con al menos otro individuo (relacionadas con el derecho)

Entiende que la única razón que se puede esgrimir para atribuirle naturaleza autónoma es la dificultad que plantea la adscripción de los usos sociales a uno u otro sector del universo normativo. El carácter del uso social, lejos de identificar una figura normativa autónoma, da cuenta de la efectiva observancia de la norma. Se presentarían así como normas efectivamente acatadas por sus destinatarios. Gustav Radbruch llegará a la misma conclusión, aunque mediante la identificación de tres valores fundamentales, bondad, justicia y belleza, que constituirán el punto de referencia respectivo de la moral, el derecho y el arte, sin que se pueda reconocer un valor independiente que manifieste la hipotética autonomía normativa de los usos sociales. Estos admiten dos formas diferentes según se trate de hábitos ancestrales (ligados a la moral y el derecho) o de convicciones sociales de la época. Otra perspectiva ha impugnado la hipotética autonomía de la normatividad de los usos sociales al significar que la obligación sólo puede ser entendida como obligación moral o jurídica. También desde otra postura se afirma que la normatividad de los usos sociales se disuelve en el marco de la normatividad moral, pero esto no quiere decir que todos los usos sociales representen la traducción directa de las más elevadas exigencias éticas.

2.2 La crítica de las tesis negadoras de la autonomía normativa de los usos sociales.

Estas argumentaciones resultan rebatibles si tenemos en cuenta las siguientes premisas:

No está claro que la obligación moral tenga en todo caso un carácter objetivo, pues hay también obligaciones morales que encuentran su correlato en derechos morales de otras personas y viceversa. No hay por qué excluir tampoco la posibilidad de que otros órdenes normativos coincidieran con el derecho o con la moral, o parcialmente con ambos, sin por ello perder su autonomía. No está tampoco claro que los convencionalismos sociales representen una contradicción consciente entre la conducta externa y el sentimiento interior. No parece tampoco que la apreciación al valor que simboliza los usos sociales pueda resolver el problema de su hipotética autonomía normativa. No hay razones para inferir que una hipotética coincidencia con las obligaciones jurídicas eliminara la posibilidad de identificar una valoración social independiente de la valoración jurídica. Tampoco se pueden reducir las obligaciones derivadas de los usos sociales al género de los deberes morales, porque esa argumentación sería también aplicable a la obligación de obedecer las normas jurídicas sin que ello suponga la desvirtuación del derecho como sector normativo autónomo.

3. Las líneas de demarcación de los usos sociales frente a la moral y al derecho.

3.1. La distinción entre los usos sociales y la moral.

La distinción entre los usos sociales y la moral ha resultado siempre controvertida. Encontramos absolutamente desprovistos de base institucional (lo que supone la imposibilidad de la utilización de la fuerza para provocar la realización de la conducta sancionada) tanto a los usos sociales como a la moral. La identificación de los usos sociales como pauta de comportamiento dificulta cualquier intento de separación entre ambos sectores. La autonomía normativa de los usos sociales no manifiesta una vinculación tan directa como la idea del bien como la que es propia de la moral. A diferencia de la moral, los usos sociales no requieren de conformidad interna del propio sujeto con la conducta prescrita. Se presentan éstos como exigencias condicionadas por el contexto, mientras que una vez identificada la obligación moral, ésta despliega toda su influencia sin límites espacio-tiempo. Finalmente, la sanción derivada de la inobservancia de una norma moral es aplicada por el propio sujeto, mientras que la sanción que experimenta el trasgresor del uso social es decretada y ejecutada por la colectividad.

3.2. La distinción entre los usos sociales y el derecho.

Muchos menos problemas plantea la distinción entre usos sociales y derecho. Es cierto que existen algunos puntos de contacto entre ambos órdenes normativos, pero parece admitirse en la doctrina jurídica el carácter autónomo de los mismos. Estos son los elementos que conforman la base de ese carácter autónomo:

- La especificidad de la materia regulada. Con ello se alude a la existencia de una especie de adscripción natural de materias de los diferentes órdenes normativos. Esta tesis incurre en el equívoco de adscribir a un determinado orden normativo materias que en muchos casos son reguladas por otro diferente. No tendría mucho sentido sostener la idoneidad de un criterio de distinción que provoca una contradicción entre la naturaleza y los datos que suministra la experiencia.
- El origen de las normas. El origen de los usos sociales radicaría en la sociedad mientras que las reglas jurídicas derivarían del Estado. Este criterio incurre en la falacia de pretender que el Estado constituye la única fuente de producción jurídica. Resultaría superable si se añadiera el matiz de que la idea del origen estatal se refiere a la de una voluntad estatal. Ya no resulta tan difícil de superar la crítica que destaca el olvido de distinción del derecho consuetudinario como orden jurídico de procedencia social.
- El grado de pretensión de validez de las normas. Las normas jurídicas comportarían una exigencia de validez incondicional frente a sus destinatarios, mientras los usos sociales únicamente constituirían una invitación a que cada individuo acomodara su comportamiento social al modelo que la

colectividad considera más adecuado. La aceptación de un criterio semejante podría privar de carácter obligatorio a los usos sociales.

- La estructura lógica de las normas. Los usos sociales establecerían únicamente obligaciones (unilaterales), mientras que el orden jurídico reconocerían también derechos o facultades (bilaterales) Cuando se dice que los usos sociales no establecen derechos se quiere expresar que no establecen facultades jurídicas, olvidando que hay también derechos no jurídicos. Así pues estos últimos dispondrían de un derecho correlativo, que sería jurídicamente inejecutable, porque no encontraría su origen en una regla jurídica, sino en un acuerdo de voluntades. Pero la circunstancia de que un derecho no sea ejecutable, no le hace perder su condición de derecho.
- La forma de la manifestación. Los usos sociales emergen en la sociedad de una manera directa y espontánea, sin la intervención de cueros intermedios a los que se asigne capacidad normativa. Esta argumentación no toma en consideración al derecho consuetudinario, que se manifiesta de manera directa y espontánea sin que su origen dependa de ningún órgano institucionalmente establecido (si ocurre con el derecho legislativo y el científico) En cualquier caso, el superior nivel formal que rige el proceso de creación de normas jurídicas en relación a los usos sociales constituye uno de los más evidentes criterios de distinción entre ambos órdenes.
- La especificidad de la sanción que comporta la desobediencia de las normas. Constituye uno de los más contrastados criterios de distinción entre las normas jurídicas y los usos sociales. Se puede mirar desde distintas perspectivas, desde el punto simplista e irreal que cree en la ausencia de sanción para la inobservancia de los usos sociales. Y es que es obvio que la realización de una conducta no acorde al uso social establecido, comporta la aplicación de una sanción gravísima por parte de la colectividad que puede llegar a la exclusión de un individuo de su círculo social. No se puede por tanto instituir un criterio de distinción basado en la gravedad de la sanción. Más sentido tiene la identificación del criterio de distinción en el grado de determinación de la sanción que vaya a ser infligida al trasgresor. El principio de seguridad jurídica exige que todos sepamos las consecuencias de saltarnos el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la sanción que se origina del quebrantamiento de un uso social resulta menos previsible, ya que no se puede conocer que reacción tomará cada miembro de la colectividad.

4. Las relaciones entre el derecho y los usos sociales.

La relación entre el derecho y los usos sociales no responde a moldes cerrados ni preconcebidos. Es frecuente la movilidad entre ambos tipos de regulación. Así será el derecho el que decidirá cuáles son los modelos de conducta que estime merecedores de su regulación, constituyendo el resto el ámbito de los usos sociales. Nada impide que haya conductas que merezcan la regulación de ambos órdenes normativos. Se plantean dos opciones: o una coincidencia de pautas o un conflicto entre esas soluciones. No hay razones para extender un juicio negativo a los ordenamientos jurídicos que se separen de las soluciones que ofrecen los usos sociales, de hecho los progresos de la vida social se han producido por la acción renovadora del derecho. Las continuas remisiones que realiza el derecho a los usos sociales constituyen buena prueba de la interacción que se da entre ambos órdenes normativos.

Tema X. La teoría de la norma jurídica I.

1. Normas jurídicas y decisiones jurídicas.

El derecho se presenta como un fenómeno normativo pero ¿qué entendemos por norma? El orden jurídico se presenta integrado por una serie de decisiones que intentan responder a las necesidades y a los problemas que la sociedad plantea. Algunas tratan de resolver un conflicto específico, que ya ha tenido lugar (decisiones judiciales) y otras se proponen una finalidad más amplia intentando proporcionar la solución a una categoría general de problemas que pueden plantearse en el futuro (decisiones legislativas) Las primeras son dictadas por el juez, mientras que las segundas por el órgano jurídico legislador. La decisión legislativa se muestra impotente para prever todo el cúmulo de supuestos que se pueden plantear en la realidad atribuyéndoles

soluciones satisfactorias. La decisión extrasistemática, de trata de una decisión jurídica desde la perspectiva del resultado que produce y ajurídica por el proceso de su producción. Y es que el ordenamiento jurídico nace con la propia decisión extrasistemática. En cualquier caso, al ser decisión fundante del orden jurídico, se le reconoce pleno carácter jurídico. Es la denominada constitución. No hay unanimidad de pareceres en cuanto a la identificación de estos tres tipos de decisiones jurídicas como normas jurídicas.

2. La naturaleza de la norma jurídica.

2.1. La teoría imperativista.

2.1.1. El significado de las tesis imperativistas.

Ha resultado frecuente entre la doctrina jurídica concebir a la norma jurídica como un mandato imperativo dictado por la persona que dispone del poder suficiente para ello. Las normas nos refieren modelos de comportamiento. La lógica del imperativismo de la norma jurídica explica que se haya comprendido la amenaza de sanción como un elemento integrante de la misma (efectividad) A la idea de imperatividad de la norma jurídica no le ha resultado siempre inherente la de la coacción. Podríamos distinguir dos formas de comprender la imperatividad de la norma jurídica: la que atiende a la forma de expresión y al sentido directivo de conductas, y la que centra su atención en la coacción. Los orígenes de la teoría imperativista se encuentran en las tesis iusnaturalistas, aunque ha solido quedar circunscrita al ámbito del positivismo jurídico. Se presentará un planteamiento integral de la imperatividad de la norma jurídica diversificado en dos vertientes: la de la necesidad (Ihering) y la de la aleatoriedad de la norma jurídica (Thon)

2.1.2. La norma jurídica como imperativo necesariamente coercitivo.

Creada por Rudolf Ihering, manifiesta que un imperativo sólo tiene sentido en boca de quien puede imponer su voluntad a la de otro. Esto supone una doble voluntad, de ahí que la naturaleza no conozca imperativos. Los imperativos podrían dividirse en concretos y abstractos. El concreto es la sentencia, la norma es el imperativo abstracto de las acciones humanas. El mundo está regido por tres especies de imperativos abstractos: los del derecho, los de la moral y los de las buenas costumbres. Ihering los llamo imperativos sociales (todos tienen un fin social) Reconoce al elemento coactivo como elemento esencial a todas las normas jurídicas, aunque no se le escapa la existencia de disposiciones que no parecen asumir forma de imperativos. Ihering lo resuelve alegando que, a pesar de no resultar expresadas en la forma imperativa, todas estas normas contienen auténticos imperativos dirigidos al juez. No quiere decir que todas las órdenes de poder público constituyan normas, pero si expresa de forma fehaciente que las autoridades públicas son el auténtico destinatario de las normas jurídicas.

2.1.3. La norma jurídica como imperativo eventualmente coercitivo.

August Thon coincide con Ihering en la caracterización de la norma jurídica como un imperativo, aunque se separa de éste en la consideración que le merece la coercibilidad de las normas jurídicas. Thon caracteriza a las consecuencias jurídicas de la transgresión de una norma como la entrada en vigor de nuevos imperativos o la pérdida de vigencia de imperativos que hasta entonces la poseían. Se pueden seguir dos vías, o eliminación de los imperativos del orden jurídico que protegen al trasgresor de la misma forma que protegen a toda la colectividad, o el surgimiento de nuevos imperativos destinados a sancionar la transgresión. La semejanza entre las tesis termina cuando se determina que papel desarrolla la coacción en cada una. Para Thon, la coercibilidad de las normas jurídicas constituye un elemento condicionante del comportamiento de los individuos, pero no necesaria ni inherente a la existencia de la norma jurídica. Constata que dentro del propio derecho interno hay normas jurídicas que no llevan aparejada la posibilidad de la puesta en marcha del mecanismo de la sanción, y no por ello dejan de ser normas o imperativos. Para fundamentar la efectividad de este tipo de mecanismos, recurre Thon a la noción de fuerza ideal de la voluntad de la sociedad. De ahí que no pueda considerarse a la coacción como un elemento esencial al concepto derecho. Ésta teoría recurre en el

vicio de la recursividad.

2.1.4. La norma jurídica como imperativo independiente.

Al margen de que las distintas doctrinas imperativistas puedan presentar importantes diferencias de matiz, todas coinciden en relativizar la relevancia de la forma de expresión gramatical con vistas a la propia identificación del imperativo. También es común a la mayor parte de ellas la consideración del imperativo como una expresión que requiere la concreción junto al sujeto que lo emana, de las condiciones que concurren en las personas a quienes va destinado el imperativo. Una excepción a esta tendencia general la constituye la teoría de Karl Olivecrona. Distingue los imperativos independientes de las órdenes. El imperativo sería el género y las órdenes, y los imperativos independientes especificaciones del mismo diferenciadas entre sí por que el imperativo independiente no requiere la presencia de una voluntad identificable que lo dicte. Entiende Karl Olivecrona que el orden jurídico está integrado por una serie de expresiones imperativas que intentan influir sobre sus destinatarios, pero sin embargo no hay forma de identificar cuál es la voluntad que se encuentra detrás del dictado de cada imperativo. En el caso de las leyes, abogan por la voluntad que goza de mayor aceptación entre los ciudadanos. Además, lo normal es que los parlamentarios desconozcan que es exactamente lo que defienden y votando, teniendo generalmente una idea vaga del contenido de la ley y de lo que ello supone. Así que no puede decirse que un proyecto legislativo responda a la voluntad de los parlamentarios que lo han votado. Según Olivecrona no parece razonable concebir a la norma jurídica como un imperativo que refleje una voluntad, y la voluntad que subyace a los imperativos normativos se diluye en el proceso de su aprobación. Si la categoría de imperativos independientes no se identifica con la de la norma jurídica, sí constituye la estructura de esa norma. No puede prescribirse imperativamente algo que no sea conducta, pero rebate esto mostrando que cada una de las expresiones contenidas en disposiciones jurídicas puede ser traducida en términos imperativos. Afirma pues que no es posible identificar norma jurídica alguna que no presente la estructura del imperativo independiente.

2.2. La teoría antiimperativista de la norma jurídica.

Son muchas las posturas que se han mantenido acerca de la naturaleza de la norma jurídica. Las más relevantes son:

2.2.1. La norma jurídica como juicio hipotético.

Kelsen elabora una teoría de la norma jurídica concibiéndola como un juicio hipotético. Según él no es posible identificar a la norma jurídica como imperativo porque le falta la relación interpersonal propia de los imperativos. Las normas y los imperativos se ubicarían en dos mundos diferentes, el de deber ser y el del ser respectivamente. Como una entidad del deber ser no puede ser guiada por el principio de causalidad, debe tener uno propio, el principio de imputación. Mientras el primero establece que a la producción de un acontecimiento le sigue una consecuencia, el principio de imputación nos dice que a la producción de la condición prevista por el ordenamiento jurídico le debe seguir la consecuencia que el mismo establece. De aquí deduce Kelsen que la norma jurídica no tiene carácter prescriptivo, no nos dice como debemos comportarnos, sino nos da un juicio hipotético de las consecuencias que derivan de no ejercer determinados comportamientos. Kelsen cambiará de rumbo en sus teorías para realzar el elemento voluntarista, que incorpora a la propia noción de norma jurídica. La relativación que van experimentando sus planteamientos iniciales le lleva a asumir el sentido imperativo de la norma jurídica que tanto había denostado anteriormente. Su tesis tendrá correcciones como la que indica que la norma jurídica no incorpora un juicio hipotético, sino dos: La sanción está condicionada por la acción del particular, y ésta a su vez esta condicionada por el supuesto de hecho (los motivos que le llevan a incumplir la norma).

2.2.2. La norma jurídica como decisión (o predicción de la decisión) del juez.

Son notables las diferencias que median el análisis de cada uno de los integrantes de esta corriente, pero todos

ellos plantean como elemento común la vinculación entre la norma jurídica y la decisión con la que resuelve el juez las controversias que se le presentan. Benjamín Cardozo propone una interpretación de la norma jurídica como predicción de la decisión que pueda tomar el órgano judicial. No cuestiona el significado normativo de las leyes ni el papel que desarrollan, pero condiciona su carácter jurídico a su efectiva capacidad de predecir el sentido de las mismas. Jerome Frank niega todo carácter jurídico a las predicciones que puedan hacerse acerca del sentido que vayan a tomar las decisiones judiciales, atribuyéndoselo a éstas en exclusiva. Karl Llewellyn propone una tesis integradora de ambas doctrinas al admitir la existencia de dos tipos de normas, las normas de papel (se ubican en los textos de las leyes y en los comentarios que los analistas realizan sobre las mismas) y las normas efectivas (se identifican con el contenido de las sentencias judiciales). Giovanni Tarello parte de la distinción entre texto y significado, asumiendo la pluralidad de significados que pueden atribuirse a cada texto. De ahí concluye que una cosa es el enunciado normativo, y otra cosa una norma. Su tesis supone un giro de 180° con respecto a la relación entre la norma jurídica y la interpretación del derecho. Esta tesis no ha gozado de gran aceptación entre los analistas del derecho.

2.2.3. La norma jurídica como sentimiento colectivo.

Se propone aquí una teoría de la norma jurídica inusual por su separación de las tesis imperativistas, formalistas y judicialistas. El meollo del fenómeno jurídico radica en las actitudes de obediencia, respeto y veneración que provoca entre los miembros de la comunidad jurídica. La generalización de este tipo de actitudes se manifiesta como un sentimiento común de obligación que explica el funcionamiento homogéneo del orden jurídico. En este contexto la norma no sería otra cosa que una noción ideal. Así estaría fuera de lugar la caracterización como normas jurídicas de las expresiones lingüísticas contenidas en las leyes, en los reglamentos...

2.2.4. La norma jurídica como punto de encuentro entre el realismo sicologista y el realismo conductista.

Alf Ross intentó analizar la cuestión desde una síntesis entre estas dos doctrinas. Para ello acogió de cada una los elementos positivos. Asumió por tanto, del realismo sicologista, que la vigencia de la norma depende del grado de certeza de los Tribunales de Justicia, y del conductista, la identificación del juez como miembro de una comunidad jurídica en la que predomina una determinada ideología normativa, de la que sus sentencias constituirían manifestaciones específicas.

2.3. La teoría de la coexistencia de normas jurídicas de naturaleza diferente.

No todas las normas jurídicas tienen la misma naturaleza. Algunas de ellas pueden reconocerse como imperativos, otras se dedican a organizar el funcionamiento del orden jurídico, e incluso normas que permiten realizar comportamientos. Se distinguen dentro del conglomerado de normas que configuran los ordenamientos jurídicos dos grandes grupos: las normas primarias (prescribirían la realización de comportamientos) y las normas secundarias (constituirían un punto lógico de apoyo de las primarias. Dentro del grupo de las normas primarias se diferencian las reglas de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación. Las reglas de reconocimiento permiten identificar a una hipotética norma como norma integrante del ordenamiento jurídico. Las reglas de cambio permiten que un individuo o un conjunto de individuos puedan introducir nuevas reglas de conducta y modificar o eliminar las hasta entonces existentes. Las reglas de adjudicación se ocupan de precisar quienes son los individuos y cual es el procedimiento para juzgar si se han producido o no transgresiones de los modelos de conducta prescritos por las normas primarias. Se reconoce en esta medida la combinación entre las reglas primarias de obligación y las secundarias como la medula de un sistema jurídico. Se presenta posteriormente una elaboración teórica con algunas modificaciones de interés. Aquí serán normas secundarias las relativas a la producción de normas. Habría tres tipos de normas diferentes:

- Normas sobre las fuentes jurídicas que nos expresan cuales son los hechos a los que se les reconoce el poder de producir normas pertenecientes al ordenamiento jurídico.

- Normas que delimitan la validez de las normas del sistema en el espacio y en el tiempo.
- Normas relativas a la interpretación y aplicación de las normas integrantes del ordenamiento jurídico.

Gregorio Robles sintetiza la estructura formal del derecho como un ente convencional integrado por tres diferentes tipos de reglas:

- Reglas ónticas: Se expresan a través del verbo ser. Definirían el ser del derecho delimitando los elementos ónticos del sistema que serían el espacio jurídico, el marco jurídico-temporal, los sujetos de derecho y las competencias de actuación jurídica que corresponden a cada uno de los sujetos de derecho.
- Reglas procedimentales: Se formulan por medio de la expresión tener que. Determinarían como tiene que actuar el sujeto de derecho para que su acción pueda considerarse jurídica.
- Reglas deónticas: Se expresan con el verbo deber. Contienen una expresión de deber en sentido estricto. Son las normas de conducta, las normas de decisión, las normas de ejecución, las normas permisivas y las reglas admonitivas.

2.4. La incidencia de la perspectiva de análisis en la determinación de la naturaleza de la norma jurídica.

La riqueza y variedad de normas que componen los diferentes ordenamientos jurídicos excluye la identificación de un tipo normativo único. Un orden jurídico que se proponga la regulación de la vida social llevará implícita una serie de condiciones dirigidas a que la vida se desarrolle de un modo determinado. Podríamos hablar de una naturaleza directiva de la norma jurídica, directamente detectable en las normas de conducta e indirectamente en los demás tipos de normas jurídicas. Entendidas así las cosas perderían todo su significado imperativo, aunque no su sentido directivo, las normas jurídicas que no respondieran al modelo de las normas de conducta. Por otro lado, la respuesta a la pregunta relativa a la naturaleza de la norma jurídica de conducta dependerá del punto de vista que se haya de asumir al analizar el asunto:

- Quienes contemplan a la norma jurídica desde la perspectiva del autor de la prescripción la interpretarán como un imperativo. Para ellos el ordenamiento jurídico estará compuesto por normas imperativas (las normas de conducta) y normas no imperativas (el resto de las normas jurídicas)
- Los que atienden a la expresión lingüística que refiere la norma jurídica la verán como un juicio hipotético.
- Quienes centran su atención en el comportamiento social que provoca la existencia de la expresión lingüística que refiere la norma jurídica de conducta la entenderán como un potente motor de la acción social y como un instrumento adecuado para el control de las actividades individuales.
- Los que analizan la naturaleza de la norma jurídica de conducta desde la perspectiva del receptor del mensaje la interpretarán como un motivo o estímulo para la acción. El fenómeno jurídico se interpretará como una amalgama de respuestas, en ocasiones descoordinadas, ante la acción de ciertos estímulos sobre las conciencias de los individuos.

Cualquiera de estas interpretaciones resulta correcta porque igualmente adecuados son los puntos de vista desde los que se procede a su comprensión, lo que no es correcto es pretender la adopción simultánea de perspectivas diferentes, ya que éstas se presentan incompatibles entre sí.

Tema XI. La teoría de la norma jurídica II.

1. La estructura de la norma jurídica.

- *La solución tradicional al problema de la estructura de la norma jurídica.*

A cada una de las interpretaciones de la norma jurídica le corresponde una estructura diferente. Los análisis que los juristas dedican a esta cuestión hacen caso omiso de esta diversidad de opciones, asumiendo un modo

de proceder particular que se traduciría en el desarrollo de las siguientes opciones:

- Aún reconociendo que el ordenamiento jurídico está compuesto por diferentes normas, sólo se contempla en relación al tema de la estructura de la norma jurídica a las normas de conducta.
- Se examina la estructura de la norma jurídica de conducta desde la perspectiva de quien contempla en clave descriptiva el enunciado lingüístico que refiere a la norma jurídica.

Es muy común que los análisis de los teóricos dirigidos a desentrañar la estructura de la norma jurídica contemplen en exclusiva a la norma jurídica de conducta, identificando en la misma una condición que se denomina presupuesto de hecho y una consecuencia para el caso en que dicho presupuesto de hecho se dé. Así se reconoce la tesis Kelseniana, cuya singularidad radica en que pone el acento sobre la consecuencia y no sobre su presupuesto fáctico. No deja de ser consciente, Kelsen de la existencia de normas jurídicas que no contemplan la imposición de una sanción. Para salvaguardar la armonía de su teoría elabora la distinción entre normas jurídicas independientes (contemplan la imposición de sanciones) y dependientes (no contemplan la imposición de sanciones) localizando que se da entre ellas el elemento determinante del carácter coactivo del derecho. Hans Kelsen atribuye a la distinción entre normas primarias y normas secundarias que constituye una inversión de los términos en que viene siendo entendida por la generalidad de la doctrina jurídica. Entiende Kelsen que el enunciado normativo puede ser descompuesto en dos enunciados normativos diferentes: el que instituye el presupuesto de hecho y el que instituye la sanción. Reconoce como norma primaria a la que prescribe la imposición de la sanción, quedando la norma que prescribe el modelo de conducta reducida a la condición de norma secundaria. No es su concepto de derecho, sino la lógica de su argumentación la que deslumbra a los analistas del fenómeno jurídico. Muchos juristas que definen a la norma jurídica como imperativo y no como un juicio hipotético procedan al estudio de la estructura de la norma jurídica distinguiendo los dos elementos que integran el juicio hipotético: el presupuesto de hecho y la consecuencia. Las normas jurídicas tienen un origen social y unos efectos sociales. Lo ideal es que el propósito con que fue dictada la norma coincida con los efectos que ésta realiza sobre sus destinatarios. Hay ocasiones en que el enunciado normativo es entendido en un sentido muy distinto al que inspiró su incorporación al conjunto de enunciados normativos de un determinado sistema jurídico. De ahí que parezca más provechoso la adopción de la perspectiva del receptor del enunciado normativo.

1.2. Estructura de la norma jurídica y funciones del lenguaje.

Norberto Bobbio desde la perspectiva del emisor, distingue tres funciones fundamentales del lenguaje:

- Función descriptiva: Tiene por objeto la transmisión de informaciones.
- Función expresiva: Hace participar a otros de un sentimiento especial.
- Función prescriptiva: Busca provocar por medio de órdenes un determinado comportamiento de alguien.

Pattaro distingue desde la perspectiva del receptor cuatro funciones primarias del lenguaje:

- Función semántico-representativa: Evoca en los destinatarios imágenes y conceptos permitiéndoles representarse una realidad. Aunque tiene en común con la función descriptiva el hecho de nos transmite conocimientos, la semántico-representativa provoca en nosotros una sensación de como son las cosas, mientras que la descriptiva nos provoca la creencia en los datos que proporciona la información que recibimos. La segunda tiene a la primera como presupuesto necesario, puesto que para llegar a creer algo es preciso que lo representemos mentalmente.
- La función preceptiva: Actúa sobre nuestra voluntad, nos hace hacer. También conlleva a la función semántico-representativa como presupuesto necesario.
- La función emotiva: Actúa sobre nuestros sentimientos, nos hace sentir. Diferencia Pattaro a la función emotiva de la expresiva en que la primera atiende a los sentimientos que se suscitan en el receptor, mientras la segunda refleja los sentimientos del emisor, los cuales no siempre coinciden con

aquellos. Esta función no tiene a la semántico–representativa como presupuesto, de hecho hay expresiones que no tienen referencia conceptual.

- La función sintomática: Nos hace creer. A pesar de esto hay manifiestas diferencias entre esta función y la descriptiva. Y es que en esta función derivamos creencias a partir de la consideración del uso lingüístico que adopta el emisor.

La circunstancia de que quede en manos del receptor la asimilación de las expresiones lingüísticas en una u otra de las funciones las hace imprevisibles. Esto no quiere decir que no puedan obtenerse indicios de probabilidad de que se trate de una u otra función sobre la base de las características formales y gramaticales que presenta el enunciado lingüístico. Tales características se conocen como espías de la función. No quiere ello decir que las ideas que tales indicios sugieren se tengan que cumplir inexorablemente. Podremos hablar de expresiones idóneas para ser recibidas tanto en función descriptiva como prescriptiva. El ordenamiento jurídico está lleno de expresiones de ambos tipos. La idoneidad para la recepción de la expresión lingüística en una u otra función no depende exclusivamente de la forma gramatical del enunciado, también influye el estado de ánimo que en el momento tenga el receptor y el contexto situacional que rodea a la persona del receptor en el momento de recibir el mensaje. Este tipo de disposiciones jurídicas que refieren enunciados descriptivos pueden desarrollar también una función sintomática sobre los miembros de la comunidad jurídica correspondiente. Dichos miembros respetan por lo general la voluntad del legislador, asumiendo su racionalidad como elemento determinante del sentimiento de obligatoriedad que experimentamos con respecto al derecho. La estructura de la norma jurídica variará en función de dos tipos normativos que hemos identificado. Así, la estructura de las normas jurídicas de conducta será:

- El enunciado lingüístico realizado en forma prescriptiva.
- La recepción del enunciado lingüístico en función semántica– representativa.
- La recepción del enunciado lingüístico en función preceptiva.

Mientras que la estructura de las normas jurídicas que no son de conducta será:

- Enunciado lingüístico realizado en forma descriptiva.
- Recepción del enunciado lingüístico en función semántica–representativa.
- Recepción del enunciado lingüístico en función sintomática.
- Recepción indirecta del enunciado lingüístico en función preceptiva.

- *Tipología de las normas jurídicas.*

Criterios de clasificación de las normas jurídicas:

- Por su estructura:

– Completas: Integrarían un modelo de conducta y su consecuencia.

– Incompletas: Carecerían de estos elementos, necesitando ser completadas con otras normas con vistas a la integración de una unidad normativa completa.

Este criterio supondría expulsar del mundo de las normas completas a todo el complejo normativo que regula la organización de los poderes públicos y del propio funcionamiento del derecho. Más apropiado parece el razonamiento de Kelsen, que denominó a las completas como normas compuestas y a las incompletas como simples. Así las normas jurídicas de conducta se dividirían a su vez en:

- Normas jurídicas preceptivas: Tienen por objeto la imposición de un deber de hacer algo.
- Normas jurídicas prohibitivas: Tienen por objeto la interdicción de una posibilidad de hacer algo.
- Normas jurídicas permisivas: Tienen por objeto la atribución de un permiso de actuación a un sujeto o

a una categoría de sujetos.

- Por su contenido: Parte de la utilidad de la división del derecho en sectores globales y ramas parciales. Así se distinguen las normas de derecho público y derecho privado.
- Por su modo de producción:
 - Normas de derecho escrito: Se producen con arreglo al criterio requerido en cada caso para su entrada en vigor.
 - Normas consuetudinarias: Se producen cuando la continuada reiteración de ciertas formas de conducta les dota de significado directivo de conductas futuras.
 - Normas jurisprudenciales: Las dictan los tribunales de justicia en sus resoluciones.

Hay autores que identifican a un cuarto grupo, las normas de derecho científico, integradas por los distintos significados que los analistas del derecho atribuyen a los textos jurídicos.

- Por su ámbito espacial de vigencia:
 - Normas jurídicas generales: Rigen en todo el territorio.
 - Normas jurídicas territoriales: Rigen en un segmento territorial determinado
- Por su ámbito temporal de vigencia:
 - Normas jurídicas de vigencia determinada: Se dictan para regir en un espacio temporal concreto cuyo término viene determinado de antemano.
 - Normas jurídicas de vigencia indeterminada: Se dictan para regir sin un límite temporal preciso.
- Por su extensión:
 - Normas generales: Afectan a todos los miembros de la comunidad jurídica en general.
 - Normas individuales: Afectan a determinados individuos que son expresamente contemplados por la norma jurídica.

Se da el caso de algunas normas que sólo afectan a los individuos que estén en una circunstancia determinada. Éstas no son ni generales, ni individuales. Se la conoce como norma general particularizada.

- Por el sistema jurídico en el que se integran:

Las normas jurídicas no se presentan aisladas, sino integradas en un determinado sistema. La pertenencia de las normas a uno u otro sistema jurídico se delimita en función de la posibilidad de referencia con las de superior jerarquía de cada sistema. Aquí se dividirían en internas o externas al sistema jurídico propio de la persona que establece la distinción. Es posible que varios sistemas jurídicos diferentes adopten normas comunes. A estas se las conoce bajo la denominación de derecho uniforme.

Tema XII. La teoría del sistema jurídico I.

1. Las acepciones del sistema jurídico.

La noción de norma no puede suministrarnos una idea completa del significado de realidad jurídica. El derecho representa una determinada ordenación de normas que lo integran. Se dice que el derecho se manifiesta como sistema (sistema jurídico) La expresión sistema jurídico puede ser usada en multitud de acepciones. Las más representativas son siete:

- Atiende al centro de imputación al que cabe atribuir la emisión de los enunciados normativos. Se entiende por sistema jurídico al conjunto de las normas que derivan de una misma fuente de producción.
- Se fija en el receptor de los enunciados normativos. Se considera sistema al conjunto de las normas jurídicas que un determinado individuo estima obligatorias para sí mismo.
- Parte de la comunidad de fundamento formal de las normas del sistema. Así integrarían un sistema todas las normas jurídicas que resultan formalmente derivables de una determinada norma, que se considera superior.
- Se atiende al criterio de la comunidad de fundamento material de las normas del sistema. En este caso integrarían un sistema todas las normas jurídicas que resultan materialmente derivables de una determinada norma, que se considera superior.
- Alude a la proyección de las normas que integran el sistema sobre una misma intuición. Compondrían pues un sistema jurídico todas las normas que confluyen en la regulación de determinada institución.
- Atiende a la interpretación de los enunciados normativos por parte de los órganos que tienen formalmente encomendada la realización de semejante función. Integrarían un sistema jurídico el conjunto de atribuciones de significado realizadas sobre la base del principio de unidad de sentido a diferentes enunciados normativos que rigen determinada comunidad jurídica.
- Se utiliza la expresión sistema jurídico para designar a un grupo de ordenamientos jurídicos a los que se reconoce similitud de caracteres.

2. Los sistemas jurídicos del civil law y del common law.

En la acepción 7 se utiliza la expresión sistema jurídico para diferenciar el sistema continental (civil law) del sistema anglosajón (common law). El primero inspira en general a los ordenamientos jurídicos de los países del continente europeo y de Latinoamérica. El segundo a Inglaterra, Estados Unidos, India, Canadá... Responden a un modo bastante distinto de concebir el derecho. En los países del sistema jurídico continental el derecho adopta una configuración preferentemente legislativa, mientras que en los otros el derecho adopta la forma de derecho judicial. La doctrina del precedente judicial asume dos manifestaciones diferentes:

- Obligación de los jueces de seguir la doctrina de otros tribunales que ocupan un rango más elevado en la estructura judicial.
- Deber de los jueces de tener en cuenta el sentido de las resoluciones judiciales que ellos mismos hayan podido tomar en otras ocasiones anteriores.

Nos hallamos ante dos culturas jurídicas distintas lo que tenía que incidir en la incorporación de modelos diversos de formación de los juristas. En los países del common law la formación de los juristas se caracteriza por la preponderante atención que se dedica a las decisiones judiciales, mientras que el conceptualismo abstracto constituye uno de los rasgos definitorios de los países del civil law. A pesar de las diferencias aludidas se viene percibiendo en las últimas décadas un proceso de convergencia entre ambos sistemas jurídicos. Esto se debe a:

- Mayor sensibilidad que demuestran los tribunales constitucionales hacia fórmulas que permitan la introducción de los valores constitucionales en sus razonamientos interpretativos.
 - Necesidad que viene experimentando el orden jurídico de responder al ritmo vertiginoso de la vida social con la previsión de normativas específicas para sectores jurídicos que no pueden contar con una tradición suficientemente consolidada.
 - Progresiva internacionalización del fenómeno jurídico.
- *El ordenamiento jurídico como sistema jurídico.*

El sentido que adquiere la expresión sistema jurídico en sus acepciones 3 y 4 es el que más nos interesa en este momento. No puede decirse que ambos criterios resulten excluyentes. Se puede hablar incluso de la complementariedad de ambas acepciones. La adopción de una perspectiva general que permitiera la visión del derecho como un conjunto organizado de normas dotado de una unidad esencial se presentará a principios de

nuestro siglo. Kelsen realiza una distinción entre:

- Ordenamientos estáticos: Responderían a la acepción 4 de la expresión. Es típico de los ordenamientos morales (solo incorpora normas de conducta)
- Ordenamientos dinámicos: Responderían al modelo descrito en la acepción 3 de la expresión sistema jurídico. Es el típico de los ordenamientos jurídicos (contempla normas de conducta y normas de organización)

Aun cuando tiene razón Kelsen al expresar que lo que da sentido a un ordenamiento jurídico es la presencia de una norma superior que determina el procedimiento de entrada en vigor de todas las normas que aspiren a incorporarse al sistema, la consideración de que los diferentes sistemas jurídicos nacionales suelen incorporar en el texto constitucional un determinado contenido axiológico o material nos sitúa frente a un problema difícil ante el que en sólo caben dos posibilidades:

- Mantenemos a la teoría del ordenamiento jurídico en los términos en que la expone Kelsen, lo que nos conduciría a una situación de atribuir distinto fundante a dos enunciados normativos situados en el mismo nivel jerárquico.
- Abrazar una tesis integradora que asumiera a los distintos enunciados normativos que componen el texto constitucional como norma fundante de los demás, lo que nos emplazaría ante el absurdo de reconocer a una norma de conducta valor identificador de las normas que integran el sistema jurídico.

Esta dificultad se relativiza si tomamos conciencia exacta del problema que está en juego, que es el de la explicación de la unidad del ordenamiento jurídico. Esto resulta limitado en sus pretensiones, ya que aspira a describir las condiciones que permiten diferenciar a los ordenamientos jurídicos y reconocerlos como unidades que engloban conjuntos de normas que disponen de un punto de referencia común.

- *La unidad del ordenamiento jurídico.*

4.1. La Constitución como presupuesto del principio de unidad del ordenamiento jurídico.

El problema de la unidad del ordenamiento jurídico se disuelve en la constatación de la presencia de una norma jurídica superior que incorpora un principio de adscripción y de exclusión de las normas jurídicas del sistema. Esa norma superior es la Constitución, considerada así como una ley de rango superior. Distinguiríamos así una doble operatividad de la Constitución como norma fundante de las normas del sistema:

- Operatividad formal, que se traduce en la plasmación del procedimiento formal para la entrada en vigor de las normas jurídicas y su eventual desaparición del sistema jurídico.
- Operatividad material: Se traduce en la plasmación de una serie de valores y principios materiales a los que debe ajustarse el contenido de las normas del sistema si no quieren correr el riesgo de ser expulsadas del mismo.

Puestos en la disyuntiva de la opción por la tesis formalista pura, o la fórmula integradora, aplicaríamos una convergencia de ambas. En algún sentido, el tipo estático y el tipo dinámico de ordenamiento se presentan como alternativas no necesariamente excluyentes.

4.2. Unidad del ordenamiento jurídico y principio de jerarquía normativa.

4.2.1 El significado del principio de jerarquía normativa.

La referencia a la norma superior lleva aparejada la idea de jerarquía normativa, la estructuración del sistema

jurídico como un conjunto de normas diferente rango formal. Se suele representar esta idea utilizando la metáfora de la pirámide normativa. Se señala que la pirámide tendría como vértice a la Constitución, de la que derivarían las leyes y demás normas jurídicas hasta llegar a la base, que estaría conformada por los distintos actos de ejecución del orden jurídico. Los diferentes planos del ordenamiento jurídico estarían ocupados por conjuntos de normas del mismo rango formal, hablaríamos así de planos superiores y planos inferiores del ordenamiento jurídico. Conforme a esta tesis todas las normas que componen el ordenamiento jurídico resultarían a la vez ejecutivas (de las normas de superior nivel jerárquico) y productivas (de las normas inferiores), excepto la Constitución, que sólo sería productiva, y las normas que ocupan la base de la pirámide, que estarían limitadas a una función ejecutiva. Esta interpretación de Kelsen debe ser matizada. Y es que no todas las normas incorporan criterios de producción de las normas inferiores, por más que no puedan estas vulnerar el contenido de aquéllas. Se presenta el caso de reglamentos que constituyen una aplicación directa de la Constitución. De ahí que parezca más razonable precisar que el concepto de superioridad jerárquica normativa incorpora la idea de producción de las normas inferiores.

4.2.2. La costumbre jurídica frente a la lógica del principio de jerarquía normativa.

Un problema específico plantea la ubicación de la costumbre en el marco de una construcción escalonada o jerárquica del ordenamiento jurídico, toda vez que ella supone producida por el transcurso del tiempo y por la reiteración de conductas de características similares. Sin embargo, la costumbre jurídicamente relevante constituye un acto de ejecución de una norma superior, la que establece las condiciones necesarias para que una simple repetición de comportamiento pueda llegar a constituir derecho aplicable. Si consideramos al derecho como una formulación del deber ser, no nos puede extrañar que se produzcan supuestos de transgresión del esquema jerárquico diseñado por la norma fundamental. En él la costumbre continúa ocupando un papel subordinado a lo que las normas superiores establezcan. Las dificultades de encaje en la consideración del ordenamiento jurídico como conjunto de normas ordenadas jerárquicamente que presenta la costumbre se disuelven si tenemos en cuenta que la institución de ordenamientos jurídicos se produce sobre la base de dos técnicas diferentes:

- La recepción de las normas: Es utilizada para dar acogida a normas provenientes de otros ordenamientos diferentes o para elevar a la categoría de norma jurídica a una pauta uniforme de comportamiento.
- La delegación del poder para producir normas jurídicas: Es usada para paliar la imposibilidad de prever la solución a todos los supuestos que se puedan producir, confiriendo capacidad de producción de normas a otros poderes diferentes del poder supremo que instituye el sistema jurídico.

De ahí que no quepa estimar a la consideración de la costumbre como fuente del derecho como un fenómeno que quiebre la dinámica del principio de normativa.

4.3. Las funciones de la Constitución en la perspectiva de la unidad del ordenamiento jurídico.

Nos encontramos ante un sistema cuando podemos identificar una norma superior que constituya el punto de referencia de las diversas normas que lo integran. La aplicación de este mismo criterio nos permitirá deslindar a unos sistemas jurídicos de otros. Conforme a esta interpretación, los Estados nacionales constituirán sistemas jurídicos diferenciados. Esta comunicación entre la organización política y la organización jurídica no hace más que poner de relieve la naturaleza decisional de las normas jurídicas que adquiere inequívoca significación política. Puede presentarse el caso de una instauración de normas constitucionales que no provoquen la desaparición absoluta del orden jurídico precedente. La explicación de esto se encuentra en la necesidad de la sociedad de disponer de un conjunto de normas para la regulación de sus conflictos e intereses. En estas situaciones el ordenamiento jurídico actúa de la siguiente manera: se entiende que las normas del viejo orden jurídico son aceptadas por el nuevo mientras no se deroguen expresamente. Puede incluso que haya normas que sean asumidas sin problemas por el nuevo sistema jurídico. Y es que por más que los ordenamientos jurídicos puedan constituir unidades netamente diferenciadas, ello no excluye que

puedan disponer de elementos normativos comunes. En este sentido la Constitución desempeña una doble función en relación al principio de unidad del ordenamiento jurídico:

- Permite reducir a una unidad a todas las normas que lo componen.
- Constituye el criterio para la identificación de los sistemas jurídicos como unidades diferenciadas del resto de los sistemas jurídicos.

Tema XIII. La teoría del sistema jurídico II. La coherencia del ordenamiento jurídico.

1. El carácter ideal del principio de coherencia del ordenamiento jurídico.

La idea de sistema jurídico viene a poner el acento precisamente sobre la relación ordenada, coherente, que guardan las normas entre sí. Pero constantemente contemplamos situaciones reguladas por dos o más normas de un mismo ordenamiento que disponen soluciones diferentes o incompatibles, lo que desemboca en la imposibilidad de aplicar el ordenamiento jurídico en toda su extensión (la aplicación de una norma comporta la inobservancia de otra) La denominada interpretación sistemática del derecho refiere la necesidad de tener en cuenta a todo el conjunto de normas que componen el ordenamiento. Se prescribe en definitiva que se aplique el derecho desde la perspectiva global del mismo. Las cosas resultan bastante más complejas.

2. Las antinomias jurídicas.

2.1. La noción de antinomia jurídica.

Entenderemos que se produce una antinomia cuando dos normas del ordenamiento, con idéntico ámbito de validez, entran en conflicto. Se consideraría así a los casos en que son varias normas en conflicto como supuestos de concurrencia de antinomias. La antinomia jurídica requiere la presencia de los siguientes requisitos:

- Dos normas que pertenezcan a un mismo ordenamiento jurídico: Este concepto presupone un problema interno del sistema jurídico y no una colisión de sistemas.
- Que las normas tengan un ámbito de validez idéntico: El ámbito de validez debe ser el mismo en la perspectiva temporal, en la espacial, en la personal y en la material.
- Un conflicto entre las normas: Es necesaria una contradicción entre las dos normas. Las características que pueda tener el conflicto darán lugar a las diferentes especies de antinomias que se pueden reconocer en derecho.

2.2. Clasificación de las antinomias jurídicas.

Se acostumbra a distinguir las antinomias jurídicas en sentido propio (expresan una contradicción de contenidos normativos) de las denominadas impropias (atienden a otras condiciones que rodean al contenido normativo) Dentro de las antinomias impropias, antagonismos normativos que no llegan a constituir antinomias jurídicas en sentido estricto se pueden distinguir:

- Antinomias axiológicas: Se producen por la coexistencia en un mismo ordenamiento de normas jurídicas inspiradas en valores o principios contrapuestos. Aunque no sean antinomias jurídicas, lo normal es que den lugar a un desarrollo normativo que produzca normas incompatibles, que terminen derivando en auténticas antinomias jurídicas.
- Antinomias de valoración: Se producen cuando media un desfase de atribución entre la entidad del bien protegido o evaluado por el derecho y la consecuencia normativa correspondiente. Se habla aquí no de antinomia jurídica, sino de regulación jurídica injusta. Ambas constituyen desfases y es necesario corregirlas, pero no se debe confundir dos situaciones cuya necesidad de corrección responde a exigencias distintas: el orden en un caso, y la justicia en el otro.

- Antinomias teleológicas: Generadas por la contradicción entre la norma instrumental para la consecución de un determinado fin y la que prescribe la obtención del propio fin, de tal modo que la observancia de la primera comportase la imposibilidad del cumplimiento de la segunda. Se habla aquí de inadecuación de la primera en relación al objetivo determinado por la segunda. Esta inadecuación también necesita ser corregida.

Sin embargo la clasificación más afortunada de antinomias es la que distingue los siguientes tipos de conflictos normativos:

- Conflictos normativos bilaterales y unilaterales: Los primeros se producen cuando la observancia de cualquiera de las dos normas comporta la transgresión de la otra. Los segundos cuando la observancia de una de las normas conlleva la transgresión de la otra, pero no se da la situación inversa.
- Conflictos normativos totales y parciales: Los primeros se dan cuando el cumplimiento de una de las normas conlleva la vulneración total de la otra. Los segundos cuando la observancia de una de las normas sólo genera la vulneración parcial de la otra.
- Conflictos normativos necesarios y posibles: Los primeros se producen cuando la inobservancia de una de las normas jurídicas implica necesariamente la violación de la otra. Los segundos cuando únicamente implican la posibilidad de la transgresión de la otra.

No existe ningún tipo de vinculación necesaria entre los caracteres de los conflictos normativos.

2.3. Los criterios de resolución de las antinomias jurídicas.

La presencia de antinomias jurídicas constituye una patología de los sistemas jurídicos que exige la habilitación de procedimientos eficaces para su resolución. Estos criterios se han venido reconociendo a nivel doctrinal y jurisprudencial:

- El criterio jerárquico: Viene a señalar que cuando se dé una antinomia entre dos normas de un mismo ordenamiento jurídico debe prevalecer la de rango jerárquico superior. Este criterio viene expresamente reconocido por la constitución Española.
- El criterio cronológico: Indica que en caso de contradicción entre dos normas del mismo ordenamiento jurídico la posterior debe prevalecer sobre la anterior. Constituye una consecuencia directa del carácter dinámico del derecho.
- El criterio de especialidad: Comporta la aplicación de la norma especial sobre la general en el caso de contradicción entre dos normas del mismo ordenamiento jurídico. La razón de ser de las normas especiales radica en la consideración del mayor grado de justicia que se puede alcanzar a través de una regulación jurídica que tenga presente las peculiaridades personales materiales o espaciales que puedan concurrir en el caso. Sin embargo este sentido se presenta desnaturalizado cuando las normas especiales se usan para vehicular situaciones de privilegio que carecen de justificación un orden democrático e igualitario.
- El criterio de competencia: Prevé la aplicación prioritaria de una norma jurídica que entre en conflicto con otra cuando el propio sistema jurídico ha determinado la competencia de tal norma para la regulación del problema en cuestión o del género de problemas en que se ubique el mismo. Su fundamento radica en la eficacia y racionalidad en la distribución de las funciones que asume el sistema jurídico.

Es habitual identificar al criterio de competencia como una forma específica del criterio de especialidad. Sin embargo aunque sus puntos de contacto con el criterio de especialidad son evidentes, parece razonable reconocerle plena autonomía al criterio de competencia, pues va a manifestar una operatividad en los supuestos de colisión de criterios bastante diferente a la que se reconoce al criterio de especialidad.

2.4. Los conflictos entre los criterios de solución de normas antinómicas.

Tienen lugar cuando la incompatibilidad que presentan dos normas puede resolverse aplicando dos o más

criterios de solución que llevan a soluciones distintas. No puede decirse que este tipo de cuestiones hayan merecido en todos los casos una respuesta uniforme por parte de los jueces, pero pueden señalarse algunas tendencias generales. Se reconoce por ejemplo que cuando un conflicto se produzca entre el criterio de competencia y cualquiera de los otros tres el primero prevalezca. Si se da entre el criterio jerárquico y el criterio cronológico prevalece la aplicación del primero. Mayores problemas plantea la colisión entre el criterio cronológico y el de especialidad. En estos casos los jueces mantienen una actitud vacilante, de todas formas hay que entender que la opción preferente por el criterio que conduce a la solución más justa constituye una exigencia inderogable del propio ordenamiento jurídico. Se complican aún más cuando es el criterio jerárquico el que entra en conflicto con el de especialidad. Los problemas surgen cuando la aplicación del criterio de especialidad proporciona una solución más adecuada y justa. No hay una línea judicial establecida, aunque el prestigio que ha adquirido el criterio de la jerarquía normativa y su mayor facilidad de aplicación hacen que muchas veces termine imponiéndose sobre el de especialidad. Un supuesto particular se presenta cuando es imposible la aplicación de algunos de los criterios referidos, puesto que las normas coinciden en todo. Este es un supuesto mucho más habitual de lo que parece, quedando estos casos a la libre decisión del juez que habilitará un criterio propio (el que proporcione una solución más justa)

Tema XIV. La teoría del sistema jurídico III. La plenitud del ordenamiento jurídico.

1. El significado del principio de plenitud del ordenamiento jurídico: los elementos de las lagunas jurídicas.

Que el derecho es pleno o completo quiere decir que no tiene lagunas. Por el contrario, diremos que es incompleto o lagunoso cuando se detectan supuestos de hecho con relevancia jurídica no contemplados por el derecho. Los elementos de las lagunas jurídicas son:

- La existencia de un problema de relevancia jurídica: No basta que se de un problema social no regulado por el orden jurídico para que se entienda que este es incompleto, sino que se requiere que el problema sea de índole jurídica. No hay regla definida para poder determinar en qué casos estamos ante una laguna jurídica, y es que lo que en el fondo está en juego es el problema de la distinción entre derecho y los usos sociales. De ahí la necesidad de plantear el problema de la plenitud del ordenamiento jurídico en relación a las convicciones y creencias sociales que determinan que a ciertas cuestiones se les atribuya la suficiente trascendencia social como para hacerlas merecedoras de una regulación jurídica específica. Se le reconoce como único criterio válido para la determinación de la plenitud o falta de ella del ordenamiento jurídico.
- La falta de regulación jurídica: Para que pueda identificarse una laguna jurídica es necesario que no pueda detectarse en el ordenamiento jurídico una norma que regule el problema planteado. El concepto de inexistencia de regulación jurídica no debe, confundirse con el de regulación jurídica injusta, plural o indeterminada:
 - Regulación jurídica injusta: Ocurre cuando el órgano encargado de resolver el problema encuentra en el ordenamiento jurídico una solución que contradice su criterio de justicia. Esto lleva aparejado la exigencia de su modificación.
 - Regulación jurídica plural: Como bien sabemos, con esto nos referimos a las antinomias.
 - Regulación jurídica indeterminada: Cuando una orden hace depender ciertos factores a nociones muy ambiguas. Esto sitúa al ciudadano en una posición de incertidumbre y al órgano judicial en una postura incómoda al tener que concretar él mismo el contenido de expresiones de significado impreciso. No ser la puede considerar lagunas jurídicas porque hay dispuesta una solución para aplicar el problema, otra cosa es que el juez tenga que incorporar la atribución del contenido de tales nociones. A diferencia de los dos anteriores, este uso constituye una técnica correcta que permite al órgano decisor atender a las particularidades de cada situación, posibilitando una decisión jurídica acertada y justa.

La plenitud constituye una exigencia de la propia lógica del sistema, que suele contener disposiciones que obligan a los jueces a resolver cualquier problema que se les presente con el propio material jurídico que

contiene el ordenamiento.

2. Tipología de las lagunas jurídicas.

Podremos diferenciar las lagunas jurídicas de las lagunas que puedan manifestar cada una de las fuentes del derecho. La ley es la fuente jurídica por antonomasia, y es por donde se comienza a buscar la solución de los diferentes problemas. Cuando no hay nada previsto en los textos legislativos sobre el particular se entiende que hay una laguna legal. Si tampoco se encuentra nada acudiendo al resto de las fuentes jurídicas nos enfrentamos a una laguna jurídica. Desde otra perspectiva se han distinguido en:

- Lagunas originarias: Obedecen a un defecto de origen de la regulación normativa, que ha dejado fuera desde el principio el supuesto en cuestión.
- Lagunas sobrevenidas: Surgen como consecuencia de la evolución de la vida social, que va generando nuevos supuestos de hecho.

También se diferencian las lagunas voluntarias de las involuntarias:

- Lagunas voluntarias: Se produce por la voluntad del autor de la regla jurídica que ha dejado al margen de su regulación conscientemente un determinado supuesto
- Lagunas involuntarias: Tienen su origen en la falta de previsión del autor de la regla que por motivos ajenos a su voluntad ha omitido de la regulación al supuesto en cuestión.

Así diremos que las lagunas sobrevenidas son siempre involuntarias, mientras que las originarias pueden ser tanto voluntarias como involuntarias. Otro criterio de clasificación lleva a distinguir:

- Lagunas fuera de la ley: Normas tan particulares que no pueden adaptarse a todos los supuestos que se pueden producir.
- Lagunas dentro de la ley: Derivan del carácter general de la norma jurídica que no suministra una solución adecuada a algunos de los supuestos que pueden ser considerados englobados en sus márgenes de regulación.

3. Las vicisitudes históricas del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico.

Ante la insuficiencia que mostraban los diferentes derechos históricos para la resolución adecuada de los supuestos que se producían en la práctica se acude al derecho romano de justiniano, aunque reinterpretado. Este sistema permite poner derecho a las imperfecciones de los diferentes derechos vigentes. Será con el apogeo de las doctrinas del iusnaturalismo racionalista cuando este principio será llevado hasta sus últimas consecuencias. La influencia del iusnaturalismo racionalista se suma a la necesidad de poner remedio a la dispersión jurídica del momento, para dar origen al fenómeno de la codificación del derecho. Y es que desde una perspectiva axiológica del derecho parece absurdo que se busque una solución justa desde regulaciones diferentes para el mismo problema, puesto que la solución justa debería ser única. Esta ideología se plasma con la aparición del código civil francés (código de Napoleón) Intentaron con este código el reconocimiento de la función que cumple la ley como marco general de regulación. Pero se tuvo en cuenta también la ley es un producto humano, incapaz de prever todos los supuestos de la vida social. Conscientes de la fiabilidad de la ley como instrumento de regulación jurídica general, los promotores del Código remitían al juez al derecho natural en el que se fundamentaba. Teniendo en cuenta esto no puede extrañar se incorpore una nueva disposición con la que se pretende conjugar el respeto a la ley con la aplicación estricta del derecho natural. El texto remitido terminó sufriendo diversas modificaciones. Se invertían los términos del problema, obligando al juez a encontrar en la ley y no en el derecho natural la solución a las diferentes controversias. Así se concebía a la ley como la pura expresión del derecho natural. Con la publicación de la obra de François Geny se quiebra el periodo de apogeo del método exegético. Geny considera a la ley como un producto histórico, emanado para dar satisfacción a las necesidades que tiene en mente el legislador en el momento de

dictar la ley, entre las que no se encuentran todo el cúmulo de circunstancias y supuestos que se producirán en la vida social. De ahí que proponga el método de la libre investigación científica, que atribuye al juez la función de descubrir, cuando no hay fuentes formales aplicables, lo que venía a suponer a la idea del derecho natural. En un contexto ambiental diferente se enmarca la propuesta del libre encuentro del derecho. En ella se viene a reconocer, a las lagunas jurídicas como una realidad inevitable que demandaba la búsqueda de soluciones justas por parte del juez utilizando para ello elementos extraños al ordenamiento jurídico. En el Código Civil suizo de 1.907 se plasmó legalmente el reconocimiento de las insuficiencias de la plenitud del ordenamiento jurídico. La novedad es que la propia ley reconoce la existencia de lagunas en el derecho, abriendo paso a una iniciativa creadora del juez condicionada por el espíritu jurídico del momento. Sin embargo también autores han defendido la plenitud del ordenamiento jurídico como principio decisivo para la comprensión del derecho. Las más importantes de estas reformulaciones han sido:

- La teoría del espacio jurídico vacío: Venía a considerar la actividad del hombre dividida en dos esferas diferentes, una regulada por el derecho (espacio jurídico lleno) y otra que al orden jurídico le resulta indiferente (espacio jurídico vacío) Conforme a esta tesis no podría darse nunca un supuesto de laguna. Esta tesis escapa del problema de la plenitud del ordenamiento jurídico.
- La teoría de la norma general exclusiva: Indica que no hay ninguna acción del hombre que escape a la regulación jurídica. Así se representa la idea de una norma jurídica que excluya a los supuestos de relevancia jurídica no previstos por normas jurídicas específicas. Pero esto no impide que sigan existiendo. Así pues esta teoría también elude la raíz del problema.

4. Los métodos de superación de las lagunas jurídicas.

Finalmente debemos asumir la existencia de lagunas jurídicas, emplazando al juez a conformar día a día el orden jurídico que las disposiciones legales no han llegado a completar. Lo normal es que el juez fundamente sus sentencias en argumentaciones de carácter jurídico. Así debería acudir a alguno de los dos métodos de integración de las lagunas jurídicas:

- Método de heterointegración de las lagunas: Ante la constatación de una laguna jurídica el juez acude para colmarla a una norma correspondiente a un ordenamiento diferente. Lo normal es que acuda a una norma moral, o a una regla social, aunque también puede recurrir a normas de otros ordenamientos jurídicos diferentes.
- Método de autointegración de las lagunas: Supone la indagación de la respuesta jurídica adecuada al problema acudiendo a principios inherentes al propio sistema jurídico en el que se produce la laguna. Nos referimos a la analogía y a los principios generales del derecho.

La aplicación de la analogía consiste en la resolución de casos acudiendo a la regulación que atribuye el propio ordenamiento jurídico a otros supuestos de similares características. La utilización de este método viene reconocida por el ordenamiento jurídico español. Aunque la categoría jurídica de los principios genérelas del derecho es enormemente discutida, hay que entender que cuando se alude a su utilización, se está sugiriendo la posibilidad de encontrar la solución adecuada al problema planteado abstrayendo del conjunto de normas que configuran el ordenamiento el espíritu general del mismo que permitiera resolver la cuestión de acuerdo con el sistema jurídico de que se trate. Constituye un método al que los analistas del problema de las lagunas no suelen prestar debida atención. Aunque el reconocimiento comportaría la disolución del problema de las lagunas jurídicas la circunstancia de que el juez se vea obligado a decidir la cuestión sin el apoyo formal de enunciados jurídicos que contemplen el supuesto de hecho y sus consecuencias, nos hace remitir a los valores proclamados en los enunciados normativos como un método de autointegración del ordenamiento jurídico. El olvido de las posibilidades que ofrece esta técnica de integración jurídica ha obedecido a la excepcionalidad de los textos constitucionales que positivizan tales valores jurídicos con carácter general. Y es que siempre estará el órgano judicial compelido por el propio ordenamiento jurídico a dictar soluciones justas, si no quiere incurrir en una vulneración directa del propio texto constitucional. Así se llega a la conclusión de que para nombrar el concepto de plenitud del derecho,

deberá ser para indicar que el propio sistema jurídico le proporciona los instrumentos suficientes para colmar las lagunas jurídicas.

Tema XV. Las fuentes del derecho.

1. Concepto de fuentes del derecho.

La expresión fuentes del derecho puede corresponderse al menos con dos aspectos diferentes del fenómeno jurídico: su producción y su conocimiento. Se entiende como fuentes de producción del derecho a los acontecimientos a los que se reconoce su capacidad para producir derecho. La expresión fuentes de conocimiento del derecho alude a los documentos que permiten conocer el contenido del orden jurídico. Las diferencias entre estos dos significados en la práctica se relativizan, dada la relevancia que viene adquiriendo el derecho escrito. El análisis de las fuentes del derecho se realizará desde las fuentes de producción por ser el significado más relevante para la teoría del derecho. Gozamos, como no, de una pluralidad de acepciones de la expresión. En n sentido hasta cierto punto impropio, la idea de fuentes del derecho referiría las circunstancias que dan lugar a la producción del derecho. En un segundo sentido, serviría para aludir a las hipotéticas entidades externas al orden jurídico que lo constituyen como tal. En un sentido más comúnmente utilizado por los teóricos del derecho se identifica como fuentes del derecho a las entidades a las que el propio orden jurídico atribuye la capacidad de innovar por medio de la producción de normas de derecho vigente. En esta acepción la idea del derecho presupone la existencia de un ordenamiento jurídico que las determina. Tampoco cabe deducir una conclusión definitiva, pues participan entidades distintas en función de la utilización alternativa de:

a) La delegación del poder de producir normas jurídicas, nos encontramos ante lo que podríamos denominar el proceso de producción normativa en sentido estricto. En él se distinguen cuatro elementos diferenciados.

- Una autoridad normativa: (sujeto al que el ordenamiento le atribuye la potestad de crear, modificar o eliminar las normas)
- Un acto normativo: (acto del sujeto encaminado a la creación, modificación o eliminación de normas jurídicas.
- Documento normativo: Reflejaría el resultado del acto normativo.
- El contenido de significado del documento normativo: Pondría de manifiesto el producto que se realice de la interpretación del documento normativo.

b) La recepción por el derecho de normas, en la cuál hay dos supuestos diferentes:

- Supuesto de la recepción de normas de otro ordenamiento jurídico, que constaría de :
- Documento normativo: integrante de un ordenamiento jurídico distinto del que dispone la recepción.
- La incorporación del contenido del documento normativo al ordenamiento jurídico que dispone la recepción.
- El contenido de significado del documento normativo.
- Supuesto de la elevación a la categoría de norma jurídica de un hecho normativo carente hasta entonces de fuera jurídica, se compondría de dos elementos:

– Hecho normativo: Acontecimiento al que se le reconoce capacidad regulativa de la vida de los individuos.

– El contenido del significado del hecho normativo: Eleva ala categoría de derecho al hecho normativo en cuestión.

Los teóricos del derecho suelen oscilar entre la consideración como fuentes de producción del derecho a:

– Los hechos o actos generadores de normas jurídicas, lo cual llevaría a interpretar como fuentes al acto del

sujeto encaminado a la creación, modificación o eliminación de normas jurídicas, a la incorporación del documento normativo y al propio hecho normativo.

- Los modos de expresión de la normatividad jurídica. Es más habitual. Se ha reconocido así como fuentes a determinados arquetipos normativos, aunque no supone ello que los diferentes modelos normativos hayan sido unánimemente considerados como fuentes del derecho.

Ello demuestra el carácter teórico del concepto de fuentes del derecho, útil para la teoría jurídica, pero irrelevante desde el punto de vista de la regulación jurídica. La inclusión de un modelo normativo o de otro en el catálogo de las fuentes del derecho responderá a la particular idiosincrasia del sistema jurídico de que se trate.

2. Descripción de las fuentes del derecho.

2.1 La ley.

2.1.1. Las vicisitudes históricas de la ley como fuente del derecho.

La ley constituye el instrumento más genuino que dispone el poder político para dirigir el sentido de la conducta de los individuos. Su carácter de derecho escrito le hace fácilmente cognoscible por sus destinatarios, los cuales pueden conocer el modelo de conducta que se les propone seguir y las consecuencias que acarrearía su inobservancia. Su consideración explica la continuidad del prestigio de la ley como fuente del derecho en circunstancias históricas que se caracterizan por su disparidad. La ley ve redimensionada su función como fuente del derecho con las aspiraciones e ideales que a lo largo del siglo XVIII venían sosteniendo los representantes del iusnaturalismo racionalista. La ley entonces no dejaba espacio para la operatividad de otras fuentes cuya entrada en acción no hubiera sido prevista por ella. Se exaltó de la ley como producto racional con vocación de eternidad. A esta conceptualización de la ley no le era ajena su instrumentalización al servicio de los intereses de la burguesía dominante, que requería la recreación de una sociedad regulada por un principio unitario que garantizase la paz y la seguridad necesarias para obtener el máximo provecho de sus actividades profesionales. Sólo años más tarde se desencadenó una interpretación de la ley que traslucía potencialidades, que hasta entonces habían permanecido ocultas, al servicio de la instauración de una sociedad más igualitaria, posibilitándose la intervención de todos los individuos. Con independencia de las evidentes consecuencias positivas que comportó el nuevo estado de la cuestión, interesa resaltar la funcionalidad que mostró la ley como instrumento adaptable a la materialización de los más variados objetivos, lo cual rompía con la otrora concepción estática de la ley. Se trataba pues de tomar plena conciencia de su versatilidad, lo cual resultaba incompatible con la vocación de eternidad que se le atribuía en otra época. Se abre paso a una concepción dinámica de la ley. Ubicados en un mundo en continua metamorfosis, el legislador se ve obligado a modificar continuamente la regulación de la vida social en un intento de adaptar el contenido de los textos legales a las exigencias de cada momento histórico. En este contexto el fenómeno de motorización legislativa que viven las sociedades de nuestra órbita cultural ha conducido a la creciente adulteración del papel prominente que se asignaba a la ley. Esto podría llevar a tener que invertir los términos en que deben regir la relación entre el derecho y la vida social, quedando el primero justificado como fin a cuya realización deberían subordinarse la felicidad personal y el mejor desarrollo de la vida en sociedad. Sin embargo, la autoconciencia social acerca de las limitaciones de la ley como medio para la realización adecuada del ideal de seguridad jurídica ha convulsionado los cimientos sobre los que se asienta la consideración de ley como fuente primaria, aunque no ha llegado a derruirlos. La persistencia se explica desde la consideración de tres razones fundamentales:

- Interés que mantienen los juristas en preservar su peso específico en la toma de las diversas decisiones políticas.
- Por la efectividad que demuestra la ley como medio de regulación de comportamientos.
- Su carácter escrito y público asegura una dosis de seguridad jurídica superior a la que pudiera

asegurar cualquier otra fuente del derecho.

– Porque es una ley la que fundamenta la organización de las fuentes de cada ordenamiento jurídico al incorporar la Constitución la indicación expresa de las fuentes del derecho.

2.1.2. Los tipos legales.

Son manifestaciones jurídicas que se presentan revestidas como leyes:

- La Constitución: Goza del atributo de supralegalidad, constituyéndose como ley de rango superior al del resto de los textos legales. En ningún caso podrá ser modificada por otra ley que no tenga rango constitucional.
- Las leyes ordinarias: Constituyen textos normativos jerárquicamente subordinados a la Constitución que disponen de una particular fuerza jurídica (fuerza de ley) Su elaboración y aprobación se encomienda a un órgano que en los países de sistema político democrático representa a la voluntad popular, manifestada a través de las elecciones generales.
- Las disposiciones administrativas con fuerza de ley: Suelen quedar excluidas en la generalidad de los ordenamientos jurídicos una serie de disposiciones administrativas expresamente previstas por la Constitución o por una ley ordinaria. Son dos las formas que admiten las disposiciones administrativas con fuerza de ley:
 - Los decretos legislativos: Disposiciones con fuerza de ley que dicta el gobierno como consecuencia de la delegación expresa que haya realizado el poder legislativo.
 - Los decretos leyes: Disposiciones que dicta el Gobierno sin mediar una expresa delegación para ello por parte del poder legislativo.
- Las leyes orgánicas: Constituyen una figura original prevista por algunos ordenamientos jurídicos para la regulación de determinadas materias que se consideran de una especial importancia. La peculiaridad de su procedimiento de aprobación ha movido a entender que disponen de un rango jerárquico superior al del resto de disposiciones con fuerza de ley (exceptuando la Constitución), posición que no es asumida con carácter general.

2.2. El reglamento.

Es una disposición normativa de carácter general que dicta el poder ejecutivo. Su carácter escrito y público le dota de relevancia en el conjunto de las fuentes del derecho. Le corresponde un rango jerárquico inferior a la ley. Hay distintos tipos de reglamento en función de la autoridad concreta que los emana.

2.3. La costumbre.

La costumbre es la forma de manifestación más espontánea del derecho. Se considera como costumbre jurídica al hecho normativo integrado por repetición de un comportamiento social y la conciencia que tiene la comunidad de que tal hecho resulta en alguna medida obligatorio. Se destacan dos elementos diferentes necesarios para hablar de la existencia de una costumbre jurídica:

- Elemento material: Es representado por la repetición constante de un comportamiento.
- Elemento sicológico: Consistente en la convicción social de su carácter normativo.

El análisis del relieve que haya de merecer la costumbre como fuente del derecho en la actualidad requiere la consideración de los argumentos que se han esgrimido a su favor y en su contra:

- A su favor destaca el carácter democrático de la costumbre, que constituye la mejor traducción de la

voluntad social tácitamente manifestada. Aunque esta voluntad pueda no ser enteramente libre, pues se encuentra determinada por la situación contextual, es indiscutible que la costumbre jurídica garantiza la adaptación al medio social que constituye su área de influencia.

- En su contra se alega que: presenta menor seguridad jurídica con respecto a la ley, al no encontrarse precisada en un texto escrito; las limitaciones realizativas de la costumbre y las dificultades operativas de la costumbre, que se configura como derecho sobre la base de una reiteración continuada y persistente de comportamientos, a diferencia de la inmediatez que caracteriza a la ley.

Estos problemas que hay en la relación entre costumbre y ley, ha llevado a la doctrina a distinguir tres clases de costumbres:

- Costumbre Contra Legem: Contradiría directamente la ley.
- Costumbre Praeter Legem: Regularía una materia no contemplada por la ley.
- Costumbre Secundum Legem: Entendida alternativamente como la costumbre a la que se remite la ley para completar la configuración del modelo de comportamiento que establece o como la que proporciona una determinada interpretación del texto legal.

Los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural suelen proscribir a la costumbre Contra Legem, admiten la costumbre Praeter Legem (dándole poco juego), se sirven abundantemente de la costumbre Secundum Legem en la primera de las acepciones y se muestran escépticos en la segunda de las acepciones.

2.4. Los principios generales del derecho.

Es muy común que los ordenamientos jurídicos consideren a los principios generales del derecho como fuentes del derecho. Intentan ofrecer al juez una salida jurídica al problema que se le plantea cuando no encuentra una ley o una costumbre aplicable al caso concreto que se le presenta. El juez debe decidir en todo caso los problemas que se le plantean. Se distinguen:

- Principios internos al sistema jurídico: Se presentan como la inducción que el intérprete del derecho realiza a partir de la contemplación del contenido de las disposiciones jurídicas que componen el sistema en cuestión. Constituyen la llave maestra para desentrañar el contenido de la ley cuando ésta no resulta suficientemente explícita u ofrece dificultades interpretativas. Se les adjudica en la jerarquía de las fuentes del derecho un lugar subordinado a la ley.
- Principios externos al sistema jurídico: Operarían como una guía de orientación de cada uno de los singulares momentos de la creación jurídica. Serían la fuente de la ley y del resto de las fuentes del derecho. Se les concede un lugar preeminente en la jerarquía de las fuentes del derecho.

El reconocimiento generalizado de la Constitución como fuente jurídica por excelencia disuelve el problema que planteaba la dualidad de significados. Habría que hablar pues de principios constitucionales. Desde otro punto de vista se distinguen los principios generales del derecho en principios explícitos e implícitos en función de que vengan o no reconocidos por alguna de las disposiciones del sistema jurídico en cuestión.

2.5. La jurisprudencia.

Conjunto de doctrinas y principios comprendidos en las decisiones de los tribunales de justicia. En los países cuyo ordenamiento jurídico responde al modelo del sistema continental suele en efecto relativizarse la función de la jurisprudencia como fuente del derecho, entendiendo que es la ley la fuente del derecho a la que deben subordinarse las demás. No faltan incluso casos en que la jurisprudencia queda excluida del catálogo de las fuentes. Asistimos en nuestros días, incluso en los países del sistema jurídico continental, a una considerable revalorización de la jurisprudencia. Se argumenta para relativizar la función de la jurisprudencia el significado autónomo e independiente de los supuestos de hecho que se deciden en cada resolución judicial, lo que le

hacen merecedor de una consideración específica que no debe verse mediatizada por las apreciaciones y reflexiones que se hubieran podido efectuar en otros casos semejantes. Lejos de menoscabar el papel de la jurisprudencia como fuente del derecho, manifiesta las limitaciones inherentes a todas las fuentes que enumeran los distintos ordenamientos jurídicos. De ahí que el desenlace de la sentencia judicial resulte indeterminable sin que las distintas fuentes del derecho puedan eliminar la incomodidad que acarrea esta situación. Para las concepciones jurídicas que reducen el mundo del derecho a las decisiones de los órganos judiciales, la única fuente del derecho es la jurisprudencia como sentencia judicial individualizada.

2.6. La doctrina científica.

No es habitual que los ordenamientos jurídicos contemporáneos incluyan a la doctrina científica en sus catálogos de fuentes del derecho. A la misma valoración de su significado como fuente del derecho le subyace el anhelo de seguridad que proporciona la falsa representación del fenómeno jurídico como un mecanismo preciso e infalible, lo cual distorsiona el sentido del derecho escrito. Parece fuera de duda que tanto el legislador como el órgano judicial tienen muy en cuenta el parecer de los estudiosos del derecho. La doctrina científica se constituye como una fuente del derecho dependiente que sólo opera como elemento auxiliar de la decisión jurídica, pero insoslayable en la medida en que las decisiones jurídicas se encuentran condicionadas por las opiniones doctrinales.

2.7. Las fuentes jurídicas de ámbito personal limitado.

Todas las fuentes jurídicas han destacado por la pretensión de generalidad de sus efectos, de extensión de su eficacia al conjunto de los miembros de la comunidad jurídica en cuestión. Ello no excluye la posibilidad de que la norma jurídica tome por objeto a un colectivo de personas más o menos amplio, o incluso a una sola persona. Diremos que se trata de normas cuyo objeto incorpora un determinado elemento personal, lo que no obsta al reconocimiento de su eficacia. No sucede lo mismo con otras fuentes del derecho destinadas a desarrollar sus efectos normativos en un ámbito personal limitado. Entre ellas podemos citar:

- El contrato: Como convención que origina derechos y obligaciones para las partes contratantes el contrato constituye para ellas una fuente de derecho. Los límites de la libertad contractual le sitúa como una fuente del derecho subordinada a la ley.
- El convenio colectivo: Se presenta en el ámbito laboral, y se establece entre los representantes de los trabajadores y los empresarios para delimitar las coordenadas en las que se va a desarrollar su relación.
- La sentencia judicial: Admitiendo la limitación de su ámbito personal se le considera fuente del derecho en tanto que se entiende que sólo causa estado entre las partes, sus herederos y sus causahabientes.

En las circunstancias actuales en la que la ley ve amenazada su hegemonía como fuente del derecho la relevancia de las fuentes jurídicas de ámbito personal limitado resulta redimensionada.

3. Clasificación de las fuentes del derecho.

Las fuentes del derecho disponen de una gran cantidad de criterios de clasificación. Destacaremos los siguientes:

- Fuentes formales y fuentes materiales: Llamamos fuentes formales a los distintos modos de expresión del fenómeno jurídico. Fuentes materiales serán el conjunto de realidades que inciden en la producción del derecho. La primera realidad que incide en la producción del derecho es el sujeto que lo produce. Conforme a este criterio sería fuente material el legislador, la autoridad administrativa... La intervención de los sujetos en la producción del derecho puede ser de muy distinta índole. La denominación de fuentes materiales del derecho es también utilizada para designar a otras realidades que no participan directamente en la

producción del derecho, englobando a las circunstancias de muy distinta índole.

b) Fuentes escritas y fuentes no escritas: Aquí la clasificación obedece a la circunstancia de que el modelo normativo que integra la fuente del derecho esté o no escrito, aunque hay que tener en cuenta que no hay contenido normativo que no sea susceptible de ser expresado por escrito.

c) En función del grado de objetivación de las distintas fuentes del derecho: Aquí atiende a la mayor o menor medida en que puede considerarse la regla claramente formulada. Así se distingue:

- Fuentes completamente objetivadas: Formulaciones revestidas de autoridad (las distintas clases de leyes)
- Fuentes parcialmente objetivadas: La costumbre y el precedente.
- Fuentes no objetivadas: La razón.

d) Innovadoras: Capacidad de modificar una situación de hecho que se considerase insatisfactoria.

Declarativas: Únicamente reflejarían un determinado estado de las cosas que serviría a su vez de módulo de valoración de los problemas que se presentaran ante la autoridad judicial (las costumbres y los precedentes judiciales)

e) Hay una original y extensa tipología de las fuentes que las contempla como las causas que producen el derecho. Considera la causa material, la formal, la eficiente y la final:

– Considerando la causa material (factores sociales cuya actividad produce el derecho) se distinguen: De un lado, las fuentes políticas y las fuentes culturales, y de otro, las fuentes originarias y las fuentes derivadas.

- Considerando la causa formal (modo de exteriorización del derecho) distingue: Las fuentes formales de conocimiento del derecho y las fuentes formales de interpretación y aplicación del derecho.
- Si se considera la causa eficiente del derecho lleva a entender por fuentes a las distintas instancias facultades que lo crean y fundamentan.
- La causa final definiría como fuentes del derecho a la seguridad jurídica y la obediencia del derecho.

4. Especial consideración de las fuentes del derecho en el sistema jurídico español.

El ordenamiento jurídico español ofrece un catálogo de fuentes del derecho original por asistemático. Es curiosamente una ley ordinaria, el código civil, el que en su artículo 1 parece disponer al efecto que:

– Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, las costumbres y los principios generales del derecho.

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

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

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

– Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no haya pasado a formar parte del ordenamiento interno.

– La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezca el Tribunal

Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

– Los jueces y tribunales tienen el deber de resolver en todo caso los asuntos ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

Llama la atención la minusvaloración de la función que se atribuye a la jurisprudencia, y el olvido que sufre la doctrina científica. El derecho civil pierde su carácter globalizante para presentarse como una disciplina jurídica parcial que encuentra el punto de referencia de la validez de sus disposiciones en la regulación que establece la Constitución. La incomodidad que para los constituyentes de 1978 suponía la alteración de una regulación aparentemente consolidada que debía hacerse compatible con la Constitución ha conducido a una situación cuya inconsecuencia no puede dejar de incomodar a los estudiosos del ordenamiento jurídico español. La Constitución no se desentiende de la regulación de las fuentes, legitima la remisión normativa a una disposición jurídica de rango inferior al constitucional, y acredita su propia función como fuente jurídica, cuyos preceptos se imponen, en caso de conflicto, a la propia regulación general de las fuentes que contiene el artículo 1 del Código Civil. La primacía de la ley sobre el resto de las fuentes del derecho hay que entenderla extendida al conjunto de disposiciones jurídicas con fuerza de ley que contempla la Constitución y a los tratados internacionales.

Tema XVI. La vigencia de las normas jurídicas en el espacio y en el tiempo.

1. La determinación del ámbito de vigencia de las normas jurídicas.

Las normas que integran el ordenamiento jurídico extienden su ámbito de vigencia a la totalidad de los diferentes hechos y relaciones que se producen dentro de las coordenadas espacio-temporales que el propio ordenamiento fija como consustanciales, en función de la presencia de ciertos elementos específicos, al despliegue de su influencia. Estos elementos pueden ser muy variados. Su diversidad dificulta la indagación de una solución unitaria al problema de la vigencia de las normas jurídicas. La necesidad de buscar una solución satisfactoria justifica la relevancia que en la teoría del derecho ha venido adquiriendo la discusión en torno a la vigencia espacial y a la vigencia temporal de las normas jurídicas.

2. La vigencia de las normas jurídicas en el espacio.

El planteamiento del problema de la vigencia espacial ofrece a primera vista la disyuntiva entre dos opciones delimitadas. De un lado, el principio de personalidad, que supondría la aplicación de su derecho personal en sus acciones y relaciones. De otro, el principio de territorialidad que comportaría la aplicación inmediata de la ley del lugar en el que se producen los hechos. La solución que se ofrece suele diferir en los distintos ordenamientos jurídicos. Así que los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados ofrezcan soluciones distintas a las cuestiones que se presentan hace precisa la acuñación de principios estables que permitan resolver los problemas de concurrencia legislativa y jurisdiccional. Se da concurrencia legislativa se produce cuando cierta situación se estima merecedora de regulación jurídica sobre la que gravita la posibilidad de la aplicación de varias legislaciones pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos. La concurrencia jurisdiccional se produce cuando la competencia para dilucidar la solución a los problemas pueda resultar atribuida a jurisdicciones distintas. De esto se ocupan las normas de derecho internacional privado cuando se genera el conflicto entre leyes de distintos países, y las de derecho interterritorial cuando tiene lugar entre leyes de territorios sometidos a la soberanía del mismo Estado. Parece sorprendente que la adhesión que suscita la denominación de derecho internacional privado no vaya acompañada de la correspondiente aceptación generalizada de la naturaleza internacional de las normas que lo integran. Pero hay muchos que las asocian al orden jurídico internacional y quienes la vinculan al derecho interno. Entienden al derecho internacional privado como parte integrante del derecho interno en el sentido de que es éste último el que delimita, la competencia en cada caso del derecho nacional o del derecho extranjero, admitiendo un carácter internacional en un buen número de sus normas. En las normas del derecho interterritorial quedan diluidas las dificultades de su aplicación en relación a las que comporta la aplicación de las normas de derecho

internacional privado, al ser ahora un único estado el que determina la norma de conflicto.

3. La vigencia de las normas jurídicas en el tiempo.

3.1. La entrada en vigor de las normas jurídicas.

En el derecho moderno la entrada en vigor de las normas jurídicas toma como punto de referencia inexcusable a su publicación. Ello por un doble motivo: Porque no hay norma jurídica vigente que no haya sido previamente publicada y porque es la norma jurídica publicada la que va a fijar requisitos adicionales a la propia publicación para su entrada en vigor. Presentándose como un medio instrumental al servicio del mejor conocimiento de las normas jurídicas. La publicación de las normas jurídicas garantiza su publicidad formal. Distinguimos así la publicidad formal de las normas jurídicas, que garantiza su conocimiento por parte de los ciudadanos a través de la publicación, de la publicidad material, que supone la realización del objetivo que representa el conocimiento generalizado del derecho. De ahí que se conciba a la publicidad formal que proporciona la publicación de las normas jurídicas como un adelanto en relación al precedente sistema de publicidad. La publicación de las normas no constituye un elemento suficiente para su entrada en vigor. Es muy común que los ordenamientos jurídicos establezcan sistemas de aplazamiento de la vigencia normativa hasta un momento posterior a su publicación. La remisión a lo que la propia norma jurídica pueda indicar acerca del momento de su entrada en vigor ha propiciado múltiples variantes en nuestro ordenamiento jurídico y en los que responden a sus principios estructurales. Esta versatilidad de los ordenamientos jurídicos responde a razones derivadas del propio contenido normativo de cada una de las disposiciones jurídicas. La determinación del inicio de la vigencia de las normas jurídicas suele responder a dos factores: La posibilitación real de su conocimiento y del acomodo de los individuos a la nueva regulación y la urgencia de su puesta en funcionamiento. Obviamente no faltan ocasiones en que la presencia de estos dos factores resulta descompensada. El tiempo que media entre la ubicación y la entrada en vigor se reconoce con la denominación de *vacatio legis*. La *vacatio legis* constituye un requisito eventual y aleatorio de la vigencia temporal de las normas, pues cabe la posibilidad de que las propias normas jurídicas determinen prescindir por completo de ella a la hora de definir los presupuestos para su entrada en vigor.

3.2.1. El transcurso del tiempo fijado para la vigencia de las normas jurídicas.

Lo normal es que las normas jurídicas no determinen de antemano la duración de su vigencia, pero hay cada vez mayor profusión de casos de autorregulación de la duración temporal de vigencia de las normas. La autorregulación puede adoptar diferentes formas. En ocasiones en que la norma jurídica delimita expresamente el momento en que se producirá la pérdida de vigencia, en otros establece un plazo de duración de la vigencia, lo que obliga a sus destinatarios a tener en cuenta el momento de la entrada en vigor de la misma. No falta normas jurídicas que toman por objeto la regulación de situaciones transitorias especificando que su vigencia terminará cuando concluya la situación que contempla la norma: son supuestos de vigencia condicionada al mantenimiento de la situación transitoria que constituye el objeto de regulación. Distinguiremos los supuestos de vigencia condicionada determinada en los que el acontecimiento que define la pérdida de la vigencia es constatable, de los de vigencia condicionada indeterminada en los que la consideración del advenimiento de la condición exige algún tipo de valoración subjetiva.

3.2.2 La anulación de las normas jurídicas.

La nulidad de una suposición jurídica comporta su expulsión del ordenamiento jurídico y la pérdida de su vigencia normativa. Nos encontramos ante una agresión externa a la propia norma que produce su exclusión del orden jurídico vigente. La anulación de la norma jurídica requiere la decisión al respecto haya de tomar el órgano competente, quedando hasta entonces obligados los jueces a mantener su aplicación. La condición de una disposición como norma jurídica nula lleva como lógica consecuencia la retroacción de sus efectos al instante en que se presenta el vicio que determina su invalidez.

3.2.3. La derogación normativa.

La función que en el mundo del derecho cumple la derogación es de procedimiento de supresión de alguna o algunas de las normas del sistema. En su acepción original, la derogación comportaba la eliminación parcial del texto, a diferencia de abrogación que suponía la eliminación total. En la actualidad el término derogación se usa indistintamente en el idioma español en ambos sentidos. La derogación opera hacia el futuro, manteniendo la norma derogada la capacidad regulativa de las situaciones producidas con anterioridad a su eliminación del ordenamiento jurídico. El fundamento de la derogación normativa radica en la conveniencia de preservar la idoneidad del derecho para la realización de los objetivos que se le presuponen. En este afán puede el titular de la potestad normativa actuar de dos modos: bien dictando una disposición cuyo contenido resulte incompatible con el contenido de otras disposiciones hasta entonces vigentes (derogación tácita) o bien dictando una disposición que incluya la indicación de su efecto derogante (derogación expresa). En ambos se requiere que la disposición derogante respete los principios que el ordenamiento dispone para hacer efectivo el resultado derogante y tenga un rango jerárquico igual o superior al de la disposición derogada. La derogación expresa admite dos modalidades según proceda la norma derogante a delimitar cuál o cuales son las normas que quedan derogadas, o deje indeterminada la especificación de las normas concretas que sufren el efecto derogatorio. Se presenta como una derogación entre enunciados normativos con la excepción de la derogación expresa que se remite a la incompatibilidad normativa (una derogación que se resuelve en sede interpretativa). Puede decirse que la derogación expresa no responde a ninguna necesidad de coherencia del sistema jurídico, sino a la voluntad de eliminar normas del ordenamiento jurídico. La derogación tácita consiste en la eliminación de normas que produce determinada disposición jurídica que resulta incompatible con las normas eliminadas. Se precisa una labor interpretativa. La derogación tácita no presenta problemas cuando el ordenamiento jurídico previene la posibilidad de la incompatibilidad entre normas reconociéndolo como supuesto de derogación normativa, pero sí es problemática cuando no se el caso. Ello no quita que el principio de derogación tácita de las normas incompatibles se encuentre asentado en la cultura jurídica contemporánea. Si el término derogación sirve para referir la pérdida de vigencia de una determinada norma jurídica se reconoce comúnmente como abolición a la derogación de todo un conjunto de normas que configuran una institución jurídica. No faltan quienes utilizan ambos términos como sinónimos.

3.3. La transición de las normas jurídicas.

Usamos esta expresión para referirnos al problema de aplicabilidad de las normas a situaciones producidas con anterioridad a su entrada en vigor. Las normas jurídicas se caracterizan por la determinabilidad del momento de su entrada en vigor y por la indefinición del momento en que pierden su vigencia. La indefinición del momento de la pérdida de vigencia hace que los destinatarios de las normas operen en la vida jurídica en la consideración de que sus actuaciones personales y las relaciones que entablan van a ser reguladas con arreglo a lo dispuesto en la normativa vigente en el instante en que se producen, lo que les permite, actuar al amparo del principio de seguridad jurídica. Sería absurdo considerar exigible a los individuos el conocimiento del derecho futuro. De ahí que el principio de irretroactividad de las normas jurídicas que determina su inaplicabilidad a supuestos de hecho producidos con anterioridad a su entrada en vigor haya sido representado como una exigencia lógica del sistema. En ocasiones la retroacción de los efectos regulativos de la nueva norma pueda resultar conveniente. A veces puede atribuirse a determinadas normas un efecto retroactivo que pueda considerarse una exigencia del sistema, al servicio de la justicia y de la efectividad del orden jurídico. El dilema de la retroactividad o irretroactividad de las normas jurídicas muestra en este punto toda su trascendencia como forma de manifestación de valores jurídicos de imposible realización simultánea. Los ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen conjugar la acción de ambos principios en un afán de que la consecución del mayor grado posible de justicia no suponga un quebranto del principio de seguridad jurídica. Incorpora así nuestra Constitución una regulación notoriamente garantista del problema, bastante diferenciada de la regulación de este problema en los ordenamientos de nuestra órbita cultural, que se limitan a proscribir la aplicación retroactiva de las normas. Una interpretación literal de la regulación constitucional en el derecho español llevaría a declarar inconstitucionales a casi todas las normas que se reconozcan a sí mismas efectos retroactivos. La irracionalidad de esta solución ha llevado a un sector

doctrinal a forzar el alcance de la expresión disposiciones restrictivas de los derechos individuales limitándolo a los derechos fundamentales. Sí procede interpretar que la interdicción de la irretroactividad de las disposiciones no favorables supone la obligada retroactividad de las favorables. Esta retroactividad de las normas jurídicas puede ser expresa o tácita, según venga reconocida por la propia norma o se deduzca de su propia estructura o naturaleza. Procedería entender pues que en el derecho español sólo resulta admisible la retroactividad expresa. Se presenta la retroactividad tácita de las normas jurídicas como una posibilidad abierta a nuestro ordenamiento que sólo debe ser admitida tras un minucioso estudio de su procedencia. El reconocimiento de la posibilidad de diferentes versiones no agota la problemática de la retroactividad, ya que ofrece en principio tres opciones diferentes:

- Que la nueva norma se aplique únicamente a los efectos de situación objeto de regulación jurídica que se produzcan con posterioridad a su entrada en vigor. Grado mínimo de retroactividad.
- Que se aplique a los efectos de la situación regulada que se encuentran pendientes de ejecución respetando los efectos consolidados con la regulación anterior. Grado medio de retroactividad.
- Que retrotraiga su acción eliminando los efectos que se hayan podido producir con la aplicación de la regulación anterior y sustituyéndolos por los que derivan de la aplicación de la nueva normativa. Grado máximo de retroactividad.

Resulta deseable desde la perspectiva de la realización del principio de la seguridad jurídica que el carácter retroactivo de una determinada norma jurídica venga reconocido expresamente por la propia norma jurídica delimitando ésta su alcance.

Tema XVII. Los hechos jurídicos operativos.

1. Hechos y hechos jurídicos.

No todas las incidencias que se producen en el espacio social merecen la atención de las reglas jurídicas. Se reconoce como hecho a cualquier acontecimiento que se produce en la realidad, y como hecho jurídico a cualquier acontecimiento que se produce en la realidad al que el ordenamiento jurídico atribuye consecuencias jurídicas. No está claro que todas las circunstancias que generan consecuencias jurídicas tengan su origen en un hecho jurídico. Hay determinados acontecimientos de carácter espiritual o inmaterial a los que el ordenamiento jurídico atribuye relevantes efectos. Es difícil ubicar a la premeditación o a la alevosía en el mundo de la tangibilidad física, sin embargo no dejan de ser reconocidos como acontecimientos relevantes por el derecho, que les atribuye determinadas consecuencias jurídicas. De ahí que parezca conveniente concebir al hecho jurídico como cualquier acontecimiento que se produce en el universo, interior o exterior al individuo, al que el derecho atribuye consecuencias jurídicas.

2. Los actos jurídicos.

Una definición semejante englobaría tanto a los eventos naturales (hechos jurídicos en sentido estricto), sin que medie ningún tipo de voluntad humana, como a los acontecimientos que tienen lugar como resultado de una intervención voluntaria por parte del individuo (actos jurídicos). Aunque el ordenamiento jurídico reconoce consecuencias a todos los actos jurídicos, éstos adquieren una índole muy diferente según los casos. Los actos jurídicos prohibidos o reprimidos por el ordenamiento se conocen como actos ilícitos, mientras que los actos jurídicos permitidos por el derecho son actos lícitos. Los actos ilícitos han provocado una aguda discusión doctrinal en torno a su carácter jurídico. Por una parte se les ha reconocido carácter jurídico en la medida en que se ha entendido que el derecho, los tiene en cuenta desde el momento en que promueve su represión. También hay quien piensa que su transgresión al derecho los configura como actos antijurídicos. Esto refleja realmente un problema semántico, pues simplemente son discrepancias en función del significado que se le quiere dar a las palabras. Los actos lícitos se clasifican en:

- Debidos: Actos cuya realización es exigida por el ordenamiento jurídico, aún cuando queda a la libre voluntad del sujeto llevarlos o no a efecto, arriesgándose a sufrir las consecuencias que el derecho prevé para su incumplimiento.
- Libres: Aquellos cuya realización queda a la libre decisión del individuo sin que medie ningún tipo de exigencia al respecto por parte del ordenamiento jurídico. Estos actos admiten dos modalidades en función de que sus efectos estén o no determinados por el ordenamiento jurídico. Ciertamente hay veces en que el derecho deja que sea el propio sujeto quien determine los efectos del acto que ejecuta. Se dice entonces que nos encontramos ante el negocio jurídico. La enorme relevancia que esta noción ha venido adquiriendo en la ciencia del derecho encuentra su razón de ser en lo que tiene de representación la soberanía de la voluntad de los individuos en las relaciones jurídicas. La circunstancia de que el fenómeno jurídico haya venido modificando sus señas de identidad para presentarse redefinidor de la realidad social ha relativizado el peso específico del negocio jurídico en la teoría del derecho contemporánea. Una cuestión diferente plantea la clasificación de los actos jurídicos en actos jurídicos positivos (las acciones propiamente dichas) y actos jurídicos negativos (Omisiones por parte del sujeto de quien cabía esperar la realización de una actuación positiva) Esta diferenciación ha recibido críticas de un amplio sector doctrinal, pero encuentra su justificación en la consideración de la indiscutible relevancia que puede tener la omisión de la conducta humana.

3. La teoría de las nulidades de los actos jurídicos.

Mayor relieve tiene la clasificación de los actos jurídicos inexistentes, nulos y anulables:

- Inexistente: Cuando no concurren en el acto jurídico los elementos y requisitos que demanda su propia estructura. Carece por completo de efectos jurídicos porque no llega a generar una apariencia de realidad que resulte perceptible por los miembros de la comunidad jurídica.
- Nulo: Se consideran viciados en su propio origen, carentes a todos los efectos de validez. La falta de alguno o algunos de los requisitos que el derecho considera esenciales a su identidad los sitúa por completo al margen del mundo de la realidad jurídica. El acto nulo funciona en algún sentido, ha creado una apariencia de realidad que conviene destruir. La generación de efectos jurídicos que el pretendido acto haya podido producir colisiona con la lógica del ordenamiento jurídico.
- Anulable: Resulta también viciado por la falta de alguno de los requisitos que determinan su calificación jurídica. Este requisito en cambio no es esencial, lo que provoca que el ordenamiento jurídico los considere válidos hasta que se denuncie su invalidez. Se les identifica como actos jurídicos afectados de nulidad relativa.

No se puede predicar el carácter nulo o anulable de un acto jurídico como una condición inherente a su propia naturaleza, puesto que los requisitos cuya observancia se cuestiona no refieren una calidad sustancial. La decisión del legislador goza de plena libertad para determinar el carácter imprescindible de los elementos y requisitos que atribuye a cada una de las entidades jurídicas. No podemos olvidar que la determinación de su necesidad sólo puede ser entendida en las coordenadas propias de la realidad jurídica.

Tema XVIII. La relación jurídica.

1. Concepto de relación jurídica.

La particular función que corresponde al derecho como elemento regulador de la vida social, eleva a la noción de relación jurídica a la condición de noción inherente al fenómeno jurídico. Savigny ofreció un análisis ordenado de la teoría de la relación jurídica, al fundamentar en ella toda su elaboración teórica del sistema jurídico. La caracterizó como el dominio de la voluntad libre, aunque su enfoque fue matizado por la mayor parte de la doctrina filosófica-jurídica posterior. En la definición de Savigny destaca la presencia de dos componentes:

- Componente material: Representada por la relación en sí misma.
- Componente normativa: Determinaría el carácter jurídico de la relación.

La coexistencia de ambas ha sido interpretada de modos muy distintos por los diversos teóricos de la relación jurídica.

- Teorías factualistas: Atienden al sustrato fáctico de la relación jurídica priorizándolo frente al elemento normativo.
- Teorías operativistas o normativistas: Consideran que es precisamente la componente normativa la que le atribuye la condición de relación jurídica. El máximo representante de las teorías operativistas de la relación jurídica es Hans Kelsen quien viene a caracterizar a la relación jurídica como una noción consustancial o inmanente a la propia norma jurídica.
- Teorías eclécticas: Entienden que el peso específico que corresponde al elemento normativo y al elemento material en la teoría de la relación jurídica no es uniforme en todos los casos. El gran acierto de estas teorías consiste en haber sabido diferenciar con nitidez los casos. Corren en cambio estas tesis el riesgo de generar la idea equivocada de que la presencia de una relación social preestablecida determine el contenido de la relación jurídica, elevando a la relación social a la categoría de elemento necesario definidor de la relación jurídica.

Lo cierto es que es la norma jurídica la que da vida y define la existencia de la relación jurídica. El derecho no crea relaciones ex novo, sino que se limita a regular relaciones sociales preexistentes atribuyéndoles determinados efectos jurídicos. Que en nuestros días se pueda observar un apreciable incremento de relaciones jurídicas creadas ex novo por el derecho, es la consecuencia directa de la creciente función que asume el derecho como instrumento redefinidor del espacio social y de las relaciones personales que caen bajo su jurisdicción. Lo importante es tener presente que esto no afecta para nada a la caracterización de la relación jurídica como una entidad cuya consistencia se encuentra directamente determinada por el derecho. Ello no contradice a la identificación del componente material como integrante, junto a la componente normativa, de la relación jurídica. Lo único que sucede es que se modifica parcialmente el sentido de su presencia.

2. Elementos de la relación jurídica.

2.1 Elementos internos de la relación jurídica.

- El elemento subjetivo: El concepto de sujeto de derecho es mucho más amplio que el de individuo o persona física: abarca a las entidades a las que el derecho atribuye personalidad jurídica. Sin embargo se considera imposible que relaciones jurídicas tengan por sujeto, activo o pasivo, a seres inanimados o animales irracionales. No pueden éstos adquirir la condición de sujetos del derecho. Ello no implica que no puedan los seres humanos tener deberes de cuidado y de no agresión hacia los animales, pero tales deberes no serían exigibles por ellos, sino por auténticos sujetos de derecho en el sentido preciso de la expresión. De ahí que parezca más conveniente hablar de deberes del hombre con ocasión de los animales. Podemos identificar al elemento subjetivo de la relación jurídica integrado por un sujeto activo (titular de los derechos) y un sujeto pasivo (titular de las obligaciones jurídicas) representados ambos por sujetos del derecho.
- El objeto de la relación: Se reconoce con esta denominación a la conducta o conductas que constituyen el contenido de la relación jurídica. Conviene diferenciar entre el objeto en sentido estricto del motivo o causa de la relación jurídica y de la cosa sobre la que recae. La primera son las razones que impulsan a su instauración. Se trata de una noción indeterminada, ya que depende de la peculiar psicología de los sujetos que entablan la relación. La segunda es la realidad que sirve de referencia al interés de los sujetos que la instituyen. El objeto de la relación jurídica viene representado por las diferentes prestaciones a cuya realización quedan obligados el sujeto activo y el sujeto pasivo.
- El vínculo de atribución: Se presenta como el elemento identificatorio de la estructura formal de la relación

jurídica. La identificación de una relación jurídica no sólo requiere la presencia de dos sujetos, uno que disponga de un derecho y otro al que le corresponda una obligación. Es necesario que ese derecho y esa obligación resulten correlativos, que exista un vínculo o nexo de atribución entre ambos, de tal manera que al derecho del sujeto activo le corresponda la obligación del sujeto pasivo y viceversa.

2.2. Elementos externos de la relación jurídica.

- El hecho generador: Toda relación jurídica precisa de un hecho que, genere su existencia. Puede ser un simple hecho natural o un acto voluntario del hombre, puede reconocerse a determinados actos humanos involuntarios la capacidad de generar relaciones jurídicas. Puede incluso consistir el hecho generador una omisión del hombre.
- La norma reguladora: Constituye el elemento fundamental de la relación jurídica, define la propia existencia de la misma. Corresponde a la norma jurídica la función de determinar la propia presencia y el contenido de la relación jurídica en cuestión, especificando la identidad de cada uno de los demás elementos referidos.

3. Tipología de las relaciones jurídicas.

La pluralidad de tipologías de las relaciones jurídicas que se han presentado tiene su origen en la diversidad de criterios de clasificación utilizados:

- Relaciones jurídicas fundamentales y relaciones jurídicas ordinarias: La relación jurídica fundamental constituiría el presupuesto necesario de cualquier posible relación jurídica. Lo cierto es que no todas las relaciones jurídicas responden a las exigencias reconocidas por la pretendida relación jurídica fundamental. De hecho es posible reconocer en la realidad cotidiana, una diversidad de relaciones jurídicas que no aparecen presididas por el principio del respeto mutuo. De ahí que sólo quepa de hablar de relación jurídica fundamental en el sentido de modelo de relación que debiera presidir a los diferentes tipos de relación jurídica para que éstos puedan ser calificados como moralmente irreprochables. En un sentido diferente se han identificado como relaciones jurídicas fundamentales a las que resultan reconocidas por la norma fundamental del ordenamiento jurídico contraponiéndose a las relaciones jurídicas ordinarias a cuya norma generadora le correspondería un rango jerárquico inferior.
- Relaciones jurídicas adscribibles a los diferentes sectores del ordenamiento jurídico: La consideración del carácter de la norma que determina la existencia y el contenido de la relación jurídica ha llevado a muchos juristas a dividir a las relaciones jurídicas en relaciones de derecho público y derecho privado. A la vista del carácter convencional de este tipo de clasificación y de los diferentes sentidos en que puede ser entendido por los miembros de la comunidad jurídica, parezca preferible desdeñar su utilización.
- Atendiendo a la diversidad del hecho generador de las relaciones jurídicas podemos clasificarlas en relaciones derivadas de un hecho natural y relaciones derivadas de un hecho voluntario. Este a su vez puede ser lícito o ilícito. Las primeras concuerdan con la voluntad directamente inferida de la actuación del sujeto mientras que las segundas constituyen una consecuencia cuya voluntariedad no puede deducirse automáticamente de su conducta. Las relaciones jurídicas derivadas de actos humanos lícitos reciben la denominación de negocios jurídicos y son susceptibles de clasificarse en relaciones jurídicas inter vivos. También se han clasificado a las relaciones generadas por actos lícitos en relaciones patrimoniales y no patrimoniales en función de la posibilidad de valoración económica de su contenido. Las relaciones patrimoniales pueden serlo a título gratuito. Desde otro punto de vista, las relaciones jurídicas generadas por actos humanos lícitos pueden clasificarse en formales e informales, requiriendo la primera el cumplimiento de determinados formalismos a cuya observancia quedan condicionados la propia existencia y los efectos de la relación. Lo informales no necesitarían ningún tipo de solemnidad para su perfección. La consideración de las declaraciones de voluntas lleva a dividir a las relaciones en relaciones jurídicas bilaterales (se producen como consecuencias de la

recíproca confluencia de dos voluntades conectadas al efecto) y unilaterales (sólo requieren una declaración de voluntad).

Tema XIX. El sujeto de derecho.

1. Las acepciones de la expresión sujeto de derecho.

La expresión sujeto de derecho adolece de una cierta dosis de ambigüedad, pudiéndose identificar varias acepciones de la misma en función del distinto punto de vista que se adopte: la creación, la dirección y el contenido de las normas jurídicas:

- En el primer sentido se aplicaría la expresión sujeto de derecho a los agentes que originan, crean, determinan la existencia de las normas jurídicas. Los teóricos del derecho han mantenido dos posturas diferentes, la postura legalista y la judicialista. La concepción legalista entiende como creador de las normas jurídicas al legislador y a las autoridades en quienes ha delegado la potestad de producir normas jurídicas de rango inferior a la ley. La tesis judicialista considera al juez como el auténtico creador del derecho.
- Desde la perspectiva de la dirección son sujetos de derecho los destinatarios de las normas jurídicas. También a este respecto se distinguen dos posicionamientos diferentes: Quienes consideran que el mensaje que contiene la norma jurídica va dirigido a los órganos judiciales que tienen encomendada su aplicación y quienes identifican como destinatarios del derecho a los individuos cuya conductas regulan los enunciados normativos. Una tercera tesis, conciliadora, reconoce como destinatarios del derecho a todos.
- La asunción del punto de vista del contenido de las normas jurídicas conduce a considerar como sujetos de derecho a los protagonistas de las relaciones jurídicas en tanto que titulares de derechos subjetivos y obligaciones. Esta es la que más frecuentemente se usa en el lenguaje jurídico.

2. La persona como sujeto de derecho.

El orden jurídico se sirve de la denominación de persona para simbolizar la condición de sujeto de derecho en la acepción de esta expresión que conecta con el contenido de las normas jurídicas. No nos debe llevar a la confusión entre la noción biológica o filosófica de persona y la estrictamente jurídica, ni mucho menos pensar en la coincidencia entre los significados que ambas nociones refieren. La condición jurídica de persona no deriva de ningún atributo natural, sino de la decisión que al respecto puedo tomar el orden jurídico que, por más que manifieste una muy acusada tendencia a reconocérsela a las personas en el sentido biológico-filosófico del término podría decidir en sentido inverso. El propio orden jurídico se ocupa de recordarnos el carácter convencional del concepto jurídico de persona al condicionar la atribución al hombre de la personalidad en el sentido jurídico de la producción de determinadas circunstancias que permitan suponer su viabilidad. La consideración de la personalidad jurídica como condición inherente por naturaleza al ser humano no deja de representar un espejismo. Sólo es persona en el sentido jurídico la realidad natural que en el lenguaje común conocemos con esta denominación en la medida en que el ordenamiento jurídico así lo decide. No todos los seres humanos están en igual medida capacitados por el derecho para actuar en la vida jurídica ejerciendo las prerrogativas que le corresponden. Hay algunos individuos a los que el derecho considera inhábiles para actuar en algunos aspectos de la vida jurídica sin que ello suponga menoscabo del principio general de igualdad entre todas las personas.

3. Capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Para resolver la aparente paradoja que plantea la desigual capacidad para operar en el mundo jurídico los juristas utilizan las nociones de capacidad jurídica y capacidad de obrar:

- El concepto de capacidad jurídica refiere la aptitud general para la titularidad de los derechos u obligaciones

inherentes a la propia condición de persona. Viene reconocida de forma indeterminada y abstracta a todos los sujetos de derechos. La medida en que la capacidad jurídica alude a la aptitud general para la simple ostentación de la titularidad de derechos y obligaciones no precisa la concurrencia en el sujeto de ninguna cualidad ajena a su propia condición de persona.

– La noción de capacidad de obrar atiende al hipotético ejercicio de los derechos y obligaciones, significando la aptitud específica de la persona para actuar de manera autónoma e independiente en la vida jurídica haciendo uso de los derechos y obligaciones que le puedan corresponder. Estamos ante una condición divisible de la persona. Cuando se entiende que tiene una capacidad de obrar limitada. El orden jurídico habilita la presencia de una persona para que pueda desenvolverse en el mundo jurídico en representación de aquél. A esta figura se la reconoce con la denominación de representante legal.

4. Las personas jurídicas colectivas.

- *El significado de las personas jurídicas colectivas.*

Las limitaciones de los individuos para hacer frente a determinadas necesidades y su propensión a asociarse a sus semejantes explica la existencia de agrupaciones humanas dotadas de sentido unitario. Se requiere para ello que dispongan de tres elementos:

- Un fin que justifique su existencia
- Una serie de medios que posibiliten la consecución del fin.
- Una cierta organización estructurada sobre la base de una serie de reglas que permitan su funcionamiento.

El derecho suele contemplar este tipo de supuestos atribuyéndoles personalidad jurídica, lo que les confiere la posibilidad de protagonizar relaciones de derecho. De igual modo, pasa cuando los individuos acumulan una serie de bienes destinándolos a la realización de un fin. El lenguaje jurídico oficial suele reservar la denominación de personas jurídicas para designar a las agrupaciones de individuos o de bienes destinadas a un fin, utilizando el término de persona o persona física reconocida por el derecho para los sujetos jurídicos de base individual.

- *La naturaleza de las personas jurídicas colectivas.*

Existen una multitud de teorías relativas a la naturaleza de las personas jurídicas entre las que podemos destacar:

- Las tesis negadoras de la personalidad: Niegan a las agrupaciones de individuos y de bienes su condición de personas jurídicas. Asumen que todos los sujetos de derecho necesitan un sustrato real y que éste no puede ser otro que el ser humano individualmente considerado. Son muchas las tesis que se incluyen bajo el rótulo general de la negación de la personalidad, aunque todas ellas coinciden, en situar en primer plano al individuo que actúa en nombre de la agrupación de individuos o de bienes.
- La tesis de la ficción de las personas colectivas: Reconocen al hombre como la única persona en el sentido estricto de la palabra, pero atribuyen al ordenamiento jurídico la posibilidad de permitir que determinadas entidades colectivas actúen en el mundo del derecho como si fueran personas jurídicas. Sólo puede explicarse asumiendo que se crea artificialmente una personalidad jurídica.
- Las tesis realistas: Se reconoce aquí a un conjunto de doctrinas que sostienen que el hombre no es la única persona que tiene existencia real en el mundo jurídico: junto a él hay una serie de organismos que manifiestan una presencia real cuya fisonomía y voluntad no puede confundirse con la de los individuos que los

componen. El derecho no tiene necesidad de acudir a ninguna ficción.

– Las tesis de construcción formal: Configura a la persona jurídica como una construcción formal que aún sin constituir una realidad empírica dispone del sustrato real que conforman las uniones de individuos o de bienes. Al instaurar a las personas jurídicas como sujetos de derecho, el orden jurídico se limita a dar forma jurídica a un sustrato hasta entonces jurídicamente irrelevante. La persona jurídica constituye una realidad puramente formal, la peculiar realidad que conforman las entidades conceptuales.

– La tesis del reconocimiento tácito de la personalidad: Ante la necesidad de fundamentar normativamente al Estado como persona jurídica tratan de eludir la cuestión acudiendo al argumento que proporciona su reconocimiento por parte de los ciudadanos del Estado.

– La tesis de la personificación del orden normativo: Fiel a los postulados de su teoría pura del derecho presenta Kelsen una tesis original acerca de la naturaleza de la persona jurídica. Entiende a la persona jurídica como un concepto auxiliar de la ciencia del derecho. La persona jurídica no viene concebida ni como una entidad natural ni como un producto del derecho, sino como una elaboración de la ciencia del derecho realizada con un objetivo determinada (facilitar la exposición del derecho), perfectamente prescindible y contingente. No plantearía problema desde esta óptica la consideración del Estado como persona jurídica pues en la concepción de Kelsen ambos conceptos refieren una misma cosa: la totalidad de las normas jurídicas estatales.

La atribución de personalidad jurídica a determinadas organizaciones colectivas constituye un producto del orden jurídico. No hay en la entidad colectiva ninguna realidad preconstruida a la que resulte inherente su reconocimiento por parte del orden jurídico. Las personas jurídicas colectivas (de igual modo que las individuales) constituyen una creación discrecional del derecho cuya existencia ofrece al orden jurídico uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta su correcto funcionamiento. Un problema singular plantea la categorización del Estado como persona jurídica. Los poderes del Estado producen al derecho estatal, y este instituye al Estado como persona jurídica, puesto que en las sociedades de nuestro tiempo el derecho se diversifica en dos manifestaciones diferentes:

- Como escenario de la vida jurídica.
- Como sujeto de la propia vida jurídica.

Así entendido no tiene porque suponer obstáculo alguno para caracterización del Estado persona jurídica como producto directo del derecho estatal. En cualquier caso, la persona jurídica colectiva es una realidad conceptual que se corresponde, porque así lo quiere el derecho, con la presencia de una serie de componentes materiales e inmateriales que integran un sustrato al que el derecho atribuye la condición de sujeto del derecho. Si la noción de persona jurídica contribuye al desarrollo correcto del derecho, su utilización en el nivel científico permite la descripción más puntual y concisa del funcionamiento del derecho. Y es que es su operatividad la que proporciona a la noción de persona jurídica la razón de su existencia.

4.3 El contenido de la personalidad de las personas jurídicas colectivas.

En la teoría de las personas jurídicas colectivas ocupa un lugar destacado el análisis de las limitaciones que pudieran afectar a su capacidad jurídica y a su capacidad de obrar. La cuestión relativa a la capacidad jurídica de las personas jurídicas colectivas no puede obtener una respuesta uniforme. El carácter convencional que se predica del derecho excluye cualquier solución predeterminada al respecto. Será precisamente el orden jurídico el que indicará el alcance exacto de las capacidades jurídicas de cada una de las diferentes personas jurídicas. El hecho de que sea el hombre el único sujeto de derecho que puede actuar por sí mismo en la vida jurídica obliga a considerar a las personas jurídicas. El hecho de que sea el hombre el único sujeto de derecho que puede actuar por sí mismo en la vida jurídica obliga a considerar a las personas jurídicas colectivas como entidades carentes de capacidad de obrar, que se ven obligadas a intervenir en el mundo de derecho a través de

individuos que integran los órganos de la persona jurídica. Los efectos de los actos que realizan los órganos no se imputarán a los individuos que los llevan a cabo, sino a la persona jurídica colectiva a la que representan.

4.4. Tipología de las personas jurídicas colectivas.

a) Por un lado se han solido clasificar en públicas y privada, en función de diferentes criterios:

- El criterio del interés llevaría a considerar como personas jurídicas colectivas públicas a las que tienen por objeto la satisfacción de intereses públicos y privadas a las que atienden a la realización de intereses privados. Plantea la dificultad de deslindar que se entiende por interés público y privado.
- Con arreglo al criterio del tipo de organización serán públicas las que se enmarcan en el seno de la organización estatal y privadas las que quedan al margen de ella,
- La adopción del criterio de la forma de operar en la vida jurídica conduce a atribuir carácter público a las personas jurídicas que actúan en sus relaciones con otros sujetos de derecho desde una posición de supremacía y como personas jurídicas privadas a las que no disponen de ninguna posición de superioridad.

b) Desde otro punto de vista se ha dividido a las personas jurídicas colectivas en:

- Asociaciones: Reunión de individuos que muestran una concordancia de voluntades en la búsqueda de un objetivo común. En ella se manifiesta el protagonismo del elemento individual. Pueden tener una finalidad lucrativa o carecer de ella.
- Fundación: Constituye una agrupación de bienes que los individuos aportan para la realización de un objetivo determinado. El protagonismo de los individuos es sólo indirecto: el sustrato de la fundación lo componen bienes y no individuos.
- Corporación: Entidad que surge de la agrupación de una serie de individuos llevada a cabo por exigencia de una norma jurídica. Tienen un sustrato humano, pero difieren de las asociaciones por el hecho de que la reunión de los individuos se produce por imperativo legal.

Tema XX. El derecho subjetivo. Evolución histórica.

1. El origen de la noción de derecho subjetivo.

En los sistemas jurídicos primitivos se excluía cualquier posible consideración del derecho en sentido subjetivo. Será con el derecho romano unida a la caracterización de la justicia como el dar a cada uno su derecho cuando ha podido detectar el origen de la noción de derecho subjetivo. Esta tesis se ha visto refutada en nuestros días desde una doble perspectiva:

- La primera desarrolla un trabajo de investigación dirigido a constatar el acentuado sentido formalista que caracteriza al derecho romano. La noción de derecho subjetivo se configura en el sistema jurídico romano como una noción imaginaria, por más que pueda resultar hasta cierto punto asimilables a lo que normalmente se reconoce en la actualidad como derecho subjetivo.
- El segundo caso elabora su tesis acerca de la posible presencia de la noción de derecho subjetivo en el sistema jurídico romano en el marco teórico de la tradición conceptualista. La identificación de la noción de derecho subjetivo resulta incompatible como un sistema jurídico como el romano que describe el derecho como una enumeración de los diferentes estatutos personales. Estaríamos muy lejos de representarnos lo que supone la moderna doctrina del derecho subjetivo que es fruto de una concepción individualista del fenómeno jurídico.

La especial consideración que el cristianismo concede al individuo y a sus valores como persona fue sentando

las bases de una noción a cuyo definitivo diseño contribuiría la fragmentación de los poderes que la descomposición del Imperio había de acarrear. Así mediante una argucia de los franciscanos para unir sus pertenencias al voto de pobreza, se sostiene la posibilidad de diferenciar la facultad de usar un bien de la de reivindicar su propiedad en un juicio. Interesa destacar la diáfana afirmación que se realiza del sentido subjetivo del derecho, que ya no viene representado como un determinado estatuto personal atribuido por la norma jurídica, sino como una potestad del sujeto sustraída a la disponibilidad de la autoridad pública. La acuñación del sentido subjetivo de la expresión derecho trascendió para ser retomada por los máximos representantes de la escuela del derecho natural quienes hacían compatible la caracterización del derecho como facultad de la persona con la visión objetivista del orden jurídico como conjunto de normas que establecen lo que es justo. La progresiva visión personalista del derecho deja su huella en la formulación de definiciones que conciben al derecho como facultad o potestad del sujeto.

2. La consolidación de la noción de derecho subjetivo.

El tránsito al iusnaturalismo racionalista lleva consigo un nuevo modelo de concebir al derecho subjetivo, que se representa redimensionado en su significado bajo la fórmula de derechos innatos, inviolables e imprescriptibles del hombre. Se trata de identificar con la idea de derecho subjetivo a las facultades que le corresponden al individuo por su propia condición. No ha faltado quien, haciendo uso de una línea argumental engañosa e inexacta, haya proclamado que la llegada del iusnaturalismo racionalista comportó la transformación de la relación existente entre las nociones de derecho objetivo y de derecho subjetivo: se señala que la formulación de los derechos innatos del individuo llevaba consigo la consideración de los derechos subjetivos que constituían el punto de referencia en el que debía inspirarse el derecho objetivo. La identificación de los derechos naturales del individuo va a suponer un paso más en la evolución de la teoría del derecho subjetivo. La necesidad de limitar de algún modo los derechos que le corresponden al hombre en el estado de naturaleza va a posibilitar la correspondiente toma de conciencia de las limitaciones que puede experimentar la figura jurídica del derecho subjetivo.

3. La discusión en torno a la naturaleza del derecho subjetivo.

La evolución de nuestro concepto se oriente al nuevo rumbo que marca el surgimiento de un conjunto de posturas doctrinales que, desde perspectivas bastante diferentes, ofrecen su peculiar interpretación de la consistencia del derecho subjetivo:

– La teoría de la voluntad: Encontró en una obra de Windscheid su formulación más acabada, donde venía a identificar al derecho subjetivo como un señorío de voluntad atribuido por el ordenamiento jurídico. En una obra de Thon, se puso de manifiesto la existencia de supuestos en los que, aun faltando la voluntad, el derecho subjetivo es considerado subsistente. Ante estas objeciones Windscheid matizó en sucesivas ediciones de su obra el significado de la teoría de la voluntad, hasta hacerla prácticamente irreconocible. Asume la posibilidad de que los incapaces puedan ostentar la titularidad de derechos subjetivos en la medida en que consideran factible ser sujeto de derechos cuya existencia se desconoce o cuyo contenido no se desea. Con ello no se impugna la teoría del derecho subjetivo como manifestación de voluntad. Así que altera su propuesta inicial significando que la voluntad se da en el derecho subjetivo es la del orden jurídico que desea el comportamiento de la persona obligada. Se trata de un planteamiento viciado al atribuir al orden jurídico la titularidad de la voluntad decisiva a los efectos de la configuración del derecho subjetivo, lo que termina por desnaturalizar completamente el significado de la consideración del derecho subjetivo como señorío de voluntad.

– La teoría del interés: Defendida fundamentalmente por Ihering. El interés pasa a constituirse el elemento material del derecho subjetivo cuya tutela garantiza el ordenamiento jurídico. Salta a la vista que también a esta tesis se le puede reprochar la existencia de derechos subjetivos cuyo titular carezca por completo del interés en los mismos. Una interpretación estricta de la tesis conduciría al absurdo de pensar que no hay derecho subjetivo de propiedad en aquellos casos en que no puede identificarse un interés eventual del

propietario lo que supondría privar a éste del conjunto de facultades que integran el derecho de propiedad. Así asumió Ihering en otras partes de su obra que el elemento decisivo para la existencia de un derecho subjetivo no es la presencia real de un interés de su titular, sino la mera posibilidad de que pueda darse el interés. Con todo no deja de representar una desfiguración consciente de la teoría del interés.

– La teoría de la combinación de la voluntad y el interés jurídicamente protegidos: Define al derecho subjetivo como el poder de voluntad humana que recae sobre un bien o un interés y que el orden jurídico reconoce y protege. Destaca el carácter necesario de ambos elementos para la propia identificación del derecho subjetivo. La síntesis que propugnaba esta teoría distaba mucho de proporcionar una solución definitiva al problema que planteaba la noción de derecho subjetivo, dejando patente la necesidad de un replanteamiento de la cuestión sobre bases más firmes y seguras.

4. Las posturas negadoras del derecho subjetivo.

La crítica de la elaboración tradicional de la teoría del derecho subjetivo que se encuentra presente en la obra de Hans Kelsen le conduce a la disolución del concepto de derecho subjetivo en el de derecho objetivo o en el de norma jurídica. Definir al derecho subjetivo como un poder de la voluntad o como un interés supone referir qué es lo que el derecho protege o reconoce, pero no como lo protege o reconoce, que es lo único que debe ofrecer un concepto jurídico. La consideración del derecho que es forma y no contenido determina el sentido de los conceptos jurídicos que deben ser interpretados en función de la especificidad del derecho. Entiende Kelsen que el derecho subjetivo no se presenta como una entidad independiente y desvinculada de la norma jurídica, sino que es la propia norma jurídica contemplada desde la perspectiva del sujeto a cuya voluntad queda condicionada la aplicación de la sanción. Aunque acepta la denominación del derecho subjetivo, la teoría de Hans Kelsen constituye una tesis negadora de la existencia del derecho subjetivo en su configuración tradicional. Un significado diferente tendrá la negación en otros trabajos, En alguno se opone al principio individualista, que subyace a la absolutización que experimenta la noción de derecho subjetivo, a el de solidaridad. Sobre la base que proporciona el principio de solidaridad va a elaborar el concepto de función social que va a regir al conjunto de las relaciones jurídicas que se desarrollan en las diferentes sociedades. Desde esta perspectiva, el concepto de derecho subjetivo se presenta como una entidad engañosa, inaplicable a una sociedad que quiera ser solidaria. La crítica del realismo jurídico escandinavo a la noción del derecho subjetivo toma como fundamento la reducción del mundo de la realidad a la realidad física tangible, marginando la hipótesis de realidades espirituales e inmateriales. Con arreglo a sus postulados quedaba excluida cualquier concepto científico que no dispusiera de referencia semántica. De ahí que el derecho subjetivo se presente como una noción ideal que no designan nada que tenga existencia real. Las facultades que se identifican como contenido del derecho subjetivo constituyen entidades ficticias. Ello no significa que carezcan de operatividad en el mundo de la realidad. Lundstet parece centrarse en el examen de carácter ideal de la noción de derecho subjetivo y de su utilización por parte de los científicos del derecho. Entiende que no hay otra realidad que la del funcionamiento del ordenamiento jurídico y que la única garantía que instituye el derecho subjetivo es la de la reacción constante del ordenamiento jurídico frente a las transgresiones del mismo. La hipótesis de un poder del individuo desvinculado del funcionamiento homogéneo y persistente del ordenamiento jurídico sería un producto de pura fantasía. Se muestra tolerante con su utilización por parte de los científicos del derecho, pero considera que la expresión derecho subtevio debe ir siempre entrecomillada. Olivecrona coincide en el carácter ficticio de la noción de derecho. La esencia del derecho subjetivo viene representada por la idea de poder. Pero este poder no existe en el mundo de la realidad, constituye una ilusión. Señala que la utilización de la expresión derecho subjetivo se realiza normalmente sin captar el carácter imaginario de la noción. En cualquier caso su condición de noción imaginaria no priva al derecho subjetivo de eficacia como instrumento de orientación de los comportamientos humanos. La postura negativa se presenta amortiguada en la obra de Alf Ross, quien, aun reconociendo su carácter ideal, insiste en el beneficio que para la ciencia jurídica representa su utilización. Así, es perfectamente posible describir el derecho vigente prescindiendo de la expresión derecho subjetivo, pero ello redundará en una mayor complejidad del lenguaje jurídico. De ahí el reconocimiento general que ha de merecer en el seno de la ciencia del derecho la noción de derecho subjetivo.

- *Valoración crítica de las teorías acerca de la noción de derecho subjetivo.*

Las líneas generales de la evolución del concepto de derecho subjetivo nos han permitido comprobar las transformaciones que ha ido experimentando. Con todo, las críticas que se han ido planteando al concepto de derecho subjetivo no han podido desconocer su presencia como noción jurídica operativa. En este contexto la propuesta de su desaparición del lenguaje jurídico por muy fundamentada que pudiera encontrarse pecaría de imprudente. Más razonable para asumir su presencia valorando los efectos positivos que desde las diferentes perspectivas produce e intentando afinar la descripción de su estructura con vistas a la disminución de las consecuencias desfavorables que una creencia de este tipo puede acarrear.

Tema XXI. Estructura, clasificación y límites de los derechos subjetivos.

1. La estructura del derecho subjetivo.

- *Elementos necesarios y elementos accidentales del derecho.*

Para determinar cuales son los elementos componentes resulta oportuno tomar como punto de partida la noción tradicional de derecho. Es muy habitual entre los juristas identificar tres elementos necesarios para la existencia del derecho subjetivo: el elemento subjetivo, el elemento objetivo y la garantía o protección del derecho en cuestión. Pero en este caso olvidamos que estos elementos tienen una fuente originaria que determina su configuración. De ahí que parezca más razonable distinguir diez elementos en la estructura de los derechos subjetivos positivos:

- El sujeto activo.
- El sujeto pasivo.
- La demanda del sujeto activo.
- La obligación del sujeto pasivo.
- La correlación entre la demanda del sujeto activo y obligación del sujeto pasivo.
- Las condiciones de violación y exclusión de la violación del derecho subjetivo.
- La acción de tutela.
- Los medios coercitivos de la acción de tutela.
- El sujeto titular de la acción de tutela o del uso de los medios coercitivos.
- La justificación de los elementos anteriores.

No todos los elementos reseñados resultarían necesarios a la estructura de la noción de derecho subjetivo en las diferentes manifestaciones que ha ido adquiriendo a lo largo de la historia. De ahí que resulte conveniente precisar a qué tipo de derecho subjetivo nos referimos cuando analizamos su estructura o preceder sin más a la eliminación de los elementos 7,8 y 9 de la estructura de la figura del derecho subjetivo, entendida ésta en su sentido más amplio.

- *El elemento subjetivo.*

Centrándonos en el sentido de los elementos hay que indicar que el sujeto activo no plantea problemas.

Resultaría difícil de imaginar un poder existente que no fuera detentado por nadie. Mayores problemas plantea la ubicación del sujeto pasivo. Se ha destacado en ocasiones, el carácter eventual del elemento subjetivo pasivo señalando que hay derechos que sólo comportan un poder, una posibilidad, de disfrute para su titular, sin implicar a ninguna otra persona. Este tipo de argumento olvida que también el uso y disfrute de los derechos subjetivos comporta una determinada obligación para alguien: la obligación de abstenerse de perturbar el uso y disfrute del titular inmiscuyéndose en el ejercicio de su derecho. Y es que la generalización de la condición de sujeto pasivo genera su reconocimiento a una amplia pluralidad de personas que no dejan de quedar perfectamente. La obligación del sujeto pasivo se manifiesta como la otra cara de la demanda del sujeto activo.

- *El elemento objetivo.*

Casi todos los teóricos del derecho suelen incorporar al objeto entre los elementos estructurales del derecho subjetivo. Los problemas surgen a la hora de determinar en qué consiste exactamente ese objeto. Algunos dirán que el objeto es el bien que es reivindicado por el titular del derecho subjetivo. Otros que es la pretensión que detenta el titular del mismo. Admitida esta segunda disyuntiva se reproducirá otra discusión. Y es que no parece razonable tratar de delimitar el objeto del derecho subjetivo acudiendo a nociones tan poco susceptibles de ser objetivadas como las de la voluntad y el interés. Se trata de conceptos inmateriales cuya existencia no se suele producir en términos absolutos, sino que presenta distintos niveles de intensidad. Será la peculiar psicología del individuo, y no la valoración que pueda realizar el ordenamiento jurídico, la que determinará la concurrencia y la intensidad de la voluntad y del interés. Lo cierto es que todo este tipo de discusiones doctrinales no han hecho más que enmarañar un problema cuya solución resulta mucho más sencilla. En la medida en que el derecho subjetivo se constituye como un producto normativo, será siempre la norma jurídica la que delimitará en cada caso concreto cuál haya de ser su objeto.

- *La justificación del derecho subjetivo.*

Resulta frecuente que los análisis de la estructura del derecho subjetivo descuiden la relevancia de la justificación como elemento esencial a la misma. Todo derecho subjetivo reclama una justificación que constituye un elemento necesario para la propia configuración del mismo. En la medida en que hemos reconocido al fenómeno jurídico como un fenómeno normativo y al derecho subjetivo como una noción jurídica, la justificación que predicamos del derecho subjetivo sólo podrá ser una justificación normativa. Será la norma jurídica la que decidirá la existencia de un derecho subjetivo. En este sentido diremos que la norma jurídica constituye el presupuesto lógico del derecho subjetivo. Esta idea ha merecido las críticas de quienes consideran al concepto de derecho subjetivo como una noción a priori en relación a la norma jurídica. Opiniones como éstas adolecen de un relevante defecto de perspectiva. Lo cierto es que los derechos subjetivos existen en la medida en que hay una norma jurídica que atribuye su existencia, delimitando la configuración de sus elementos estructurales. Buena parte de la responsabilidad de esta equivocada creencia en la superioridad lógica del derecho subjetivo sobre el derecho objetivo recae en los teóricos del derecho natural racionalista. Olvidan quienes así piensan que la argumentación iusnaturalista se basa en una concepción dualista del derecho. No cabe interpretar que se produzca ningún tipo de alteración en los términos de la relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. A la identificación de cualquier derecho subjetivo no puede dejar de subyacerle el reconocimiento, implícito o explícito, de un derecho objetivo que lo atribuya. De la misma forma que carece de sentido imaginar a un positivista que crea en el derecho natural, resulta incoherente pensar en una postura iusnaturalista que prescindiera del derecho natural objetivo a la hora de fundamentar a los derechos naturales subjetivos. En definitiva, el derecho objetivo se presenta como una entidad lógicamente anterior al derecho subjetivo. Conforme a este enfoque se clarifican los problemas teóricos que ocupan y preocupan a los analistas de los elementos estructurales del derecho subjetivo. Queremos significar que muchas de las discusiones doctrinales que han ocupado a los teóricos del derecho en relación a este tema tienen su origen en una injustificada entificación de sus elementos derivada de la engañosa impresión que puede provocar el derecho subjetivo como realidad en sí, independiente y desvinculada de cualquier otra. Podría pensarse que proponemos una tesis que termina diluyendo el concepto

de derecho subjetivo en el de norma jurídica (al igual que Kelsen) pero hay que precisar que la circunstancia de que todo derecho subjetivo venga atribuido por una norma jurídica no supone que tenga que ser entendido como una norma jurídica vista desde la perspectiva del sujeto. Es un producto normativo, pero no una norma. Así entendido, como concepto jurídico dirigido a facilitar la mejor comprensión del derecho vigente, el concepto de derecho subjetivo debe mantenerse diferenciado del de norma jurídica, que se presenta como su presupuesto lógico (su fuente original) La conciencia que podamos tener de la relevancia que ha podido desarrollar la noción de derecho subjetivo en la lucha del hombre por su emancipación constituye un motivo más para tener presente la singularidad del mismo con respecto a la norma. Tal vez sea por esto por lo que continúe siendo objeto de una mayor atención por parte de los de los teóricos del derecho el concepto de derecho subjetivo que el de deber jurídico.

- *Clasificación de los derechos subjetivos.*

a) Un primer criterio de clasificación de los derechos subjetivos los divide en derechos públicos y privados. El principio de justificación normativa parecía implicar que fueran derechos subjetivos públicos, los atribuidos por una norma de derecho público y derechos subjetivos privados los atribuidos por una norma de derecho privado, lo que complicaría la clasificación. Se ha aceptado que los derechos subjetivos públicos expresan poderes o facultades de que dispone el individuo frente a las organizaciones públicas, mientras que los derechos subjetivos privados representan la posibilidad de exigir de individuos particulares desprovistos de autoridad pública un determinado comportamiento.

b) Se han dividido también en derechos subjetivos reales y derechos subjetivos obligacionales en función del tipo de relación que supongan. Los derechos reales establecen una relación entre el individuo y la cosa, mientras que los derechos obligacionales refieren una relación del titular con otro sujeto. Incurre este criterio en un evidente desenfoco del significado de la noción de derecho subjetivo. Esta refiere siempre un poder del sujeto titular que le permite imponer a los demás una determinada conducta. En este sentido, todos los derechos subjetivos son derechos de obligación. De ahí que resulte rechazable por distorsionante.

c) Desde otra perspectiva, se ha distinguido entre derechos absolutos y derechos relativos. Los primeros resultarían oponibles frente a todos los demás miembros de la comunidad jurídica, mientras que los segundos sólo serían contra la persona o las personas que han establecido la relación jurídica en la que se inscribe el derecho subjetivo. Hay que señalar que la denominación de derechos absolutos resulta confusa, puesto que puede dar a entender que los derechos en cuestión no son limitables. Lo cierto es que todos los derechos subjetivos se inscriben en el universo jurídico lo que les hace necesariamente limitables. Los demás derechos siempre se verán limitados por los derechos de las demás personas. De ahí que parezca preferible la sustitución de la denominación de derechos absolutos por la de derechos oponibles a todos o derechos de oponibilidad general.

d) Mayor interés presenta la clasificación de los derechos subjetivos que distingue cuatro figuras jurídicas subjetivas activas a las que se opondrían otras tantas figuras jurídicas pasivas. Las primeras serían el derecho subjetivo en sentido estricto, el privilegio o libertad, la potestad y la inmunidad. A ellas se opondrían, respectivamente, el deber, el no derecho, la sujeción y la incompetencia.

e) En un sentido diferente se puede también hablar de derechos subjetivos de exigencia activa y de derechos subjetivos de exigencia pasiva, en función del carácter activo o pasivo de la obligación que corresponde realizar al sujeto pasivo.

f) También se ha dividido a los derechos subjetivos en derechos fundamentales y derechos ordinarios en función de la relevancia que se les reconoce. Se denomina derechos fundamentales a los poderes o facultades que se considera que deben ser reconocidos a todos los individuos por su propia condición de seres humanos. Estos derechos son habitualmente reconocidos a nivel constitucional. Se opondrían a los derechos subjetivos ordinarios que vendrían reconocidos en las leyes ordinarias. La circunstancia de que no siempre sean

reconocidos a nivel constitucional facultades que se consideran inherentes a la dignidad del hombre ha hecho que se hable de los derechos humanos como categoría diferenciada de la de los derechos fundamentales: sólo serían derechos fundamentales los derechos humanos que se reconocen jurídicamente.

• *Las limitaciones al ejercicio de los derechos subjetivos. La teoría del abuso del derecho.*

La consideración común del derecho subjetivo sitúa en el ordenamiento jurídico la clave que permite determinar en cada caso la extensión de su objeto. Los ordenamientos jurídicos suelen hacer un uso bastante moderado de esta posibilidad. El problema se plantea cuando tratándose de derechos constitucionales su enunciación jurídica no incorpora ningún tipo de remisión a lo que sobre el particular puedan expresar otras disposiciones jurídicas, puesto que puede llevar a estimar que el derecho en cuestión no encuentra otros límites a su ejercicio que los que resulten de la propia configuración constitucional. A favor de la interpretación de los derechos subjetivos como derechos absolutos podría esgrimirse la existencia de determinados enunciados constitucionales que expresamente se ocupan de limitar el contenido de ciertos derechos. Y es que si la propia Constitución se ocupa de limitar convenientemente a determinados derechos hay que entender que cuando no los limita es porque no estima oportunos limitarlos. Llevaría este tipo de argumentación, a la consideración de la coexistencia de derechos absolutos y derechos limitados. Lo cierto es que no puede considerarse en ningún caso a un derecho como absoluto. Y es que los derechos se ven forzados por la propia estructura del orden jurídico y de la vida social que constituye el objeto de su regulación a convivir con otros derechos con los que en ocasiones entran en colisión. Claro está que no todos los derechos están siempre limitados puesto que no siempre entran en colisión con otros derechos. Pero esto no supone que a esos derechos se les reconozca carácter absoluto. Aun más nítida se presenta la limitación de los derechos cuando pasamos del plano constitucional a los niveles jurídicos inferiores, puesto que se presume en todos estos casos que se encuentran limitados por imperativo de su acomodo a la propia disposición constitucional. La consideración de la existencia de determinadas actuaciones que, amparadas en la cobertura que proporciona su concordancia con el contenido de los derechos subjetivos de que es titular el sujeto pueden llegar a provocar un daño a otros sujetos, ha movido a un importante sector doctrinal a reconocer la hipótesis de un ejercicio anormal o abusivo esgrimiendo la necesidad de que no se supere en ningún caso lo que pudiera entenderse como regularidad o normalidad en el ejercicio de los derechos. La plasmación legislativa de la figura del abuso del derecho ha dado lugar a una incesante retaila de elucubraciones teóricas que han permitido una mejor percepción de los problemas que plantea en la práctica el ejercicio de los derechos, desvirtuando notablemente, sin embargo, la configuración de los propios derechos subjetivos como derechos necesariamente limitados. Resultarían igualmente antisociales los ejercicios abusivos de los derechos individuales que provocaran perjuicios a los intereses individuales y a los denominados intereses sociales, porque todos los intereses individuales tienen carácter social y todos los intereses sociales se constituyen sobre la base de las apetencias individuales. Paralelamente, la discusión doctrinal acerca de la posible necesidad del elemento intencional o subjetivo con vistas a la configuración del abuso del derecho ha permitido valorar convenientemente la posibilidad de que el ejercicio del derecho propio pueda llegar a ocasionar daños a otros derechos ajenos sin que medie para ello ninguna voluntad encaminada a tal fin. Es el objeto del derecho subjetivo el que define los lindes de su ejercicio, el desarrollo del conjunto de facultades que integran a cada uno de los diferentes derechos subjetivos será perfectamente normal en tanto en cuanto permanezca dentro de las coordenadas que delimita su objeto. Ello no impide reconocer que el ejercicio normal de un derecho subjetivo puede llegar a invadir la esfera de intereses de otro sujeto distinto a su titular, lo que conlleva a la necesidad de su limitación. Pero será únicamente la presencia de intereses ajenos interpuestos la que puede llegar a exigir la restricción del ejercicio de un derecho. La estimación de los diferentes tipos de colisiones entre derechos subjetivos que pueden darse en la vida jurídica nos permite comprobar que éstas se producen también entre derechos de sujetos individuales y derechos de sujetos colectivos, lo que permitiría reconocer que el ejercicio normal de un derecho subjetivo determinado debiera ser legalmente limitado cuando invadiera el ámbito de los intereses sociales. Concluimos asumiendo la inadecuación de la perspectiva del abuso del derecho como instrumento de representación de los límites jurídicos al ejercicio de los diferentes derechos subjetivos, ya que la perspectiva de la limitación del ejercicio normal de los derechos subjetivos por su colisión con otros derechos responde en mejor medida a la realidad

de las cosas

Tema XXII. La obligación jurídica. Concepto y tipología.

1. El concepto de obligación jurídica.

- *La obligación jurídica como figura jurídica subjetiva.*

La caracterización que hemos venido realizando del derecho subjetivo nos permite distinguirlo de la obligación jurídica. Enrico Pattaro pone de manifiesto la unidad inescindible del fenómeno jurídico comparado con la divinidad de los cristianos, que sin una única persona es al mismo tiempo tres personas distintas. Así el fenómeno jurídico, siendo un único fenómeno es a la vez tres fenómenos distintos: el derecho objetivo, el derecho subjetivo y la obligación jurídica. Cada uno de los tres fenómenos necesita a los otros dos. Así la obligación jurídica sería derecho puesto que es uno de los fenómenos en que se descompone el derecho. Parece, sin embargo, desaconsejable su asunción por dos razones fundamentales:

– Primero, porque aunque las nociones de obligación y derecho subjetivo puedan tener algún elemento común, ello no permite proceder a la identificación de la obligación como derecho en sentido subjetivo. La referida unidad inescindible del fenómeno jurídico nos advierte de la relación de necesidad entre las nociones norma jurídica, derecho subjetivo y obligación jurídica, pero no justifica las pretensiones de diluir la específica identidad que les corresponde.

– Por otro lado está la desvirtuación del sentido que se atribuye a las palabras, lo que suele generar distorsiones conceptuales.

La obligación jurídica no resulta por tanto traducible en términos de derecho subjetivo ni de norma jurídica. Por el contrario, es un concepto correlativo del de derecho subjetivo.

- *La justificación normativa de la obligación jurídica.*

Hay quienes asumen que la obligación jurídica tiene un fundamento místico. Podríamos decir que la obligación jurídica constituye una noción ideal que resulta útil para la mejor descripción del derecho vigente. De ahí la legítima consideración que merece como concepto jurídico independiente. En este sentido hay que entender que la obligación jurídica comporta también una exigencia lógica de una norma jurídica que la atribuya. Estas relaciones han sido interpretadas de otro modo por Hans Kelsen quien enlaza a través de la consideración de la relación de la obligación jurídica con la conducta opuesta al acto jurídico la noción que nos ocupa con la de sanción. Así entendida, la obligación no se presenta como un concepto independiente de la norma jurídica, sino que es la propia norma jurídica considerada desde la perspectiva del sujeto. Esto no parece tener mucho sentido. Asumiendo, por tanto, la identificación de la obligación jurídica como un producto normativo, proponemos su definición como la exigencia que el ordenamiento jurídico impone de la realización de un determinado comportamiento cuyo incumplimiento lleva aparejada la posibilidad de la imposición de una sanción. La configuración de la obligación jurídica, en la medida en que viene establecida por una norma jurídica, su principio rector es el de libertad y no el de necesidad. Claro está que para el buen funcionamiento del orden jurídico resulta conveniente que se realicen determinados comportamientos, pero ello no impide que los individuos hagan un uso de su libertad para vulnerar el mandato de la norma que establece sus obligaciones jurídicas. En algunos casos el término obligación asume en el lenguaje ordinario un significado muy próximo al de necesidad, pero ni siquiera en ellos puede decirse que el individuo que el comportamiento del sujeto hipotéticamente obligado se encuentra regido por el principio de necesidad. La entidad de la sanción es siempre una noción subjetiva. La sanción desempeña la relevante función de condicionar las conductas individuales, motivándolas a acomodarse a las exigencias de la norma jurídica que impone la obligación. El adecuado funcionamiento del fenómeno jurídico requiere, que puedan ejecutarse las previsiones que las normas jurídicas instituyen: desde este punto de vista la aplicación de la sanción

desarrollaría una función aleccionadora, de los miembros de la comunidad jurídica en la observancia del ordenamiento y también en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas. A pesar de configurarse como una noción correlativa de la del derecho subjetivo, la obligación jurídica no ha presentado un cúmulo de disquisiciones teóricas tan elevado y complejo acerca de su naturaleza. A ello ha contribuido su sentido atilibertario. La reivindicación de la noción de obligación jurídica debería tener presente también la positiva relevancia que puede asumir para la toma de conciencia plena por parte de los individuos de las obligaciones que les incumben como miembros de la sociedad. En todo caso, su legitimidad teórica ofrece muy pocas dudas: al configurarse como un concepto correlativo del de derecho subjetivo resultará en la misma medida operativo para la descripción del orden jurídico vigente. Por lo demás su derivación del concepto de norma jurídica resuelve los problemas en relación a los elementos estructurales de la obligación jurídica: no hay otros sujetos de la obligación diferentes a los que establece la norma, ni contenido alguno de la obligación que no venga delimitado por ésta.

2. Clasificación de las obligaciones jurídicas.

Su vinculación con el concepto de derecho subjetivo hace que la tipología correlativa de la que contemplábamos en relación al derecho subjetivo.

- a) Se distinguen las obligaciones jurídico-públicas y las obligaciones jurídico-privadas, sin que pueda detectarse un criterio unívoco al respecto. La tendencia general reconoce como obligaciones jurídico-privadas a aquéllas en que es un individuo particular el acreedor del comportamiento que se exige al sujeto obligado. Paralelamente, se denominarían obligaciones jurídico públicas aquéllas que se tienen frente a las organizaciones públicas.
- b) Se diferencian también las obligaciones jurídicas indiferenciadas y las obligaciones jurídicas diferenciadas, en función de que el derecho subjetivo correlativo resulte oponible frente a todos los miembros de la comunidad jurídica o sólo frente a la o las personas con las que su titular haya establecido la relación jurídica en la que se inscribe la obligación.
- c) Desde otra perspectiva, se han contrapuesto también las obligaciones jurídicas activas a las obligaciones jurídicas pasivas en función del tipo de conducta que en cada caso se exige. Las obligaciones jurídicas activas se subdividirían en obligaciones de dar (exigencia de entregar un objeto), y obligaciones de hacer (exigencia de desarrollar determinada actividad) Éstas últimas a su vez se pueden subdividir en dos, las obligaciones de medios (se exige sólo el desarrollo de la actividad sea cual sea su resultado) y las obligaciones de resultado (se exige un la consecución de un objetivo, sin importar la diligencia con la que hubiera actuado el obligado) Las obligaciones jurídicas pasivas sólo requieren la abstención del sujeto obligado.
- d) En consideración al número de individuos cuya conducta constituye el contenido de la obligación distinguiremos las obligaciones jurídicas de sujeto singular y las obligaciones jurídicas de sujeto plural. Estas últimas se subdividen en obligaciones conjuntas (aquéllas en que todos los obligados deben cooperar al unísono), alícuotas (los sujetos obligados se ven requeridos al cumplimiento en la parte proporcional que haya quedado estipulada) y solidarias (afectan a cada uno de los sujetos obligados de manera indiferente, pudiendo ser liberadas por el cumplimiento alternativo de cualquiera de ellos)
- d) Desde otro punto de vista se dividen en obligaciones jurídicas fundamentales y obligaciones jurídicas ordinarias en función de la relevancia que para la vida social puedan tener. En general se reconoce como fundamentales en las que encuentran su justificación normativa en una disposición jurídica constitucional, siendo las segundas las que tienen su justificación normativa en una ley ordinaria o en una norma jurídica de rango inferior.

Tema XXIII. El deber general de obediencia al derecho.

1. El fundamento del deber jurídico general.

Un supuesto especial de obligación jurídica es el deber jurídico. La circunstancia de que se utilice esta expresión para referirse a la obligación general que vincula a todos los miembros de la comunidad con el ordenamiento jurídico en cuestión no impide que reconozcamos la coincidencia de significado que ambos términos (obligación y deber) guardan en la lengua española. Ocurre, sin embargo, que el uso indiferenciado de las dos expresiones ha conducido a que se haya confundido el análisis de la obligación jurídica, con el del deber que general en el individuo la propia existencia del ordenamiento jurídico. Podemos adentrarnos en la consideración del problema del fundamento del deber jurídico distinguiendo las siguientes posturas al respecto.

1.1. La tesis del iusnaturalismo ontológico.

Cae por su propia base la tesis que identifica al fundamento del deber jurídico de propio de la doctrina iusnaturalista como un fundamento moral y no jurídico. La circunstancia de que los mismos representantes de la corriente iusnaturalista reconozcan pleno sentido jurídico a las exigencias de justicia redimensiona el significado del criterio de justificación como criterio plenamente jurídico. No se trata de desconocer el sentido moral que tiene en la perspectiva iusnaturalista el deber jurídico, sino de tener muy en cuenta que, precisamente por su carácter moral, puede ser clasificado como un fundamento jurídico. Que los analistas del problema suelen contemplar la cuestión caracterizando al deber jurídico como un fundamento de índole moral responde a dos motivos:

- De un lado, las propias líneas generales del pensamiento iusnaturalista, y también su aplicación a problemas teóricos concretos, hayan podido ser descritas en clave positivista, dado el predominio que en el panorama del pensamiento jurídico contemporáneo corresponde a las doctrinas jurídicas de este signo.
- Por otra parte, no todos los que se consideran representantes de las tesis iusnaturalistas asumen el carácter ajurídico de las normas que vulneran el hipotético derecho natural.

Lo fundamental es tener en cuenta cuáles son los postulados teóricos desde los que se está realizando una determinada afirmación relativa al planteamiento que una doctrina jurídica realiza de un problema dado. Podríamos, por tanto, concluir afirmando que

- Desde la perspectiva teórica del positivismo jurídico y del iusnaturalismo en su versión heterodoxa, el fundamento del deber jurídico es un fundamento moral y de ningún modo jurídico.
- Desde la perspectiva teórica del iusnaturalismo en su versión más coherente y ortodoxa el fundamento del deber jurídico asumirá la forma de fundamento plenamente jurídico, sin perder por ello su fisonomía moral.

1.2. La tesis del positivismo jurídico normativista.

Son muchas las formas que ha venido asumiendo el positivismo jurídico, lo que ha dificultado la descripción del planteamiento positivista en relación al problema del deber jurídico, aunque en su formulación más genérica, las tesis positivistas adscriben al deber jurídico un fundamento prevalentemente moral. Hans Kelsen, analizando la cuestión desde la teoría pura del derecho, llegando a la conclusión de que no puede identificarse un fundamento moral del deber jurídico, porque ello supondría desnaturalizar el sentido propio de los conceptos jurídicos. El análisis del concepto debe realizarse en clave exclusivamente jurídica, sin que quepa detectar un fundamento del deber jurídico distinto de la propia norma jurídica. Pero la aceptación de esta teoría no toma en cuenta las consecuencias que acarrea. Y es que significaría asumir que el deber de obediencia al derecho tiene un fundamento estrictamente jurídico y no moral. Sin embargo la propia remisión a ciertos valores supondría adoptar diversos criterios (morales entre ellos) que resultan por completo ajenos al significado específico de la teoría pura del derecho. Así las cosas el problema del fundamento del deber

jurídico se diluye en última instancia para la teoría pura del derecho en el de la validez jurídica (determinación de cual es la razón última que fundamenta al orden jurídico en su conjunto) Recurre Kelsen a la elaboración de su teoría de la norma fundante básica que determina la obligación general de obedecer a las prescripciones de la Constitución y constituye el presupuesto lógico trascendental de la validez del derecho. Hans Kelsen se detuvo en particular en el análisis del fundamento del deber jurídico, expresando que todo deber jurídico tiene un fundamento necesariamente normativo. La norma fundamental constituye pues un principio lógico formal que no incorpora ninguna exigencia de índole valorativa. Su condición de norma presupuesta que no traduce ningún acto de voluntad no le priva en absoluto de significado jurídico, ya que, integra directamente el orden jurídico. Es en este sentido que decimos que el fundamento del deber jurídico en la teoría de Kelsen es un fundamento jurídico y no moral.

1.3. La tesis del realismo jurídico.

Los representantes de la doctrina del realismo jurídico sicologista entienden que el fundamento del deber jurídico tiene una naturaleza psicológica. No se diferencia en ello el deber jurídico general del deber que corresponde a un derecho subjetivo correlativo. El deber general de obediencia constituye, para la escuela de Upsala, una entidad metafísica carente de realidad semántica. La fuerza obligatoria del derecho no tiene sitio en el mundo real. La creencia en la fuerza obligatoria del derecho se encuentra tan consolidada en la mentalidad de los miembros de las diversas comunidades jurídicas que suele ser comúnmente asumida entre los teóricos del derecho. Lo que hacen los representantes de la escuela de Upsala es aplicar al problema del deber jurídico su concepción general del funcionamiento del derecho desde la perspectiva del poder sugestivo que desarrollan los formalismos jurídicos. No hay diferencia de contenido entre un proyecto legislativo y la ley aprobada, y sin embargo, los ciudadanos experimentan indiferencia ante los mandatos del proyecto legislativo y sometimiento con respecto a las prescripciones contenidas en la ley formalmente vigente. La razón de ello parte de las diferencias entre ambas entidades, que son la realización en la ley formalmente vigente de toda una serie de solemnidades inexistentes en el proyecto de ley que terminan embrujando la mente de los individuos que asumen sin mayor reparo su deber de obediencia a la norma que se considera integrada en el ordenamiento jurídico. De ahí que el deber jurídico objetivo constituya un vínculo sobrenatural que nada tiene que ver con la realidad, y que sin embargo no deja de producir sus efectos sobre ella. La circunstancia de que el referido sentimiento de obligación afecte a la generalidad de los miembros de la comunidad jurídica le dota de una engañosa apariencia de objetividad que termina por potenciar su operatividad en el mundo jurídico. Los realistas admiten que la creencia en la obligación objetiva de obedecer al derecho constituye una de las piedras angulares sobre la que se sustenta el edificio jurídico. Lo importante es comprender que su concepción del fundamento del deber jurídico supone una alternativa novedosa, la alternativa del fundamento psicológico del deber jurídico. Con todo, no por percibirlo como una entidad irreal, dejan los realistas de reconocer que el deber jurídico funciona en la vida social como un deber moral.

1.4. Las tesis biológico-naturales.

La observación de los datos que nos suministra la experiencia acerca de las formas de vida que se dan en las sociedades poco evolucionadas en las que no se ha producido la acción de ningún principio racionalizador ajeno a la pura organización espontánea de la comunidad, nos permite identificar un modelo o varios modelos de regulación social en el que no ha faltado quien ha querido reconocer el fundamento del deber jurídico. En esta concepción se incardinan, quienes entienden que el fundamento del deber jurídico radica en la ley natural que determina la conveniencia de prestar obediencia a la persona que detente el poder o la fuerza. La doctrina del darwinismo social constituye un buen ejemplo de esta forma de pensar. A ella se le han atribuido efectos perversos en orden al problema que nos ocupa, como la nociva influencia que ha ejercido sobre las doctrinas fundamentadoras y apologistas de las aberrantes prácticas racistas que tuvieron lugar en la Alemania nacional-socialista. Esta interpretación echa en el olvido, sin embargo, la doble vertiente, individualista y altruista de esta corriente de pensamiento. Esta doble vertiente rompe con la tradicional consideración del darwinismo social como movimiento ideológico de carácter necesariamente insolidario. Distinguen las dos derivaciones de las tesis darwinistas en el darwinismo social conservador que, guiado por el principio de

competencia, localiza en la lucha por la existencia la manifestación de la ley de la selección natural que fundamenta el principio de no intervención en favor de los débiles y necesitados, y el darwinismo social altruista que, regido por el principio de cooperación, considera que el progreso de la humanidad viene determinado por la aplicación de las prácticas naturales y espontáneas que han desarrollado los diferentes miembros de las comunidades sociales con el objetivo de conseguir la mejor preservación de la especie. Podría pensarse a la vista de esta situación en la consiguiente deslegitimación de las tesis que preconizan el fundamento biológico natural del deber jurídico, toda vez que nos permite apreciar la presencia de principios contradictorios que difícilmente pueden resultar compatibles. Nada más lejos de la realidad, la idea de la cooperación social puede prestar una ayuda decisiva en favor de una fundamentación biológico-natural del deber jurídico. Y es que, asumiendo la caracterización del derecho como instrumento adecuado para la mejor organización de la vida social, también la obediencia al ordenamiento jurídico constituye un acto de sacrificio personal en favor del bien de la colectividad. Se trata de una visión más complaciente del fundamento biológico-natural del deber jurídico. Como tal identifica una exigencia que podríamos considerar incorporada a la moral social vigente.

2. El dilema moral de la obediencia al derecho.

Cualquiera de las exigencias que comprota el fundamento biológico-natural del deber jurídico es traducible en términos de exigencia moral. Podría incluso decirse que como tal es representada por los propios individuos que asumen las tesis evolucionistas. Así las cosas, reducida la cuestión a la disyuntiva entre la naturaleza jurídica o moral del deber jurídico, entendemos que la segunda de las opiniones referidas nos proporciona la solución correcta al problema que estamos analizando. No parece sensato pensar que haya razones jurídicas para obedecer al derecho, entre otras cosas porque no se puede hablar de razones jurídicas al margen de las que el propio derecho establece. Analicemos el dilema moral que plantea la obediencia al derecho y las razones que avalan la respuesta en uno u otro sentido. Podemos en primer lugar, detectar una tesis autonomista radical que constituye el punto de referencia lógico de los diferentes intentos de fundamentación moral del deber jurídico. La denominada teoría del reconocimiento de la norma jurídica, mereció la abierta censura de quienes vieron en ella la puerta abierta a la inseguridad jurídica y a la desvalorización del significado del derecho en la vida social. De ahí que se matizara en el sentido de limitar la necesidad del reconocimiento a los principios más generales del ordenamiento jurídico. La denominada tesis de la obligación de obedecer al derecho por consentimiento, señalando que el consentimiento tácito tiene lugar cuando, aun no prestando anuencia al producto legislativo, se la presta, al procedimiento general de formación del derecho. Con todo, se relativiza el efecto legitimador del consentimiento tácito al reconocer la posibilidad de una legítima desobediencia a la ley que ha contado con el consentimiento tácito del ciudadano. La tesis del compromiso justo fundamenta el deber de obediencia a las normas jurídicas en el respeto a las reglas establecidas para la aprobación de las leyes. Se trataría de reivindicar la idea de que, cualquiera que sea el contenido de la norma cuya obediencia se discute, existe una virtud del consenso social acerca de las reglas que regulan el procedimiento para la toma de decisiones jurídicas el compromiso de asumir su obligatoriedad. Se introduce un elemento corrector de las eventuales injusticias, salvaguardando en todo caso los derechos fundamentales de los individuos. Otras tesis defienden la consideración de la obediencia al derecho como un deber natural de justicia. Esta caracterización que se hace del derecho justo en términos contractualistas aproxima en alguna medida a la teoría del consentimiento. Otra justificación utilitarista de la obediencia al derecho que viene entendida como una obediencia interesada en la medida en que se constata que el derecho permite satisfacer de la mejor manera nuestras intereses objetivos y los intereses de los demás. Las tesis de la obligación moral de obediencia al derecho condicionada a la caracterización del derecho como justo, entendiendo por tal el que respeta y garantiza los derechos humanos fundamentales y se produce en un sistema político de legitimidad contractual. El argumento de la obligación moral de obedecer al derecho justo admite la reversibilidad de su formulación como obligación moral de desobedecer al derecho injusto. La remisión a la idea de libertad como fundamento normativo de las constituciones democráticas abre la puerta a una ponderación caso por caso que excluye la respuesta general al problema, tanto a favor de la autonomía personal como de la obediencia incondicionada al orden jurídico. De ahí la necesidad de acudir en cada supuesto concreto a la respuesta social o al órgano constitucional que, debe resolver el conflicto de

valores. La propia fisonomía del derecho convertirá a estos supuestos en excepcionales privilegiando el sometimiento general de las conciencias individuales a un bien general. Se podría decir de un lado que la moral individual puede prescribir, en algunas ocasiones, la desobediencia al derecho como una exigencia del propio valor que representa la solidaridad, sobre la base de la consideración de la inconsistencia ética del ordenamiento jurídico establecido, y de otro, que no todas las morales individuales tienen que coincidir necesariamente con el modelo solidario-consecuencialista.

3. Las formas de desobediencia al derecho.

Podemos distinguir tres formas diferentes de desobediencia al derecho:

a) La desobediencia revolucionaria: Tiene por objeto la modificación radical del sistema político. La eventual respuesta que los órganos encargados de garantizar la aplicación del ordenamiento jurídico pueden dar al caso es contestada con medios violentos, generando una dinámica de enfrentamiento directo entre los desobedientes y los poderes públicos.

b) La desobediencia civil: No persigue la modificación radical del sistema político y del ordenamiento jurídico establecido, sino sólo el cambio de determinado sector normativo. Tiene un carácter pacífico, asumiendo los desobedientes civiles las consecuencias jurídicas de sus actos traducidas en la imposición de sanciones. La intención de este tipo de desobedientes es la publicidad de sus acciones con la intención de que su conocimiento por parte de la opinión pública pueda influir en la realización de cambios legislativos en la línea marcada por el movimiento desobediente.

c) La objeción de conciencia: Constituye la desobediencia a un determinado precepto realizada por un sujeto sobre la base del desacuerdo entre el imperativo de su conciencia y el contenido del precepto en cuestión. La acción del objetor se limita a la simple inaplicación excepcional de una norma jurídica por su contradicción con la moral individual del sujeto. Existe una evidente comunicabilidad entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil, puesto que no es extraño que sujetos que en un primer momento sólo se planteaban la objeción a la realización de acciones proscritas por su moral terminen generando una objeción colectiva de repercusión pública y de intencionalidad reformista.

4. El fraude a la ley.

Es una versión indirecta de la desobediencia al derecho. Decimos que es un método indirecto de incumplimiento del derecho en el sentido de que supone la obtención de un resultado contrario al conjunto del ordenamiento jurídico alcanzada a través de la puntual observancia de lo dispuesto en una determinada norma jurídica. Se distinguen dos elementos componentes del fraude a la ley:

– La cobertura de una norma jurídica: Significa su necesidad como entidad que protege o ampara la estimación de una conducta que se estima fraude a la ley. No se requiere que una ley contemple expresamente la realización de la conducta como conducta permitida, basta que la misma se entienda comprendida entre los supuestos incluidos en la norma de clausura del ordenamiento jurídico. En el fraude a la ley se precisa que la norma jurídica de cobertura, correctamente interpretada en su consideración unitaria, aunque no en su consideración sistemática, autorice la realización del comportamiento en cuestión.

La vulneración del ordenamiento jurídico: Esta vulneración puede entenderse vinculada a la obtención de un resultado que transgrede el sentido general del ordenamiento jurídico. La perpetración de las conductas que integran a cada uno de los tipos normativos no basta por sí sola para garantizar su plena juricidad, resultando necesaria la adecuación del comportamiento que permite la norma jurídica al sentido general del propio ordenamiento. Remitiría así la idea de vulneración del ordenamiento jurídico a la interpretación sistemática y no meramente literal ni finalista de cada enunciado jurídico.

En cualquier caso, la apariencia de legalidad que por su concordancia con el modelo normativo de cobertura tiene la conducta exigirá la atenta ponderación de las circunstancias que rodean al caso con vistas a la determinación de su debida identificación como conducta lícita o fraudulenta. La estimación de una determinada conducta como fraude de ley, habrá de comportar la correspondiente aplicación de las consecuencias que trata de eludir el sujeto.

Tema XXIV. Interpretación y aplicación del derecho.

1. El sentido general de la aplicación del derecho.

Es muy común entre los juristas entender que la aplicación del derecho consiste en la atribución por parte del juez de las consecuencias desfavorables que el propio orden jurídico prevé para el caso de su contravención. Esta forma de pensar responde a una visión restrictiva del fenómeno de la aplicación del derecho por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque el orden jurídico prevé la atribución también de consecuencias favorables en los supuestos en que, acomoda el individuo su comportamiento a la consecución de determinados objetivos cuya realización estima conveniente el derecho. Supondría reducir a la atribución de consecuencias favorables a la condición de actividad extrajurídica. Además porque una consideración semejante parte de un modelo unitario de la figura del destinatario del derecho cuando lo cierto es que existen diferentes categorías de destinatarios del derecho. Se considera como destinatarios del derecho, desde diferentes perspectivas, a los ciudadanos en general a los diferentes órganos y autoridades a los que el orden jurídico reconoce competencia para realizar actos, a los jueces y a los funcionarios encargados de llevar puntualmente a efecto la resolución que haya podido dictar el juez. Se entiende que todos no hacen otra cosa que aplicar derecho. Claro está que la aplicación del derecho asume un significado diferente en cada supuesto al operar sobre manifestaciones diversas del fenómeno jurídico: en los tres primeros casos se está aplicando derecho directa o indirectamente legislativo, o derecho enunciado en disposiciones jurídicas de carácter general. Mientras que el funcionario pública que ejecuta el contenido de la sentencia del juez aplica directamente el derecho judicial. La aplicación judicial del derecho, se produce como respuesta del orden jurídico a una situación de tensión de la vida social. Proporciona una explicación convincente del sentido restrictivo que se ha venido atribuyendo a la expresión aplicación del derecho como aplicación judicial del derecho que pueden realizar otros sujetos jurídicos. Con esta idea se resalta que la aplicación judicial del derecho no hace otra cosa que realizar el programa de actuaciones que el orden jurídico le asigna sin que resulte relevante al respecto que la actuación asignada consista en resolver con arreglo a derecho el conflicto que ante él se plantee. Aunque a la idea de aplicación del derecho le es inherente la de una cierta regularidad, de la conducta que lleva a efecto de la aplicación, se han sólido distinguir los supuestos de aplicación regular del derecho (se desarrollaría con arreglo a los cauces que el propio ordenamiento jurídico previene al efecto) de los de aplicación irregular del derecho (la conducta de la cuestión no respondería plenamente al modelo establecido).

2. La interpretación jurídica como momento específico del proceso de aplicación del derecho.

Se sabe que el sentido general de la aplicación del derecho no varía en función de los diferentes sujetos que puedan proceder en cada caso a su realización, requiriéndose siempre la determinación del significado preciso de la disposición jurídica que se pretende aplicar. En este sentido, la determinación del significado preciso, del contenido normativo, de las disposiciones jurídicas se presenta como un elemento necesario a cualquier aplicación del derecho. Se reconoce normalmente como interpretación del derecho a la imputación de un determinado significado a un enunciado jurídico normativo. Ello hace que el juez no sólo se vea obligado a interpretar el modelo de conducta que de él se requiere el orden jurídico, sino también a interpretar, las disposiciones jurídicas que van a determinar el tipo de respuesta jurídica que merece la situación que debe juzgar. Este no es el único elemento esencial al desarrollo de la propia función judicial. Junto a él se requiere también la observación y el análisis de los hechos que integran la situación objeto de resolución judicial. La determinación de los hechos acaecidos presenta en muchas ocasiones un problema que obliga al juez a actuar como un investigador. Sólo una vez determinados los hechos procede el juez a atribuirles una respuesta oficial

que él mismo fundamenta en una o en varias disposiciones del sistema jurídico. La elección de las disposiciones jurídicas que van a fundamentar la resolución judicial requiere a la previa imputación de significado no sólo a tales disposiciones, sino también a las que son descartadas por el juez por no resultar aplicables al caso concreto que se presenta para su resolución. El proceso aplicativo del derecho que realiza el juez puede ser objeto de valoración por parte de los propios sujetos que protagonizan los acontecimientos o incluso de los propios analistas del fenómeno jurídico, lo que supone una interpretación paralela a la del juez. Se concluye viendo que el juez no es el único sujeto que puede realizar interpretaciones del derecho.

3. Clases de interpretación jurídica.

Podemos distinguir 3 criterios de clasificación:

a) La consideración del sujeto que lleva a efecto la interpretación del derecho: Permite distinguir los supuestos de interpretación judicial, auténtica, autorizada, doctrinal y general.

– La interpretación judicial: Interpretación que realiza el juez. Adquiere una enorme relevancia en el Estado moderno a partir de la separación de poderes. La atribución en exclusiva al juez de la capacidad de producir efectos jurídicos entre las partes en conflicto a través de sus resoluciones garantiza su operatividad como interpretación jurídica fundamental. La formación específica que recibe el juez con vistas al mejor desempeño de su función permite minimizar la desconfianza que puede generar en el ciudadano. De ahí el carácter oficial y el reconocimiento social que adquiere en nuestros días este tipo de interpretación del derecho.

– Interpretación auténtica: La que realiza el propio órgano que dicta la disposición jurídica a la que se imputa el significado. Es precisamente el creador de la disposición jurídica el que mejor puede conocer su significado correcto. Se alega, sin embargo, en su contra las dificultades de acudir continuamente para resolver cada caso al órgano que la dictó y las evidentes dosis de inseguridad jurídica. Es posible también que este tipo de interpretación tenga un carácter general estableciéndose con anterioridad a la producción de los sucesos con el fin de preservar una interpretación fidedigna limitando la capacidad del juez de atribuirle otros significados distintos. En estos supuestos la interpretación auténtica se traduce en una nueva disposición jurídica. En algunas ocasiones el órgano que dictó la disposición autoriza a otro órgano diferente, que puede incluso tener un rango jerárquico inferior, a realizar la interpretación de aquélla. Estamos ante la denominada interpretación autorizada no resultando vinculante para la decisión que pudiera tomar el juez al resolver las cuestiones contempladas en su regulación.

– La interpretación doctrinal: Es la que efectúan los analistas del derecho al señalar el significado que en su opinión corresponde a las diferentes disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. Aunque carece de valor oficial, desarrolla un cierto efecto condicionante del sentido de las resoluciones judiciales y de las interpretaciones del resto de los operadores jurídicos. En cualquier caso, su relevancia suele guardar una estrecha relación con el prestigio de la autoridad doctrinal que en cada ocasión la práctica.

– Interpretación general: La que lleva a cabo el ciudadano particular en tanto que destinatario del derecho. Carece de cualquier valor oficial, únicamente es útil al sujeto que la realiza para comprender el sentido que tienen que tener sus comportamientos para poder ser calificados como jurídicamente correctos.

b) Atendiendo al objeto de la interpretación jurídica se distingue la interpretación del derecho escrito de carácter general, diferenciándose dentro de ella en función del rango jerárquico que puedan tener las diversas disposiciones, de la interpretación de las costumbres, de los actos jurídicos y de las sentencias.

c) Finalmente, el criterio de la cualificación de los resultados de la actividad interpretativa permite distinguir la interpretación literal, extensiva y declarativa. La interpretación literal supondría la imputación a la disposición del significado que se desprende directamente del tenor de sus palabras. Las interpretaciones extensiva y restrictiva ampliarían y reducirían respectivamente tal significado con vistas a hacerlo compatible

con los diferentes elementos que se estima que deben integrar el proceso interpretativo. Lo cierto es que parte de un error de principio al considerar que hay un significado inherente a las entidades lingüísticas que componen las disposiciones jurídicas. Nunca habrá un significado único que se deduzca de la letra de la ley. La circunstancia de que pueda reconocerse a los términos lingüísticos un área semántica más o menos establecida socialmente permite mantener el sentido de esta clasificación a la que sólo cabe atribuir un valor estrictamente relativo.

4. El objetivo de la actividad interpretativa.

La consideración de la interpretación jurídica requiere para ser operativa la especificación adicional del fin que persigue el intérprete al indagar semejante cuestión. Se han planteado a este respecto dos tesis fundamentales:

a) La teoría subjetiva de la interpretación jurídica: Entiende que la labor del intérprete consiste en la averiguación de la voluntad del legislador. La interpretación jurídica se presenta como una actividad reproductiva de la letra de la ley en la que se encuentra condensada la voluntad de su autor. Se argumenta a favor de esta tesis señalando que:

- El pretendido carácter racional de las disposiciones jurídicas únicamente puede explicarse desde su estimación como producto directo de la voluntad de un sujeto o de varios dotados de los atributos propios de los seres humanos.
- La salvaguarda del principio de seguridad jurídica exige el sometimiento de los individuos a la regulación jurídica establecida, no pudiendo quedar al albur de las manifestaciones que los sucesivos intérpretes puedan efectuar sobre los textos jurídicos.

b) La teoría objetiva: Los exponentes de la teoría objetiva sostienen que la interpretación jurídica debe aspirar a desentrañar el sentido inmanente al texto que se interpreta, el cual adquiere tras su promulgación una vida propia independiente por completo de la voluntad de su autor. Se representa a la norma jurídica como un precepto abierto. De ahí que se hable de una voluntad de la ley no necesariamente coincidente con la del legislador y que se entienda que el intérprete debe centrar su atención estrictamente en aquélla. La defensa de esta tesis se fundamenta en:

- La imposibilidad de detectar una voluntad perfectamente identificable al presentarse generalmente la ley como el producto de voluntades que pueden incluso resultar contradictorias.
- La necesidad de acomodar el significado de los textos jurídicos vigentes a las condiciones ambientales, con el fin de preservar su operatividad.

Parece razonable pensar que a las exigencias que la interpretación jurídica lleva consigo, debe resultar, de la configuración entre las referidas posturas enfrentadas. Se impone una interpretación evolutiva que adecúe su sentido a las realidades históricas que definen su ámbito operativo, respetando el espíritu que presidió la entrada en vigor de las disposiciones jurídicas. En última instancia, la labor del intérprete se encuentra estrechamente limitada por los criterios generales que reglamentan su actividad.

5. Los criterios de interpretación del derecho.

5.1. Enunciación de los criterios de interpretación jurídica.

Las dificultades que entraña la interpretación del derecho han intentado superarse con la indicación de una serie de criterios. Una interpretación jurídica que quiera ser consistente no puede dejar de conjugar los resultados que proporciona la adopción concurrente de los criterios que denominaremos gramatical, lógico,

histórico, sistemático, teleológico y sociológico.

a) El criterio gramatical: La circunstancia de que las disposiciones jurídicas se expresen por medio del lenguaje obliga al intérprete a ponderar el alcance semántico de los componentes del texto y de su conexión gramatical. La determinación del significado preciso de las palabras encuentra una dificultad adicional en el uso combinado que los enunciados jurídicos hacen de términos del lenguaje común y del lenguaje técnico. Además, la adopción de términos del lenguaje común que en el lenguaje técnico adquieren una connotación particular complica la cuestión, ya que, puede conducir a una comprensión inadecuada. Añádase a ello el carácter polifacético de determinadas partículas y dispondremos de un panorama global de las dificultades que entraña la delimitación del sentido gramatical de los diferentes enunciados jurídicos. Aun cuando las reglas de la sintaxis gramatical responden a un sistema bastante tecnificado que permite eliminar muchas ambigüedades, en el terreno semántico la situación es muy diferente, requiriéndose la utilización combinada del resto de los criterios interpretativos.

b) El criterio lógico: La congruencia de la imputación de significado que se pueda realizar a una disposición jurídica con el respeto a determinadas reglas lógicas va a permitir descartar determinadas interpretaciones, reivindicando la idoneidad de las que se estiman lógicamente aceptables. Entre estas reglas podemos destacar:

- El argumento ad absurdum, que conduce a eliminar una determinada interpretación cuando llevada a sus últimas consecuencias produce resultados insensatos.
- El argumento a simili, por el que se extiende la regulación de una determinada situación a otras que le son parangonables.
- El argumento a contrario, que atribuye al legislador la voluntad de excluir la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por la legislación a los acontecimientos no expresamente contempladas por ella.
- El argumento a fortiori, Se deduce de una determinada regulación la aplicación de las consecuencias previstas para el caso a supuestos no coincidentes con los expresamente contemplados, al entender que concurren en ellos razones de mayor envergadura para su atribución. Este argumento admite dos modalidades, a minore ad maius (la prohibición de lo menos supone la prohibición de lo más) y a maiore ad minus (el que puede más puede lo menos)

c) El criterio histórico: La determinación del espíritu de la disposición jurídica que es objeto de interpretación requiere la consideración de la voluntad del legislador a la que se llega a través del análisis de los documentos que sirvieron de base a su elaboración de las declaraciones de intenciones de su autor y de las circunstancias del momento que hicieron aconsejable que la regulación jurídica tuviera un contenido normativo determinado y otro no. La decadencia que se reconoce a esta tesis ha provocado en la pérdida de buena parte de la influencia de que gozaba este criterio. No obstante, este criterio se emplaza como una directriz necesaria, aunque no suficiente ni privilegiada con respecto a las demás, para delimitar el significado del enunciado jurídico que se interpreta.

d) El criterio sistemático: La labor del intérprete debe atender a la identificación preliminar de la regulación jurídica completa de cada situación determinando cuáles son los enunciados del sistema jurídica que pueden tener una incidencia directa o indirecta a efectos de la regulación de la materia de que se trate. Su adscripción a un determinado sector normativo o a otro puede hacer que varíe la acepción de los términos lingüístico que lo componen y, con ella, su significado normativo general. La complejidad de los modernos ordenamientos jurídicos y la necesidad de excluir las interpretaciones jurídicas que resulten incompatibles con el sentido general del sistema ha incrementado la trascendencia de este criterio.

e) El criterio teleológico: La consideración del ordenamiento jurídico como sistema exige, tener presentes los valores que subyacen y presiden al conjunto de reglas que lo integran a la hora de proceder a su interpretación.

Se impone así la indagación del fundamento racional de los enunciados normativos como disposiciones que vivifican los valores y principios generales del sistema. Una interpretación jurídica que no tuviera en cuenta suficientemente el elemento teleológico resultaría una interpretación ciega.

f) El criterio sociológico: La indagación de las circunstancias ambientales que rodean a su aplicación es de la teoría objetiva se entiende que el contenido normativo de la disposición necesita ser completamente en cada caso por el acontecimiento que es objeto de regulación, cuya singularidad exige lógicamente considerar la realidad social y temporal en la que tal acontecimiento se produce. El prestigio que han venido adquiriendo las interpretaciones objetivas constituye el mejor indicio de la relevancia que asume este criterio interpretativo.

5.2. La juridicización de las reglas interpretativas.

Determinados criterios no pueden operar independientemente unos de otros. Cada uno de los criterios puede tener un peso específico superior o inferior en función de las particularidades del caso en cuestión. Al expresar el catálogo de criterios interpretativos este precepto está superponiendo al enunciado jurídico que se pretende interpretar un nuevo enunciado que se encuentra igualmente precisado de interpretación. Entre el precepto que se quiere aplicar al supuesto en cuestión y el que contiene los criterios interpretativos se produce una mutua implicación que deriva en el condicionamiento mutua de sus respectivas interpretaciones. Surge una complicación cuando el precepto a interpretar es superior en rango jerárquico al que contempla los criterios interpretativos, lo que sucede en nuestro caso con la Constitución. En tales supuestos queda fuera de lugar la intervención del precepto referido, lo que no obsta, a que los criterios aludidos puedan seguir desplegando su función. Su operatividad como utensilios de trabajo para descubrir el contenido normativo adecuado al caso les consolida como apoyos racionales extralegales para la indagación del significado de la ley.

• La naturaleza de la función judicial.

El juez incorpora siempre aspectos personales al resultado del ejercicio de su función, aspectos que tienen que ver con su propio sistema de valores. Todos estos factores se manifiestan en las diferentes fases del proceso aplicativo del derecho, pasando por las diferentes valoraciones, especulaciones y articulaciones argumentativas que jalonan sus razonamientos. Se produce una indeterminación de la actividad del juez que opera al menos en cuatro planos diferentes: el de la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes, el de la elección de las disposiciones jurídicas aplicables al caso, el de la imputación del significado correspondiente a las disposiciones aplicables al caso, y el de la conexión argumentativa entre los hechos y las disposiciones. La indeterminación de la interpretación jurídica afecta directa o indirectamente a las diferentes fases del proceso aplicativo del derecho. Puede decirse que la interpretación jurídica constituye una actividad de inciertos resultados que condiciona al propio sentido final de las resoluciones judiciales. La actividad interpretativa opera sobre textos jurídicos, en definitiva, que el enunciado jurídico normativo, constituye el presupuesto necesario de la interpretación jurídica. La incidencia de elementos ajenos nos permitirá calibrar a la actividad judicial como una actividad en buena medida libre, aunque condicionado en parte por la propia existencia del texto jurídico que le corresponde interpretar. De ahí que se haya podido hablar de una desvinculación relativa del juez con respecto al texto de la ley, que operaría así como un condicionante mas de la decisión judicial, asumiendo la necesidad de escapar del error que supone entender que la interpretación carece de asideros jurídicos. Esta identificación de la actividad judicial no solo resulta a los legos en el mundo del derecho extraña, sino hasta cierto punto escandalosa. No parece, muy razonable que se reconozca libre capacidad creadora de derecho a quienes carecen de legitimidad democrática, sino a quienes superan un sistema de selección aparentemente neutral en el terreno ideológico valorativo que atiende fundamentalmente a los conocimientos técnicos de que disponga el aspirante. A nadie se le escapa la idoneidad de este tipo de formación jurídica, pero muy pocos están dispuestos a admitir que la simple detentación de una serie de conocimientos técnicos pueda justificar la atribución del poder de decidir las reglas que hayan de regir la convivencia entre los miembros de una determinada sociedad. De ahí la tendencia natural de considerar al juez como un mero instrumento técnico, y a entender a la actividad judicial como una actividad neutra. Una visión semejante tiene la indudable virtud de representar al mundo del derecho como un universo en el que

son los propios integrantes de la sociedad los que disponen las soluciones a los problemas jurídicos. Pero constituye un espejismo inalcanzable cuya fascinación impide comprender la realidad de las cosas. La propia estructura del fenómeno jurídico como un orden normativo que habilita al juez para suministrar soluciones a todos los problemas jurídicamente relevantes que se presentan en la vida social hace inevitable la condición creadora de derecho de la función judicial y la índole política de su actividad. Esto no debe, sin embargo, suponer la adopción de una postura pasiva frente a las decisiones de los jueces.

7. La decisión judicial frente al problema de los conceptos jurídicos indeterminados.

Un vistazo a los enunciados lingüísticos que integran los ordenamientos jurídicos contemporáneos nos permitirá apreciar en ellos la presencia de standards jurídicos, esto es, conceptos jurídicos indeterminados que requieren en cada caso la concreción de su contenido por parte del sujeto llamado a interpretar la disposición jurídica que los contiene. Con ellos se consigue dotar a los sistemas jurídicos de la suficiente elasticidad para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias ambientales. Pero se paga también un fuerte coste en materia de seguridad jurídica. La propia utilización de los standards jurídicos depende en buena medida de la ideología de aplicación jurídica que se tenga. Esta racionalidad genera una incertidumbre para la que sacamos diversas respuestas. Vamos a agruparlas en tres tipos:

a) La respuesta objetivista: teniendo claro el contenido normativo y el carácter jurídico del derecho natural, el significado de las nociones indeterminadas que puedan los textos jurídico-positivos no planteará mayores problemas, se resolverá en la interpretación sistemática de las reglas de derecho natural y derecho positivo. Sostienen la posibilidad de obtener una respuesta correcta cuando las fuentes formales resultan insuficientes para ello, acudiendo a procedimientos de libre investigación jurídica que incluyen la consideración de elementos objetivos.

b) Entienden los defensores de las tesis finalistas que el problema que plantea la indeterminación de los standards en el derecho positivo se resuelve acudiendo a la consideración del objetivo o finalidad a cuya realización se instrumentaliza en cada caso el propio concepto jurídico indeterminado. Asumía la idea de que los conceptos jurídicos indeterminados encuentran siempre su elemento reglado.

c) La adopción de la perspectiva intersubjetiva lleva a considerar que el juez debe interpretar el contenido normativo de las nociones jurídicas indeterminadas a la luz de la conciencia social de su tiempo. La mayoría de los miembros de la comunidad jurídica es la que determina el contenido normativo del concepto y, el del precepto en el que se ubica.

Las tesis objetivistas adolecen de los mismo inconvenientes que presenta su más acreditado exponente (el iusnaturalismo ontológico) lo que las hace difícilmente adecuadas. La solución finalista, que resultaría perfectamente apropiada en principio incurre en el defecto de recursividad al remitir a la idea de fin, siendo así que la propia referencia semántica del fin de que se trate suele resultar igualmente indeterminada. A su vez el criterio intersubjetivo queda descartado en la medida en que comporta una petición de principio: el carácter democrático del ordenamiento jurídico. Por más que el principio democrático constituya el único criterio legitimante de los ordenamientos jurídicos, no todos ellos responden a las exigencias que le son inherentes. La asunción del criterio intersubjetivo implicaría la intromisión de una entidad no jurídica, implicaría incorporar un elemento que no tiene carácter jurídico a la solución de un problema que requiere una respuesta estrictamente jurídica. La desestimación de los tres criterios aludidos no deriva en la imposibilidad de dar una solución adecuada al tema que nos ocupa. El camino para resolver el problema pasa por una conjugación de tales criterios. La clave va a radicar en un concepto tan querido al objetivismo jurídico como el de principios del sistema que va a referir los objetivos y finalidades del orden jurídico. Esta tesis ha sido criticada por resultar también recursiva al no poder precisar un criterio fijo que permita conocer cuales son los principios de sistema y el peso específico que corresponde a cada uno de ellos. Esta objeción puede ser superada si se asume como principios del sistema a los que el propio orden jurídico instituye. Así por ejemplo, en un sistema democrático la tesis de los principios conduciría directamente al criterio intersubjetivo. El problema realmente

grave surge cuando nos enfrentamos a un ordenamiento jurídico que desde ningún punto de vista puede reconocerse como democrático. En estos supuestos la lógica llevaría a resolver los problemas de indeterminación semántica de las normas con arreglo a criterios autoritarios, prescindiendo por completo del anhelado criterio intersubjetivo. Claro está que también se puede luchar contra el derecho injusto, atribuyéndole a sus conceptos jurídicos indeterminados un contenido normativo que contradiga a los principios del sistema. Pero al hacerlo nos estamos situando al margen de sistemas jurídicos que rechazamos.

Tema XXV. Las funciones del derecho.

1. Concepto de funciones del derecho.

El tema de las funciones del derecho ofrece una enorme complejidad que difícilmente puede ser solventada en el marco de una consideración general del fenómeno jurídico. De ahí la necesidad de limitar el propósito de nuestro análisis desde una triple perspectiva:

- Por un lado se admite la operatividad de cada una de las normas de los diferentes ordenamientos jurídicos como productoras de funciones del derecho. Cada una de esas normas ejecuta diferentes funciones. Identificamos como funciones del derecho al conjunto de todas las específicas funciones que cada una de las normas jurídicas viene a desempeñar.
- Por otro lado, todos los miembros de las comunidades sociales que componen el área de influencia de los diferentes ordenamientos jurídicos son sujetos pasivos de las funciones del derecho, y teniendo en cuenta la distinta psicología de cada individuo, habría que reconocer la posibilidad de configurar funciones del derecho a la carta. La dificultad de un planteamiento semejante obliga a acotar los términos de nuestro problema considerando a la sociedad en su conjunto como punto de referencia para la determinación de las funciones del derecho. Por el mismo motivo se restringe la acepción de la expresión al conjunto de inferencias que por su carácter regular y estable pueden considerarse como socialmente relevantes.
- Por último, no han faltado ocasiones en que el concepto de función o funciones se ha confundido con el de fin o fines del derecho. El equívoco deriva de una caracterización ambigua del significado de la expresión funciones del derecho con la que se está haciendo referencia a consecuencias sociales que produce el derecho. Utilizaremos la denominación fines del derecho para referirnos a las últimas consecuencias que resultarían deseables que debiera producir el derecho. A la expresión funciones del derecho se le viene atribuyendo un matiz positivo o favorable que permite identificarla como un modelo de funcionamiento del derecho que se presenta como correcto frente a otro u otros funcionamientos inadecuados (disfunciones del derecho) Esto presupone simplemente su adaptación al esquema comúnmente admitido como característico del funcionamiento regular del fenómeno jurídico. Ello se explica por el juicio favorable que en las sociedades de nuestros días viene mereciendo el derecho.

De acuerdo a estas premisas podríamos elaborar una definición provisional de las funciones del derecho que las comprendería como las consecuencias o efectos típicos de orden social que proyectan de hecho la existencia y el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos con arreglo a los criterios comúnmente establecidos. Dentro del género de las funciones del derecho se distinguen las funciones positivas y las funciones negativas dependiendo del sentido favorable o desfavorable, respectivamente, de las consecuencias o efectos que proyectan. El concepto de disfunción jurídica referiría la idea de consecuencias o efectos anómalamente producidos. Aunque no hay razón que impida considerar disfunciones que tengan como referencia a funciones negativas del derecho, se suele referir a la realización defectuosa de alguna de las funciones positivas del derecho.

2. La universalidad de las funciones del derecho.

En los catálogos de funciones de los sociólogos del derecho y los juristas en general éstas se caracterizan por

una cierta heterogeneidad que dificulta su comprensión unitaria. Existe una gran diversidad de catalogación. La dificultad del propósito resulta incrementada por la diversificación jurídica. En cualquier caso se puede afirmar que la actual fase de evolución jurídica ha conducido a una apreciable mutación de la intensidad y del peso específico de las funciones del derecho. Esto provocó un nuevo estudio del derecho que no se limitaba a analizarlo desde su estructura sino también desde la que proporcionan las funciones que desarrolla. Esto no empaña el carácter universal de tales funciones. Hay que dejar constancia de la falta de fundamento de quienes estiman que al actual proceso de crisis del Estado social le habrían de acompañar funciones del derecho nuevas. Y ello por dos razones diferentes:

- De una parte porque lo que está en crisis no es el modelo del Estado social, que cada vez parece más fortalecido, sino la capacidad de las comunidades de nuestro tiempo para hacerlo realizable.
- De otro lado, no existiría una sustitución de funciones sino una simple modificación del respectivo peso específico de cada una de ellas y de sus formas de realización.

3. Tipología de las funciones del derecho.

Vamos a referir las funciones del derecho distinguiendo entre ellas funciones directas y las funciones indirectas.

3.1. Las funciones jurídicas directas.

Son las que desarrollan por sí solas la existencia y el funcionamiento del derecho sin necesidad de tener en cuenta el tipo y el nivel de interiorización de las normas que lo integran que puedan experimentar los sujetos. Podemos decir que son funciones de carácter objetivo. Lo normal es que esta clase de funciones hayan sido conscientemente previstas por el emisor de las normas jurídicas. Es el conjunto del orden jurídico el que desempeña el conjunto de las funciones directas del derecho. La relación de esta clase de funciones nos la proporciona la propia definición del derecho. Conforme a ella el derecho realizaría las funciones de:

- a) Represión de conductas consideradas lesivas o peligrosas para la integridad de determinados bienes públicos o privados: Es tal vez la función más perceptible por el profano en el mundo jurídico. Esta relevancia ha motivado el cada vez más frecuente adelantamiento de la intervención del derecho.
- b) Incentivación de ciertas actitudes que se consideran convenientes para el mejor desarrollo de la vida social: En las últimas décadas de nuestro siglo se ha hecho más intensa resultando también más perceptible. De ahí que sea comúnmente considerada como la función más específica del derecho del Estado contemporáneo. En él el individuo no se ve únicamente compelido a actuar de un modo determinado para evitar la imposición de castigos, sino que además resulta estimulado a la realización de determinados comportamientos a través de alicientes.
- c) Determinación del status de cada miembro de la colectividad: Permite fijar las peculiares situaciones jurídicamente en la comunidad que constituye el área de influencia del orden jurídico en cuestión.
- d) Distribución de bienes y cargas: El derecho asumiría la exigencia de regular el principio de adjudicación de los derechos y obligaciones. Lo normal es que los ordenamientos combinen aleatoriamente estos principios, en el sobreentendido de que tales combinaciones reflejan puntualmente la realización del principio de justicia.
- e) Instauración de poderes públicos con sus respectivas competencias: La necesidad de una serie de autoridades subraya la relevancia que al derecho corresponde como fuente de organización y legitimación de los poderes públicos.

3.2. Las funciones jurídicas indirectas.

El derecho opera también con una serie de efectos que no se desprenden directamente del contenido de las normas jurídicas. En estos casos la determinación de su grado de intensidad y del modo de su producción depende de la peculiar interiorización de las normas jurídicas que puedan realizar los diversos sujetos y de las circunstancias ambientales que rodeen al desarrollo del propio fenómeno jurídico. Son las denominadas funciones indirectas del derecho entre las que destacan las siguientes:

- a) La función comunicativa: El derecho se configura como un conjunto de mensajes que el emisor de las normas jurídicas dirige a su destinatario. A través del cual se transmiten y se reciben deseos, órdenes, informaciones, etc... La función comunicativa presupone la aptitud y la disposición positiva del destinatario del derecho para percibir los mensajes que se le dirigen.
- b) La función orientadora de comportamientos: El derecho opera haciendo que los individuos acomoden sus conductas al modelo prescrito en las normas jurídicas. El sentido de estas conductas dependerá también de la peculiar interiorización del mismo parte de los destinatarios de las normas jurídicas.
- c) La función de control social: Constituye la consecuencia lógica de la anterior. A través de la orientación de los comportamientos individuales el grupo social trata de controlar a sus componentes para que mantengan sus actitudes personales en los términos que estima deseables, disponiendo de los condicionamientos y de la disposición personal del individuo para garantizar la plena realización del control social.
- d) La función de integración social: Se vincula generalmente con la idea de orden. Se sostiene así una interpretación enormemente limitada de la función de integración social que parece desconocer las potencialidades del orden jurídico como instrumento de integración de los individuos para alcanzar objetivos comunes que van más allá de la vivencia pacífica.
- e) La función de resolución de conflictos: No puede decirse que el derecho se baste por si solo para resolver los conflictos. Lo que hace es originarlos, o transformarlos en otros, al proporcionar soluciones insatisfactorias.
- f) La función educativa: Las normas que integran su contenido no se limiten en muchos casos a orientar comportamientos sino también a educar a los ciudadanos en los valores que representan. Entre los elementos que determinan la intensidad con que se manifiesta esta función ocupa un lugar preeminente la peculiar psicología de cada uno de los destinatarios del derecho.
- g) La función legitimadora del poder: Entre las funciones directas del derecho se encuentra la instauración de poderes públicos con sus respectivas competencias. Esta función suele acompañar al proporcionamiento de dosis más o menos amplias de legitimación de los poderes públicos estatuidos. La intensidad dependerá del propio nivel de legitimidad del que goce el ordenamiento jurídico en cuestión.

La restricción de libertad de los individuos: La generalizada opinión de que la libertad representa el máximo valor del ser humano explica el significado negativo de esta función. Su caracterización negativa no supone la deslegitimación de la misma, cuya justificación se hace depender de su operatividad al servicio de la consecución de objetivos que se estiman beneficiosos para todos.

3.3. La función general del derecho.

Tanto las funciones jurídicas directas como las indirectas presuponen la idea de la regulación de la vida social como función general del derecho.

Tema XXVI. Los atributos del derecho.

1. La validez jurídica.

La referencia a la idea de validez de las normas jurídicas nos sitúa ante uno de los puntos cruciales de la teoría del derecho. Que una norma valga jurídicamente significa que integra ese fenómeno que reconocemos con la denominación de derecho objetivo. Podría decirse que una norma jurídica inválida constituye una realidad extrajurídica. Parecería lógico pensar en la existencia de un criterio de validez jurídica que permitiera colegir la identificación de las diferentes normas del sistema. La realidad es muy distinta, no hay un criterio único sino varios criterios de validez que proporcionan soluciones diversas al problema. De ahí que no se presente la validez como un elemento constitutivo de la estructura de cada norma jurídica, se configura como un elemento externo a la misma. Esto hace que cualquier consideración del tema de la validez jurídica deba comenzar con la indicación de los criterios que al respecto se han propuesto. Los tres criterios típicos de validez del derecho son:

- Criterio axiológico o valorativo: Vendría a señalar que las normas jurídicas son válidas en función de su conformidad con determinados valores que presiden al ordenamiento jurídico. Estos valores constituirían así el punto de referencia de la validez jurídica de cada una de las normas. Las tesis del iusnaturalismo ontológico se presentan como el paradigma del criterio axiológico.
- Criterio sociológico: Entiende que las normas son jurídicamente válidas en tanto en cuanto resultan efectivamente aplicadas en la sociedad.
- Criterio formal: Hace depender la incorporación de las normas al ordenamiento jurídico de la presencia de ciertas condiciones formales que refiere el propio ordenamiento jurídico: que la norma haya sido dictada por el órgano competente y con arreglo al procedimiento específicamente habilitado para ello. También se conoce como criterio de validez normativa.

La teoría pura del derecho de Hans Kelsen constituye el prototipo de criterio de validez formal. Con arreglo a esta doctrina todas y cada una de las normas del sistema jurídico encuentran su fundamento en una norma jerárquicamente superior. No le es fácil preservar la coherencia de su teoría sin incurrir en algún tipo de concesión a los postulados que defienden las concepciones sociológica o axiológica. Es el carácter ficticio de la norma fundamental lo que mueve a los críticos de la teoría pura a calificar de inconsistente la tesis Kelseniana sobre la validez jurídica, que apoyaría toda su construcción teórica sobre un dato absolutamente irreal. Enfrentado a esta objeción Kelsen se ve obligado a acudir a un fundamento fáctico para dar a su teoría a solidez necesaria. Irrumpe en este punto la idea de la eficacia del derecho. Kelsen deja hasta cierto punto indeterminado el grado de acatamiento o aplicación que requiere una norma para poder ser considerada válida, sosteniendo la invalidez de las que nunca son acatadas o aplicadas, lo que supone la necesidad de instaurar un plazo temporal entre la entrada en vigor de la norma y el juicio de validez que sobre ella se pudiera establecer. Matizará este último aspecto con la utilización de la noción de posibilidad de la eficacia de las normas jurídicas. Esto parece optar por considerar a la posibilidad de su eficacia como el límite negativa de la validez de las normas jurídicas. Herbert Hart tras reconocer el significado de la validez jurídica como razón de decisión judicial asume que carece de sentido el planteamiento de la cuestión de la validez de la regla de reconocimiento, que constituye un presupuesto del propio concepto de validez jurídica. La solución al problema de la validez jurídica no puede ser advertida correctamente sin deslindar con precisión dos aspectos: la validez de las normas inferiores a la norma fundamental del sistema y la validez del propio sistema jurídico o de su norma última o fundamental. El problema se resuelve con la estricta adopción del criterio normativo o formal. A su vez el segundo problema resulta de imposible solución puesto que el propio cuestionamiento de la norma última o fundamental del sistema jurídico carece por completo de sentido. Conviene tener presente la nítida distinción entre los conceptos de validez jurídica en sentido estricto (lo que antes reconocíamos como validez normativa o formal) y de eficacia jurídica (que se identificaría con lo que denominábamos valdes sociológica), y de legitimidad del derecho (que lo haría con la validez axiológica). Que puedan operar conjuntamente no implica que no tengan que quedar diferenciados sin que ninguno de ellos penetre en la estructura de los otros, entre otras cosas porque la validez jurídica constituye un concepto interno al orden jurídico, en tanto que la eficacia y legitimidad de las normas son conceptos externos.

2. La eficacia jurídica.

Podemos distinguir al menos cinco conceptos diferentes de eficacia jurídica:

a) Con arreglo al primero una norma jurídica sería eficaz en la medida que cumpliera adecuadamente las funciones que le corresponden dentro del ordenamiento jurídico. Sólo una vez asumida la función de la norma en cuestión puede evaluarse hasta qué punto ha conseguido la instauración de la norma jurídica llevarlas a efecto. Por lo demás no es necesario que cada una de ellas desarrolle todas las funciones que le corresponde realizar al ordenamiento jurídico: basta que desarrolle la específica función que en el conjunto del ordenamiento se le asignan. La estimación de un ordenamiento jurídico como ordenamiento eficaz exigiría que desarrollara efectivamente las funciones típicas del derecho.

b) Desde otro punto de vista se señala que una norma jurídica es eficaz en la medida en que realiza los fines que se le asignan en el conjunto de ordenamiento jurídico. En este sentido, el dictamen relativo a la eficacia de las normas jurídicas requeriría la previa determinación del fin o de los fines propios de la norma o normas jurídicas de que se trate. Estos pueden no coincidir con todos y cada uno de los fines generales del ordenamiento jurídico, pero nunca resultar diferente a ellos. A diferencia de lo que sucedía en el caso anterior, la eficacia finalista del ordenamiento jurídico en su consideración global no dispone de un punto de referencia fijo. Los fines del derecho constituyen un concepto elástico, susceptible de ser rellenado con cualquier contenido. No podemos olvidar que han proliferado y proliferan ejemplos de ordenamientos jurídicos no sólo injustos, sino que responden a la expresa voluntad de un poder establecido que desea instaurar un ordenamiento injusto. Hablaríamos pues de ordenamientos jurídicos finalistamente eficaces en la medida en que se dé una correspondencia entre los fines supuestos y los resultados alcanzados con la instauración de los referidos ordenamientos jurídicos.

c) Una tercera concepción mide el grado de eficacia de las normas jurídicas sobre la base del nivel de interiorización por parte de sus destinatarios. En la interiorización del carácter obligatorio de las normas jurídicas influyen circunstancias de muy diversa índole. De ahí que, en la perspectiva de esta concepción teórica, la determinación del grado de eficacia de las normas jurídicas constituya un trabajo de psicología social.

d) La cuarta concepción entiende que las normas jurídicas son eficaces en la medida en que los ciudadanos acomodan sus comportamientos al modelo prescrito por ellas (en la medida en que las obedecen efectivamente) Esto presupone su eficacia con arreglo al criterio anterior.

e) Finalmente, la quinta concepción considera eficaces a las normas jurídicas que o bien son directamente obedecidas por los ciudadanos, o bien dan lugar a la puesta en funcionamiento del mecanismo de la sanción que el propio ordenamiento prevé a tal efecto. En ésta concepción el juez asume un protagonismo de primer orden en la vida jurídica y también la estimación de una norma jurídica eficaz presupone la de su carácter vinculante.

Es esta última acepción la que mejor acogida ha encontrado entre los teóricos del derecho en parte porque presupone a los dos anteriores y en parte por su capacidad explicativa del funcionamiento del fenómeno jurídico. Con estas premisas no puede extrañar que algunos teóricos hayan podido entender que la ineficacia del sistema jurídico conlleva la pérdida de su propia identidad como tal.

3. La legitimidad del derecho.

La legitimidad de las normas jurídicas supone la adecuación de la regulación que imponen a unos fines que se consideran éticamente relevantes. Los valores jurídicos constituirían el punto de referencia del contenido normativo a los efectos de la evaluación de su legitimidad. Las dificultades surgen a la hora de determinar cuál es el contenido normativo que puede considerarse legítimo. Las elucubraciones doctrinales sobre el

contenido de cada valor y sobre las soluciones a adoptar en los supuestos de colisión de valores no han podido despejar las incógnitas que plantea el problema. Más bien al contrario, han contribuido en ocasiones a incrementar la confusión en un tema que es sentido como decisivo. Y es que resulta paradójico que no existiendo un acuerdo acerca de las condiciones que hacen a un derecho legítimo, la toma de conciencia de la necesidad de resolver la cuestión se haya canalizado a través del sentimiento generalizado de repulsión ante los aberrantes efectos sociales que los ordenamientos ilegítimos pueden llegar a ocasionar. De ahí la necesidad de llamar la atención acerca de la conveniencia de que nuestras opiniones se confronten con las de los demás. A este esquema responde la creciente sustitución de un planteamiento esencialista de la legitimidad del derecho por otro de corte procedimental que vislumbra en la operatividad de las instituciones de la democracia representativa el instrumento idóneo para alcanzar compromisos generales. Por tanto se institucionaliza el principio de legitimidad formal. No puede resultar errónea la consideración de un sistema jurídico que reúna estas condiciones como un sistema legítimo, aunque se trate de una legitimidad puramente formal. La relevancia de la cuestión que nos ocupa exige una respuesta al tema de la legitimidad material el derecho. Lo que el principio de legitimidad democrático-material viene a reivindicar es la necesidad de superar las insuficiencias de la democracia formal tomando, buena nota, del carácter ilusorio de cualquier realización democrática material. Para que una decisión pueda considerarse materialmente democrática se precisa que los individuos que participan en ella estén en condiciones de opinar libremente, pero para poder opinar libremente hace falta la eliminación de todos los condicionamientos que puedan contaminar nuestra opinión. Mochos son eliminables, pero hay otros que no lo son. De ahí que el derecho constituya una decisión siempre condicionada porque condicionadas están las voluntades que contribuyen a formarlo. La democracia pierde en esta concepción sus connotaciones de resultado para presentarse como un proceso dinámico que supera sus insuficiencias en la facilitación de la obtención de mayores cotas de libertad individual que redunden en decisiones colectivas más libres y democráticas.

Tema XXVII. Los saberes jurídicos.

1. La relación entre los saberes jurídicos.

La versión más típica de la teoría tridimensional del derecho suele atribuir a la ciencia del derecho la competencia para analizar el aspecto normativo, a la sociología jurídica el aspecto fáctico y a la filosofía del derecho el aspecto valorativo. Esta distribución permite reconocer la singularidad de cada uno de estos saberes jurídicos. Aunque este esquema se ha visto alterado con la entrada en escena de otros aspectos del derecho cuyo examen requeriría la identificación de nuevos saberes jurídicos no puede ocultarse la indiscutible reputación de que goza entre los analistas del derecho. El reconocimiento de las peculiaridades de cada uno de ellos no debe, auspiciar la utilización por separado de sus potencialidades explicativas. El verdadero sentido de cada saber jurídico particular sólo se alcanza desde el punto de vista de la totalidad.

2. La ciencia del derecho.

La ciencia del derecho opera sobre la base que le proporcionan las normas jurídicas. El científico del derecho se presenta en buena medida como un intérprete del derecho. Hay que entender que el científico jurídico por lo tanto produce derecho, aunque esta producción carezca del carácter oficial que tiene la que realizan los órganos judiciales. En la labor del científico del derecho se solapan dos funciones diferentes: de un lado, una función descriptiva del derecho (Hacerlo cognoscible a los demás) y de otro, una función prescriptiva (definir cuál debe ser el modo correcto en que han de entender sus destinatarios el conjunto de normas que lo integran) La ciencia del derecho cumple también en ocasiones una función crítica descubriendo los supuestos de incoherencia normativa que aconsejan la modificación de algunas de las normas del sistema jurídico. En su afán descriptor del derecho vigente el científico del derecho busca identificar las estructuras normativas básicas del sistema que examina y los principios que permiten alcanzar su comprensión. Este propósito se ve obstaculizado por las peculiaridades del fenómeno jurídico. Frente a las ciencias naturales, que tienen por objeto a los acontecimientos naturales, se distinguen las ciencias culturales que asumen por objeto a los actos humanos y por lo tanto es donde puede tomar acomodo la jurisprudencia. La distinción entre ciencias

naturales y culturales ha encontrado eco en nuestros días, reconociéndose la posibilidad de conocimientos científicos que no pueden entenderse presididos por las notas de verificabilidad y neutralidad que distinguen a las ciencias naturales. Tampoco podemos deducir de lo dicho que la jurisprudencia tenga que constituir un saber científico, porque lo único que hace la distinción entre ciencias naturales y culturales es apuntarlo como simple posibilidad. Para poder adjudicarle ese calificativo a la jurisprudencia habrá que comprobar minuciosamente si cumple con todos los requisitos imprescindibles. Ello no ha impedido que los juristas consideren a la jurisprudencia como un conocimiento auténticamente científico. Contra esto hay un determinado sector doctrinal empeñado en demostrar la inconsistencia del trabajo de los juristas. Los argumentos de mayor envergadura son:

- La hipotética ciencia jurídica no puede llegar a predecir los efectos que producirán las normas jurídicas por requerir éstas la realización e una labor interpretativa cuyos resultados son imprevisibles.
- La hipotética ciencia jurídica carece de base empírica al operar con nociones ideales.

De un lado, no está tan claro que los resultados de la interpretación jurídica resulten absolutamente imprevisibles. Toda interpretación se realiza en un determinado contexto cultural, lo que contribuye a reducir la posibilidad de interpretaciones insólitas. Tampoco puede asegurarse que la falta de referencia semántica de los conceptos que utiliza la ciencia del derecho sea exclusivamente predicable de ella. Así las cosas, no parece que pueda cimentarse la falta de carácter científico de la jurisprudencia (ciencia del derecho), pero tampoco puede aseverarse la conclusión contraria. Todo depende del concepto de ciencia que se use en cada circunstancia. Por tanto como conclusión definitiva absolutamente objetiva: el carácter artificial de la polémica que no hace más que ocultar la relevancia que haya de corresponder al trabajo de los juristas. Tal vez fuera por ello conveniente replantear el problema en términos de utilidad. En este punto si encontraremos una mayor coincidencia entre los diferentes analistas al entender que la jurisprudencia cumple al menos las tres funciones antes referidas: descriptiva, prescriptiva y crítica.

3. La sociología jurídica.

La sociología del derecho atiende a la consideración del derecho como hecho social, y se ocupa en general de las relaciones que median entre el derecho y la sociedad. La sociología del derecho presenta una estampa bifronte como sociología del derecho teórica (preocupada de problemas generales) y como la sociología del derecho empírica (se traduce en la realización de investigaciones utilizando los métodos propios de la psicología general. El sociólogo del derecho analiza los hechos y circunstancias sociales que hacen aconsejable introducir normas en el ordenamiento jurídico, o modificar o derogar algunas de las ya existentes. El dato de que la evolución social resulte impredecible provoca siempre un cierto desfase en la regulación jurídica. El derecho se ve condicionado por las transformaciones sociales al mismo tiempo que constituye él mismo un instrumento de transformación social. El sociólogo del derecho asume también la función de determinar el nivel de eficacia de las normas jurídicas y de realización de los objetivos que con su instauración se perseguían, así como el grado de funcionamiento de las instituciones jurídicas. La dimensión empírica de la sociología del derecho ha hecho que se reivindique para ella el carácter de auténtica ciencia del derecho. Se pone así en cuestión el significado de la tripartición disciplinar que realizaban los representantes de la teoría tridimensional del derecho.

4. La filosofía del derecho.

No puede decirse que exista una absoluta unanimidad a la hora de fijar los campos de acción de esta disciplina. Esta diversidad temática obedecía fundamentalmente a los diferentes posicionamientos teóricos que se sostenían acerca de su naturaleza. Son fundamentalmente dos: por un lado, el de quienes consideran a la filosofía del derecho como una filosofía aplicada cuyos métodos no diferirían de los de la filosofía general, y por otro lado, el de quienes entienden a la filosofía del derecho como la reflexión del derecho que nace y se desarrolla en el ámbito del positivismo jurídico. Esta última tesis parece preferible porque permite

comprender al derecho como una realidad enormemente compleja. Ubicados en esta perspectiva se distinguen al menos tres campos temáticos diferentes de la filosofía del derecho:

- a) La axiología jurídica: Vendría a delimitar los valores que debe seguir el derecho.
- b) La teoría de la ciencia jurídica: Constituiría un análisis de los métodos que utilizan los juristas para interpretar y exponer el conjunto de normas que componen el sistema jurídico.
- c) La teoría del derecho, que algunos la hacen coincidir con la teoría general del derecho entendiéndola como el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales que se deducen del contenido normativo de los diferentes sistemas jurídicos y otros reducen al conocimiento del ser del derecho. Esta última tesis conduce a resultados incompatibles con el estatuto de la teoría general del derecho.

La filosofía del derecho vendría a resaltar el punto de problematicidad que acompaña siempre al fenómeno jurídico y a cualquier reflexión general sobre el derecho. De ahí la necesidad de comprender el sentido general del fenómeno jurídico.

5. La teoría general del derecho.

Constituye el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales. Se discute su pertenencia al campo temático de la ciencia del derecho o de la filosofía jurídica. A favor de la primera solución se argumenta que la teoría general del derecho opera con normas y no con valores. Sin embargo se ubicará en la filosofía jurídica. Y ello por la imposibilidad manifiesta de disociar completamente en este punto el aspecto normativo y el aspecto valorativo del derecho.