

Col·lecció Manuals/7

# **NOTAS DE TEORÍA DEL DERECHO**

**Paloma Durán y Lalaguna**



**DURÁN Y LALAGUNA, Paloma**

Notas de teoría del derecho / Paloma Durán y Lalaguna. - Castelló de la Plana : Publicacions de la Universitat Jaume I, D.L. 1997

p. : cm. - (Manuals ; 7)

Bibliografia

ISBN 84-8021-170-9

1. Dret-Filosofia. I. Universitat Jaume I (Castelló). Publicacions de la Universitat Jaume I, ed. II. Títol. III. Sèrie

340.12

Cap part d'aquesta publicació, incloent-hi el disseny de la coberta, no pot ser reproduïda, emmagatzemada, ni transmesa de cap manera, ni per cap mitjà (elèctric, químic, mecànic, òptic, de gravació o bé de xerocòpia) sense autorització prèvia de la marca editorial.

© Del text: Paloma Durán y Lalaguna, 1997

© De la present edició: Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997

Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I  
Campus de la Penyeta Roja. 12071 Castelló de la Plana

Imprimeix: Graphic Group S.A.

Dipòsit legal: CS-454-97

ISBN: 84-8021-170-9



*Para mis alumnas/os  
de la Universitat Jaume I,  
por lo aprendido y enseñado*



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	11
--------------------	----

## PARTE I. CONCEPTO DE DERECHO

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO .....	17
La necesidad del Derecho en la sociedad .....	19
Las dimensiones del Derecho .....	24
1. Aspecto normativo .....	25
2. Aspecto fáctico .....	25
3. Aspecto valorativo .....	26
Las relaciones entre eficacia, legitimidad y validez .....	26
CAPÍTULO II. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO .....	31
Medios de conocimiento del Derecho .....	35
1. La ciencia jurídica .....	35
2. La filosofía jurídica .....	38
3. La sociología jurídica .....	39
Consideración histórica del fenómeno jurídico .....	40
Las diferentes vías de interpretación del Derecho .....	43
CAPÍTULO III. DEFINICIÓN DEL DERECHO. ....	47
La alteridad, como criterio sustantivo del Derecho .....	50
El Derecho como forma de organización y como sistema normativo .....	54
Las funciones del Derecho .....	56
CAPÍTULO IV. DERECHO Y MORAL .....	61
Diferencias y coincidencias entre ámbito jurídico y moral .....	66
1. Pensamiento de la antigüedad .....	67
2. Pensamiento clásico-cristiano .....	68
3. La Ilustración .....	70
4. Planteamiento actual .....	73

Tipología de la moral e implicaciones respecto al Derecho .....	77
1. Moral de conciencia o autónoma .....	77
2. Moral trascendente .....	79
3. Moral social .....	81
La objeción de conciencia .....	86
Criterios de definición de la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico español .....	87
La ética jurídica .....	88

<b>CAPÍTULO V. DERECHO Y PODER</b> .....	91
Las relaciones entre el Derecho y la Política .....	94
La definición jurídica de la sociedad democrática .....	97
El Estado de Derecho .....	99
La desobediencia civil .....	102
1. Presupuestos .....	102
2. La acción directa y la democracia. Un apunte sobre el terrorismo .....	103
3. Qué es la desobediencia civil? .....	107

<b>CAPÍTULO VI. DERECHO Y ECONOMÍA.</b> .....	109
Las relaciones entre Derecho y economía .....	112
Sistema socialista y sistema capitalista .....	115
El análisis económico del Derecho .....	116
La versión crítica del análisis económico .....	117
El nacimiento del comunitarismo .....	118

<b>CAPÍTULO VII. DERECHO Y CULTURA</b> .....	119
Las relaciones entre Derecho y cultura .....	121
Los fenómenos culturales y la respuesta jurídica .....	123
La función de las instituciones .....	124
Breve estudio de la marginación: entre la injusticia y la incultura. Tipos de marginación .....	126

## **PARTE II. CIENCIA Y TEORÍA DEL DERECHO**

<b>CAPÍTULO VIII. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN</b>	
<b>DE LA CIENCIA DEL DERECHO</b> .....	133
Balance histórico .....	135
1. La crisis de la ciencia del Derecho .....	137
2. Recapitulación .....	138
Las ramas del Derecho. Objeto de estudio y competencia .....	140

1. Derecho Público .....	141
2. Derecho Privado .....	143
3. Otros supuestos .....	144
La configuración de la teoría del Derecho .....	145

<b>CAPÍTULO IX. EL DERECHO COMO NORMA .....</b>	<b>147</b>
La norma jurídica .....	149
Tipología de la norma .....	151
Elementos de la norma .....	156
Destinatarios de la norma .....	157

<b>CAPÍTULO X. EL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO. ....</b>	<b>159</b>
Ordenamiento jurídico y norma fundamental .....	162
Fuentes del Derecho .....	163
La jerarquía normativa .....	167
1. Ley .....	168
2. Costumbre .....	172
3. Principios generales del Derecho .....	173

<b>CAPÍTULO XI. LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....</b>	<b>175</b>
La plenitud del ordenamiento jurídico y las lagunas .....	177
Interpretación y aplicación de las normas jurídicas .....	178

### **PARTE III. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES**

<b>CAPÍTULO XII. LOS FINES DEL DERECHO .....</b>	<b>183</b>
Las propuestas de algunos autores .....	185

<b>CAPÍTULO XIII. La persona en el Derecho .....</b>	<b>207</b>
Concepto de persona .....	209
Clases de persona. Personalidad jurídica .....	210
Los derechos subjetivos .....	212
El reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales .....	214
1. Posibles interpretaciones .....	214
2. La propuesta española .....	215
Los nuevos sujetos de derechos .....	217

<b>CAPÍTULO XIV. RELACIÓN JURÍDICA Y PROPIEDAD .....</b>	<b>220</b>
Definición y elementos de la relación jurídica .....	221

Tipología de la relación jurídica .....	226
La propiedad .....	227
1. La doctrina sobre propiedad .....	227
2. El ordenamiento jurídico español .....	229
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	231



# INTRODUCCIÓN



**L**A FINALIDAD de estas NOTAS DE TEORÍA DEL DERECHO es fundamentalmente pedagógica. Se trata de facilitar a los alumnos/as un punto de referencia para asimilar mejor las explicaciones a lo largo del curso académico.

Precisamente por tratarse de unas notas, este trabajo no pretende agotar todo el contenido de la asignatura Teoría del Derecho, que se explica en el primer curso de la licenciatura en Derecho; en el caso de la Universitat Jaume I, en el primer semestre. Se trata más bien de tener una guía para facilitar el estudio de la parte teórica, teniendo en cuenta que las clases prácticas requieren de un material específico.

Se han incluido algunas referencias bibliográficas, al final del texto. Con ellas, se pretende ofrecer a los/as alumnos/as, algunos manuales y textos de la asignatura, sin que tampoco con ello se intente un balance detallado de las fuentes documentales existentes en el ámbito jurídico español. Máxime cuando junto a los manuales generales, habría que incluir los estudios monográficos sobre cada uno de los temas tratados, lo que excede de la finalidad aquí buscada.

El trabajo está dividido en tres partes. En la primera, se propone un intento de definición del Derecho. Para conseguirlo, se explican primero las referencias iniciales del fenómeno jurídico, así como los elementos que especifican al Derecho respecto a los demás ordenes normativos. Una vez planteados los fundamentos del Derecho, se desarrolla una explicación comparativa entre orden jurídico, y ordenes moral, político, económico y cultural.

La segunda parte despliega una visión general sobre la Teoría y la ciencia del Derecho, analizando la estructura interna del Derecho, en donde se sitúa como pilar básico el ordenamiento jurídico español.

Obviamente, esta visión es general, ya que algunos de los temas tratados, como la interpretación y aplicación del Derecho, o los criterios de resolución de lagunas, se explican de modo más minucioso en el contexto del Derecho civil; a pesar de ello, se han mantenido las explicaciones relativas a estos puntos, para evitar una propuesta fragmentaria del Derecho, teniendo en cuenta que nos encontramos en el intento de ofrecer una guía al alumno/a.

Estas dos partes se completan con una tercera, donde se analizan lo que hemos llamado conceptos jurídicos fundamentales, entre los que se incluyen —sin mencionarlos todos— el concepto de persona, los derechos subjetivos, la propiedad y la relación jurídica.

Esta propuesta de estudio tiene carácter provisional, en la medida en que la relación temática está ahora condicionada por la revisión de los nuevos planes de estudio, y la posible modificación de créditos. Por ese motivo, quizá no es el momento oportuno para ofertar un texto definitivo a los alumnos/as.

Y esto justifica la dimensión de «notas» que se ha dado a estos temas, algunos de los cuales se completarán en las explicaciones de clase; y en todo caso, con los créditos prácticos.

Con todo, pienso que este material puede facilitar el estudio de la asignatura Teoría del Derecho, y ofertar claves de interpretación para comprenderla y asimilarla con el rigor que merece. Agradezco a los alumnos y alumnas de la Universidad Jaume I, el trabajo compartido durante los últimos años. Y especialmente mi agradecimiento va dirigido a los profesores Ignacio Aymerich y Susana Fernández Santana.



**PARTE I**

**CONCEPTO DE DERECHO**





# **Capítulo I**

## **Introducción al estudio del Derecho**







**P**ROBABLEMENTE uno de los mayores obstáculos con los que se encuentra el estudiante de Derecho al empezar su carrera es el lenguaje jurídico. Muchos de los términos que habitualmente se usan al explicar los resortes legales de una sociedad no pertenecen al lenguaje común. Y de hecho se requiere de los «técnicos» para interpretar el lenguaje del Derecho. Sin embargo, esta necesidad de la técnica jurídica no impide cuestionar por qué aparece el Derecho, y sobre todo qué necesidad hay del Derecho en el contexto social.

Nótese que se está hablando del Derecho, y *no* de las normas jurídicas. Seguramente es importante esta distinción, porque resulta obvio que para organizar la convivencia del grupo social es necesaria la existencia de unos criterios de organización. Y a esos criterios, o pautas de conducta se les puede llamar normas jurídicas.

Lo que sucede es que el hecho de calificar esas normas como «jurídicas» nos lleva directamente a la cuestión del por qué el calificativo. Y por ello, hay que analizar qué razones justifican la existencia de eso que llamamos Derecho. Y muy prioritariamente qué es el Derecho.

El esquema de este tema obedece en primer lugar a la pregunta de por qué el Derecho; en segundo, a la cuestión del desarrollo del Derecho en el grupo social; y por último a la cuestión de si efectivamente es posible o no hablar de la experiencia jurídica, y en su caso, qué elementos certifican ese calificativo de lo jurídico.

## **La necesidad del Derecho en la sociedad**

Prácticamente en todas las asignaturas de este primer curso se están explicando los conceptos introductorios del Derecho. Todos ellos tienen un carácter instrumental, porque en definitiva van a servir para entender el ordenamiento jurídico español. Pero hay que dar un paso más, y cuestionar cuál es la finalidad de dicho ordenamiento. En definitiva, las leyes existen para ordenar la sociedad. Pero el cumplimiento de la

ley no es una finalidad en sí misma considerada. Se cumple la ley porque con ello se puede conseguir un orden. Y se quiere conseguir un orden porque se entiende que hay que respetar a todos los demás miembros de la sociedad. Ese respeto a los demás es lo que tradicionalmente se ha entendido por JUSTICIA. Y en definitiva, el origen y nacimiento del Derecho encuentra su justificación en el famoso *adagio* de Ulpiano: la justicia consiste en dar a cada uno aquéllo que es suyo.

El problema es calibrar qué criterios miden lo que es de cada uno dentro de un contexto social, pero a ello intentaremos atender a lo largo de esta asignatura.

La finalidad prioritaria de todo nuestro estudio es constatar que cualquier concepción del Derecho requiere una concepción del hombre y de la sociedad sobre la que apoyarse.

Cuando, por ejemplo, se aprueban normas para regular cómo van a ser los carriles de los autobuses, lo que prima en la elección son criterios de oportunidad o de conveniencia política. Pero sin embargo, cuando hay normas jurídicas que van a proteger bienes propiamente humanos —como la libertad de expresión o el derecho a la educación o el derecho a vivir— hay que clarificar el contenido de esos bienes que requieren de una protección jurídica.

En todo caso, lo cierto es que este tipo de normas lo que regula es la conducta humana, y por ello, es necesario que exista una idea acerca de qué se entiende por lo humano, en tanto destinatario de Derecho, y justificación del mismo.

Esto significa que existe una relación directa entre lo jurídico —que sería la propia norma— y aquéllo que se hace objeto de lo jurídico, que sería la conducta humana.

Hasta hace relativamente poco tiempo, la necesidad del Derecho se concretaba en un debate entre el llamado positivismo, y el iusnaturalismo. La necesidad del Derecho estaba justificada desde una concepción estrictamente jurídico-legal (en el primer caso) o desde una visión que algunos han calificado de fundamentalista.

Lo cierto es que tanto en un caso como en otro lo que se analizaba no era por qué es necesario el Derecho en la vida de una sociedad, sino más bien cómo se entiende el Derecho en la vida de una sociedad. Los positivistas entendían que no se puede hablar de Derecho si no estamos en el orden del Derecho positivo, de manera que aquéllo que no está positivizado en una norma, no pertenece al ámbito de lo jurídico. Los iusnaturalistas por su parte, admitían que el Derecho positivo no era sino una confirmación del llamado Derecho Natural, cuya definición no estaba clara, pero sí su fundamento que encontraba su origen último en la condición del hombre como criatura y por tanto como dependiente.

El debate requiere de una explicación más detallada, que daré en su momento, pero por ahora nos sirve para confirmar que hay que centrar el tema.

Si por Derecho se entiende un conjunto de normas que coordinan y regulan la vida de una sociedad, parece que sí es necesario. Las preferencias de cada sujeto re-

quieren un acoplamiento a los demás, en la medida en que el sujeto no vive sólo. Hay servicios y trabajos que exigen la colaboración de todos los miembros de una sociedad; y además el ejercicio de la libertad individual no se hace posible si no es desde el presupuesto de una igualdad. Pero la igualdad siempre necesita un parámetro respecto al que plantear esa condición igual. De una manera genérica podría decirse que es necesario un orden para vivir en sociedad.

Así planteadas las cosas, podría decirse que el Derecho es fundamentalmente una técnica que coordina y organiza la vida en sociedad. Pero esta definición no agota la realidad del Derecho. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la regulación de la conducta es una acción instrumental dirigida a un fin que es el respeto a todos los miembros de esa sociedad.

De otra manera, estaríamos ante una clara incoherencia. Salvando las distancias podríamos poner un ejemplo que puede iluminar la argumentación.

Si un decorador recibe el encargo de preparar una casa de campo, lo lógico parece que es saber primero las medidas de la casa, el número de personas que va a habitar en ella, el presupuesto económico que se pretende invertir, la procedencia de esa familia, el lugar donde estará situada la casa. etc. Si esas medidas no se tomaran previamente, la decoración no sería viable. El decorador podría dedicarse a encargar los muebles que le gustaran, sin contar con que quizá resultan excesivamente caros, o en su caso, excesivamente grandes para la proporción de la casa. Puede que incluso el decorador, una vez establecidos los muebles que necesita, los deje todos amontonados de manera desproporcionada en una habitación, o puede que los distribuya de una manera agradable.

En el ámbito jurídico, puede suceder algo parecido. Para estudiar el fenómeno jurídico, hay que contar previamente con el destinatario, es decir, el individuo; con la sociedad concreta en la que vive; con la cultura en la que se desarrolla; y fundamentalmente con los bienes más mínimos, que lo definen como racionalidad instrumental.

Si el Derecho prescindiera de todos esos datos, estaríamos ante una errónea decoración de la sociedad. Sobre todo, porque la finalidad de la decoración no es sin más poner unos muebles, sino que adecuados a los que van a vivir en ella, resulten confortables.

Por todo ello, la necesidad de las normas jurídicas y de la regulación de la conducta del hombre en sociedad parece obvia. Los colectivos requieren de unos criterios de organización y funcionamiento, atendiendo a la finalidad que persiguen.

Otra cosa diferente es el sentido que se atribuya al Derecho, o el fin con el que se mire. Pero su necesidad parece salvada. Habría que analizar, sin embargo, cuál es la descripción fenomenológica del Derecho, puesto que si su necesidad está clara, hay que buscar el momento de su aparición en la sociedad.

No es fácil determinar en qué momento aparece el Derecho y de hecho, recibe calificaciones diversas que situarían su comienzo en diferentes momentos. Por ello, no

parece erróneo afirmar que no hay una aparición uniforme del fenómeno jurídico, sino que más bien éste se entiende como una cobertura, cuyo contenido vendría determinado por el grupo social en el que ese Derecho se aplica.

Lo que caracteriza la vida del hombre es que viene regida por el carácter de libertad. El hombre se presenta como un ser capaz de hacerse, en el que no todo está dado desde el principio. La vida del hombre es de algún modo *un proyecto*: y en ello está el riesgo que debe asumir. Y parte de esta realidad es que el hombre vive en una sociedad concreta; no sólo coexiste, porque coexistir es un hecho meramente físico, sino que vive en relación. Por eso, necesita de los demás.

En esta línea, la necesidad de referirse a lo colectivo puede deducirse de dos cuestiones:

1. la necesidad del hombre de interpretar su entorno, cosa que necesita tomar de los demás.

2. a un nivel quizá más vital, la imposibilidad de la subsistencia, y no sólo de satisfacción, de la propia existencia.

De esta manera, el hombre es un ser *en relación con el otro*, que está entendido como *otro yo*, que sirve para autodefinirnos. Es en ese momento cuando se plantea la existencia del Derecho.

La relación con el otro, que a partir de ahora llamaremos *alteridad*, puede presentarse en dos sentidos:

1. desde un punto de vista positivo, atendiendo a esa necesidad de la que hemos hablado.

2. desde un punto de vista negativo, el otro es siempre un alguien del que uno se puede fiar o no; existe por tanto en la relación un margen de inseguridad que sólo se puede paliar con la existencia de un orden que asegura el comportamiento del otro dentro de unos límites, en los que se respeta la esfera de los intereses de cada yo.

Desde este planteamiento, hay una necesidad del Derecho, prácticamente derivada de la propia estructura humana. Por eso, algunos afirman que el Derecho es una exigencia del ser del hombre, superando así los argumentos pactistas, desde Hobbes a Rousseau pasando por Locke.

Aunque aquí vamos a referirnos a lo que el Derecho puede significar en el marco de la realidad social, es preciso señalar que no hay una definición unitaria del Derecho. Siempre que se analiza el fenómeno jurídico hay que contar con las referencias al ordenamiento que se aplica en un régimen político concreto, con una situación económica determinada, con un pueblo que tiene una cultura propia, y por tanto unas instituciones y una tradición específica. Por todo ello, lo que aquí se pueda decir habrá siempre que matizarlo.

La respuesta sobre lo que el Derecho significa en la vida de una sociedad hay que darla desde dos prismas:

1. por una parte, hay que confirmar que cada Derecho está elaborado para un mo-

mento histórico concreto, y para una sociedad concreta. Por tanto, salvo cuando hablamos de bienes esenciales al hombre que todo ordenamiento jurídico deberá proteger, todo lo que afecta al ámbito jurídico se sitúa en el contexto de la pluralidad.

2. por otro lado, la respuesta se puede dar, definiendo el Derecho de diferentes maneras:

a) *como norma*. Habitualmente se entiende el Derecho con un enfoque imperativo, que identifica al Derecho con el mandato de la autoridad política. En esta línea, el Derecho es un orden establecido por la autoridad a través de lo que llamamos normas.

Así se afirma que el Derecho presenta una vertiente eminentemente práctica, como concreción en el texto legal del planteamiento de lo justo.

b) *como ciencia*. Es éste probablemente el sentido más vulgar que se puede dar al Derecho. Tradicionalmente la ciencia jurídica se identificaba con el estudio de la jurisprudencia, que venía a ser la respuesta que el hombre sabio daba a los conflictos concretos que se presentaban. Después del siglo XVIII, los argumentos filosóficos cambiaron la panorámica, y el Derecho como ciencia se identificó con las doctrinas positivistas, a las que volveremos mas adelante.

c) *como facultad, o como hecho*. A ello se atiende en la actualidad a través de la sociología jurídica, que entiende el Derecho como el estudio del hecho social, en la medida en que éste determina la norma jurídica.

(Esta afirmación tiene sus riesgos. La conducta social implica un modo de concebir las cosas, pero esto no quiere decir que todo lo que en una sociedad se viva, tenga que ser considerado desde el punto de vista jurídico. Por ejemplo, el hecho de que en Sicilia la mayor parte de la población pertenezca a la mafia no implica la exigencia de proteger jurídicamente a la organización. Y lo mismo podría decirse del robo, o de la falta de seguridad ciudadana en una sociedad.)

d) *como ideal*. Se enfoca el Derecho de un modo más directo en la perspectiva de la justicia. Por eso se habla de una instrumentalización fáctica de una esfera de valores. Es decir, el Derecho es la vía para la aplicación práctica de determinados valores humanos. Como ya tendremos oportunidad de desarrollar, en algunos casos, como el de nuestro ordenamiento jurídico, esos valores están reconocidos explícitamente dentro del texto de la ley fundamental que es la Constitución de 1978. Su artículo 1,1 señala que los valores superiores del ordenamiento jurídico son la igualdad, la libertad, la justicia, y el pluralismo político.

De este modo, el descubrimiento del fenómeno jurídico pasa por la calificación global, es decir, por entender que el fenómeno jurídico no obedece solamente a una de esas esferas que se han detallado, sino a una visión conjunta, en la que se consideran las distintas repercusiones o posiciones que puede llevar consigo la norma jurídica.

## Las dimensiones del Derecho

La necesidad del Derecho, y el descubrimiento del fenómeno jurídico ha llevado a algunos autores a hablar de la realidad jurídica. Casi como si ésta fuera algo diferente de la propia realidad humana. Como veremos en su momento, el fenómeno jurídico sólo tiene justificación si mantiene sus conexiones con la realidad del grupo social; más aún, si la norma jurídica es efectivamente la cobertura que necesita el grupo para considerar como vinculante un modo determinado de conducta.

Esto significa que ordinariamente, el Derecho despliega su actividad en el marco del grupo social, y siempre de la mano y como consecuencia de las necesidades de ese grupo. Sólo consagrando esa relación se hace posible que la norma sea eficaz, es decir, sea aceptada por el grupo, y por tanto confirmada por el mismo.

Sin embargo, es cierto que el proceso de conexión de la realidad con la norma jurídica concreta no surge de repente, aunque tampoco es consecuencia de un extenso proceso.

Fundamentalmente se trata de analizar cuál es el *iter* que se sigue desde el momento en el que se descubre la necesidad del Derecho, hasta que éste se individualiza en una norma determinada.

La admisión de este proceso no es universal. No son pocos los autores que entienden que todo el Derecho es una consecuencia de los objetivos políticos que hay en esa sociedad. Y efectivamente es así, *pero no solo así*. El ámbito jurídico y el político proponen dos ordenes normativos, que aunque ofrecen conexiones, no se identifican plenamente.

En cualquier caso, la afirmación de que la realidad humana requiere un proceso hasta llegar a la norma es lo que ha llevado a la afirmación de la denominada *experiencia jurídica*.

El proceso por el que se se llega a hablar de esta experiencia jurídica vendría a ser como sigue:

- una determinada sociedad plantea una cuestión concreta que hay que resolver: por ejemplo, se afirma que en España hay un grave problema de seguridad ciudadana, y que con frecuencia se cometen robos en todo el territorio. Hay por tanto un *hecho* que hay que solucionar de una manera. O si se prefiere, hay una necesidad determinada dentro de ese grupo social.

- ese hecho, reclama una solución precisamente porque hay un bien que la sociedad entiende como tal, y que no se está respetando. En este caso concreto, se trata de la propiedad, que es considerada como un valor o más correctamente como un *bien* a proteger.

- la elaboración de una *norma* para sancionar las conductas contrarias a la protección del bien requiere de una forma concreta, que en todo caso dará fuerza jurídica a ese modo de conducta. El carácter normativo será la dimensión última y definitiva del proceso de la experiencia jurídica.

Con esto lo que se confirma es que el Derecho no aparece sin motivo, y que su desarrollo no resulta arbitrario, sino más bien hay que señalar que la experiencia jurídica conecta con la realidad humana precisamente porque ésta es su origen.

Por ello, las distinciones mantenidas sobre diferentes ordenamientos jurídicos, o las relaciones que frecuentemente se invocan, como si la realidad jurídica pudiera entenderse independiente de la humana, no obedecen a la realidad.

Una cosa es que a efectos de sistemática se mantenga la distinción entre ámbito humano y ámbito jurídico, y otra cosa muy distinta es asumir como válida una distinción que no puede ser real.

Y no puede serlo porque el origen del Derecho está en la sociedad, y como consecuencia en la protección de unos bienes que la sociedad entiende como tales. Todo lo que exceda de ese esquema no responde a lo que se entiende como realidad social.

Junto a ello, esa triple dimensión —el hecho, el bien, la norma— requiere de una atención a la vertiente del Derecho en la que se está haciendo hincapié.

1. la atención al *aspecto normativo* plantea la cuestión de la validez del Derecho. Se entiende que el Derecho es válido cuando se cumplen las características formales que hacen que una norma tenga el calificativo de jurídica.

Esas características plantean dos cuestiones importantes:

a) la competencia de los órganos que dictan la norma. Dicha competencia se refiere al quién puede dictar la norma. Obviamente no cualquiera puede hacerlo, y por eso se afirma que hace falta una competencia orgánica. Es decir, tiene que ser un órgano con competencias quien elabora dicha norma. Y esa distribución de competencias viene propuesta en el texto legal.

Junto a ello, es necesario respetar la denominada competencia material: no da los mismo elaborar una norma para regular por donde irán los carriles del autobus en Benicasim, que una norma para establecer los criterios a aplicar en la elaboración de los estatutos de autonomía.

b) el proceso de elaboración y reconocimiento de la norma jurídica. Dicho proceso hace referencia al cómo elaborar la norma. En este punto, es condición imprescindible respetar y seguir escrupulosamente el procedimiento de elaboración que esté contenido legalmente. Y al mismo tiempo, es también necesario respetar el principio de legalidad e incompatibilidad de la norma jurídica, en definitiva no vulnerar el principio de jerarquía normativa. Esto significa que la norma posterior deroga la anterior cuando se cumplen los requisitos, y teniendo en cuenta la cuestión de la competencia a la que nos hemos referido.

2. el *aspecto fáctico*, es decir, la necesidad que hay de solucionar jurídicamente un problema plantea el tema de la eficacia de las normas jurídicas, es decir, la aceptación o no de las mismas por parte del grupo. Habitualmente, la norma es aceptada cuando obedece a una necesidad social concreta, aunque también aquí hay que hacer algunas matizaciones.

Con todo, la eficacia, o este aspecto fáctico, pone en relación la necesidad de la norma para solucionar una cuestión de hecho, y el cumplimiento de esa norma por parte del grupo.

En este ámbito, la norma puede llegar a ser ineficaz porque no se aplica, porque se incumple, o porque de entrada la norma no es aceptada. En todos estos casos, se está teniendo en cuenta la repercusión de la norma en el contexto del grupo social.

Es fácil deducir que el elemento de la aceptación es importante, o más que la aceptación, el hecho de que las normas sean elaboradas precisamente porque se plantean como necesarias y por tanto se evidencia que el Derecho surge como una necesidad posterior a las necesidades del grupo.

En todo caso, la referencia a la eficacia, no es criterio suficiente para definir todo el Derecho, y por ello se confirma la necesaria conexión entre el hecho, el bien que se protege, y la forma jurídica por la que se opta.

3. el *aspecto valorativo*, si se puede calificar así, plantea cuál es el bien que se trata de proteger al dar forma jurídica a una determinada conducta. Sin entrar en la polémica acerca de la justificación del Derecho, resulta universalmente admitida la idea de que el ordenamiento jurídico (por tanto las normas que se aplican en una sociedad) responde al intento de conseguir unos determinados bienes o valores.

El ordenamiento jurídico español asume este planteamiento, y por ello, el artículo 1,1 de la Constitución de 1978 establece que los *valores superiores* de nuestro ordenamiento jurídico son la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.

Esos serán no sólo los objetivos de todo nuestro Derecho, sino también la justificación última de las normas jurídicas, y los elementos de interpretación. De ahí que se haya originado una importante polémica, puesto que mientras la mayoría de los civilistas tienden a identificar esos valores con los principios generales del Derecho, el legislador los interpreta de un modo mucho más amplio.

De cualquier modo, y con independencia de la naturaleza jurídica que se predique de tales valores, lo que puede afirmarse es que todas las normas jurídicas responden al esquema de protección de determinados bienes, o en su caso, al intento de que el Derecho no quede reducido a su expresión formal, y por tanto haya unos baremos mínimos para perfilar el contenido de la norma.

## Las relaciones entre eficacia, legitimidad y validez

Los tres elementos a los que nos venimos refiriendo —hecho, bien, y norma— resultan claros a la hora de definirlos. Pero en la práctica, pueden plantearse, y de hecho se plantean, algunos conflictos en torno a la conexión de esas tres referencias.

Podríamos hacer un esquema de las relaciones entre la eficacia, la justicia y la validez de la norma jurídica. Para ello no vamos a considerar las apreciaciones que se



pueden haber llevado a cabo desde el punto de vista histórico. Simplemente se trata de constatar que por la vía de los hechos, hay muchas ocasiones de conflicto, entre las necesidades reales que se plantean dentro del grupo, la forma concreta que hay que dar a la regulación de esas necesidades, y el bien que se trata de proteger.

Como en todo conflicto, las posibilidades de solución suelen ser plurales, pero nosotros vamos a centrarnos en el establecimiento de unos parámetros que puedan al menos facilitar la solución del caso concreto.

Estableceremos primero las posibles dificultades, y a continuación propondremos posibles vías de solución.

Las posibilidades de conflicto se pueden plantear en los siguientes casos:

**1. Norma injusta, pero válida.** Se da en aquellos supuestos en los que una norma reconocida formalmente, no cumple los requisitos de respeto a algunos de los bienes humanos. Por ejemplo, antes de la reforma del sistema matrimonial español, se establecía legalmente una distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, según que hubieran nacido dentro o fuera del matrimonio. Dicha distinción no implicaba sin más un calificativo, sino que llevaba consigo el rechazo de derechos hereditarios para el hijo nacido fuera del matrimonio. Este modo de conducta, aunque estuviera consentida formalmente derivaba en una clara situación de discriminación respecto al llamado hijo ilegítimo.

Un ejemplo de norma válida pero injusta sería el de la política china de planificación familiar, de acuerdo con la cual las parejas sólo pueden tener un hijo; y en algunos casos, si se detecta que el no nacido es una niña, puede obligarse a la mujer a abortar. La injusticia vendría en primer lugar por lo que supone el aborto; en segundo por la imposición a la mujer de semejante conducta; y también por la discriminación respecto a la mujer.

Otro caso aquí discutible sería el de la esterilización de incapaces, que en nuestro país se presentó como parte del plan de igualdades de la mujer. Dicho plan justificaba la esterilización, señalando que también las personas con esa limitación de incapacidad tienen derecho a una vida afectiva sexual, pero que sin embargo sería una injusticia dejar que nacieran personas sin unos padres con capacidad para cuidarlos.

Con independencia de que haya que encontrar una alternativa a la cuestión planteada, quizá habría que recordar que la solución al cuidado de los hijos puede plantearse —como ya se hace en otros países— a través de organismos de asistencia social, o por la vía de las adopciones. Esto confirma la pobreza de algunos de los argumentos utilizados. Y sobre todo, porque la pregunta clave es si más que el cuidado de los hijos, no será la posibilidad de que no nazcan bien la razón última para intentar justificar una esterilización que en más de una ocasión puede ir contra la persona, en la medida en que son los jueces, con la solicitud de los tutores los que deciden la posible esterilización además del riesgo de vulnerar otro derecho fundamental como es el de la integridad física.

En estos casos, resulta un alto riesgo considerar si por esta vía no se estará pre-tendiendo una especie de sociedad perfecta, al estilo de la Alemania de la segunda guerra mundial, cuyos estragos e injusticias son suficientemente conocidos.

En los ejemplos utilizados, la forma jurídica hace que la conducta sea propiamente legal, aunque su contenido se presenta injusto.

**2. Norma ineficaz, pero válida.** En estos casos, la ineficacia puede producirse porque la norma no se aplica —por tanto falta la conexión clara entre la necesidad y la forma jurídica—; o puede ser que no se cumpla o incluso que de entrada no se acepte dicha norma.

La norma se entiende que no se aplica, cuando en los casos de incumplimiento no hay ningún tipo de medida para evitarlo, y por tanto se consiente en esa falta de cumplimiento, no dando cabida al elemento de la coacción. Por ejemplo, se daría el caso en los supuestos en los que se prohíbe utilizar una playa pública para aparcar un coche, y sin embargo, se aparca habitualmente, sin que nadie actúe para remediarlo.

Caso similar es el de no cumplir una determinada conducta, situación igual que la anterior, pero en sentido contrario. Por ejemplo, la prohibición de hacer ruidos en la calle después de las 23.00 horas. Baste pensar en las calles de algunas ciudades turísticas españolas, cuyos vecinos carecen ya de medios para exigir el respeto de esa prohibición, pero a pesar de todo la norma no se cumple.

El último caso sería la no aceptación de la norma: por ejemplo, sería el supuesto de las protestas de toda la comunidad musulmana en contra del documento de la Conferencia de Naciones Unidas sobre población y desarrollo, celebrada en 1994 en El Cairo. Como se sabe, en el borrador de dicho documento se hacía referencia al aborto como un modo de control de la demografía; aunque finalmente se aprobó que el aborto no es un medio de control de natalidad, los países musulmanes habían anunciado que en caso de plantearse así, no aceptarían el documento. Algo similar ha sucedido en la Conferencia sobre la mujer, recientemente celebrada en Pekín, en el apartado II.C de la Plataforma de acción, donde se discutía la salud reproductiva de las mujeres. En este apartado hubo un total de 48 reservas por parte de los países, algunos de los cuales manifestaron en la asamblea plenaria que no aplicarían esas medidas en sus territorios: en unos casos se alegaron razones legislativas, en otros tradiciones, de cultura, y religión. (El ejemplo requeriría de algunos matices, porque las disposiciones de orden internacional tienen otro proceso para reforzar su vinculación en el ámbito interno, y por tanto el grado de obligatoriedad, pero no vamos a entrar en ello. Sirva el ejemplo para confirmar la inaceptación de la norma por parte del grupo).

**3. Norma injusta pero eficaz.** Se dará en aquellos casos en los que se han cumplido los requisitos de competencia y procedimiento legal, para poder calificar la norma como jurídica, pero falta una conexión con las necesidades de hecho.

Seguramente los conflictos entre eficacia y validez son los más difíciles de resolver. Fundamentalmente porque la eficacia no remite solo a la existencia de unas

necesidades de hecho dentro del grupo social, sino también a la aceptación por parte del grupo. Normalmente, la norma es aceptada porque hay una necesidad o una situación de hecho por resolver. Pero sin duda, hay casos en los que resulta difícil que la sociedad asuma como necesarias medidas concretas tomadas por la autoridad.

Sobre todo, estos conflictos se producen en situaciones límite, como por ejemplo en situación de racionamiento de alimentos como consecuencia de una guerra; o de depuración para eliminar posibles enfermedades. En todos esos casos, aún siendo necesario, es problemático que el grupo lo califique como tal, y por ello se da el conflicto.

En todos esos casos, aun siendo una situación injusta, es aceptada por los miembros del grupo, como una cuestión de mal menor.

**4. Norma inválida, pero eficaz.** Sucede algo similar con el caso anterior, al poner en conflicto en término de la validez y de la eficacia. Aunque en el caso que estamos es más fácil resolver la cuestión, puesto que el imperativo del grupo es la elaboración de una norma concreta en orden a regular una conducta que todos asumen como perfectamente correcta.

Se entienden en este supuesto las costumbres o hábitos de conducta del grupo, que en la mayoría de los casos no están reconocidas formalmente, o estándolo, dejan de estarlo por la vía de los hechos. Por ejemplo, la prohibición de pisar el césped de una jardín público, que todo el mundo no solo pisa, sino que incluso se utiliza para descansar.

El tema de la costumbre, sin embargo, no es tan simplista como para darlo por zanjado con un mero ejemplo sin trascendencia. De hecho, hay algunos autores, muy especialmente en el ámbito anglosajón, que entienden que no debería haber más Derecho que el consuetudinario, o el que tiene su origen y punto de partida en la costumbre.

Respecto a la costumbre, nuestro ordenamiento jurídico no ha omitido la cuestión, y es considerada en el artículo 1 del Código civil como una de las fuentes de dicho ordenamiento, después de la ley, y antes de los principios generales del Derecho.

**5. Norma ineficaz, pero justa.** Aunque no es idéntico, pero el problema es muy similar al planteado en contrario, para el supuesto de una norma que es injusta, pero como hemos señalado, en situaciones límite es aceptada por el grupo.

En el caso de la norma ineficaz pero justa, nos referimos a una conducta que aún respetando algún tipo de bien, no es aceptada por el grupo. O más que no aceptada, no es cumplida o en su caso, es incumplida.

Sería el supuesto de las limitaciones de velocidad en la circulación por una autopista. Aunque el Código de circulación establece *justamente* el límite de 120 km —no sólo como una medida de prudencia, sino también como una vía para respetar la vida propia y la ajena—, son muy pocos los ciudadanos españoles que con un coche en condiciones normales respeten ese límite. La norma es incumplida y por tanto estamos ante un supuesto de ineficacia, pero en este caso concreto, no deja de ser justa.

**6. Norma inválida, pero justa.** Este sería el supuesto de una situación de hecho, no reconocida todavía formalmente, y por tanto sin fuerza jurídica. Por ejemplo, el impuesto para la renta de las personas físicas, en su primera redacción no permitía que las mujeres casadas declararan independientemente del marido. Si el régimen económico del matrimonio es de separación de bienes, resulta justo que cada uno contribuya separadamente: al menos, el dar opción para que así sea. Hasta que no se reformó esa primera redacción, se estaba reclamando un modo de conducta que resulta justo (que cada uno declare separadamente) pero no era válido porque no estaba formalizado jurídicamente.

Lo mismo habría que decir por ejemplo respecto a los apellidos de los hijos, que en España necesariamente tenían que ser los del padre, pudiéndose ahora optar por los de la madre siempre que se respeten las disposiciones de la ley y el reglamento del registro civil.

De todos los supuestos planteados, no son fáciles de resolver los que afectan a la justificación, o legitimación, es decir, los que directamente tienen que ver con el contenido de las normas. Porque en esos casos, no se está discutiendo sin más una fórmula jurídica o una determinada conducta, sino que detrás de la justicia de la norma lo que se calibra es una cuestión de moral social, y ésta está condicionada por elementos históricos, culturales, económicos, políticos, etc.

A ello hay que añadir que según se opte por una posición positivista o iusnaturalista, la versión en torno a estos conflictos es bien distinta. En cualquier caso, ya hemos señalado que tanto un supuesto como otro implican posiciones radicales en torno al Derecho, que habitualmente ofrecen visiones parciales de la realidad.

Lo que queda confirmado es que la denominada experiencia jurídica pasa por el proceso de tener en cuenta los hechos, los bienes a proteger, y la fórmula jurídica concreta.



## **Capítulo II**

# **Una aproximación al Derecho**



UNA VEZ PLANTEADA la existencia y necesidad del Derecho en la vida de la sociedad, se hace necesario cuestionar cómo se accede al conocimiento del Derecho. Actualmente, el estudio del Derecho se identifica con el análisis del Derecho positivo vigente, y consecuentemente con la profundización en las diferentes ramas del Derecho. Pero junto a ello, no se puede omitir que el Derecho no se agota en el Derecho positivo, y por ello es obligado un acercamiento al Derecho desde diferentes perspectivas: no sólo desde el Derecho que se aplica, sino también desde la legitimidad del contenido de las normas jurídicas; y también desde la aceptación de dichas normas por parte de los miembros del grupo.

Estas distinciones confirman que los medios para el conocimiento del Derecho han venido configurando los denominados saberes jurídicos, que se hacen objeto de nuestra atención.

La descripción de los saberes jurídicos está unida a la versión histórica que se ofrezca de la cuestión. No se puede olvidar que dichos saberes se han venido perfilando precisamente en el discurso histórico, y esto significa que originariamente el Derecho se presenta de un modo unitario.

Los saberes jurídicos son perspectivas de estudio del elemento jurídico, y por tanto se distinguen de las llamadas ramas del Derecho, que serían los diferentes campos en los que se divide el Derecho, según el área jurídica en la que nos encontremos.

Esta distinción es importante. Sobre todo porque si los saberes jurídicos se definen como perspectivas de estudio, se está afirmando que cada una de esas perspectivas no tiene un carácter global o totalizante, sino que ofrece una luz parcial, para facilitar una definición global del Derecho.

Los saberes jurídicos, como todo lo que pueda decirse del Derecho, no tienen un origen *ex nihilo*, sino que van surgiendo como manifestación de unas necesidades muy específicas.

Quizá podría cifrarse su origen en el momento en el que se asume la necesidad de unas normas de conducta para regular y coordinar la vida del grupo social. El estudio de esas normas, su elaboración, aplicación e interpretación genera un proceso que propiamente puede calificarse como jurídico. Y a partir de las diferencias de enfoque en ese proceso, surgen las perspectivas de estudio.

Una vez admitidas las normas como vía de organización social, hay que plantearse qué función se atribuye a esas normas. No basta que las normas cumplan un procedimiento formal para tener eficacia. Basta, en el sentido de que en cuanto han cumplido ese procedimiento, producen unos efectos jurídicos, y por tanto forman parte del entramado legal. Antes de pasar por el procedimiento, pueden entenderse como meros consejos, o incluso como táctica política para coordinar el grupo. Pero, el procedimiento sella lo que era una mera orientación, con una marca de obligatoriedad, que lleva a plantear como necesario el cumplimiento de esa norma. De manera que en caso de incumplimiento, no nos movemos en el ámbito del mero arrepentimiento interior, sino que nos situamos en el despliegue de unas medidas concretas de sanción, que vienen a confirmar la coacción de esa norma, que precisamente por su carácter jurídico lleva consigo el aval de la garantía.

Situarnos en el campo de la validez formal de las normas requiere definir qué se entiende por dicha validez y qué efectos tiene este término en los actos jurídicos concretos, cuestión que nos remite a la distinción entre el acto válido y el acto lícito, diferenciando los posibles efectos jurídicos en uno y otro caso. Sin embargo, resulta obvio que el procedimiento de elaboración y aplicación de la norma no agota su estudio. Sobre todo, porque resulta fácil cuestionar el contenido de dicha norma. Es decir, junto al procedimiento formal, la pregunta es si la norma es justa o no lo es; o más correctamente, si el contenido de esa norma, y consecuentemente la exigencia de su cumplimiento es algo justo o no lo es.

La referencia a la justicia de la norma nos abre otra perspectiva de estudio importante, que de algún modo completa la perspectiva anterior. Resulta relativamente fácil admitir que el aspecto formal de la norma no es sino un punto de vista de la misma. Y similar razonamiento se aplica al análisis de la norma en cuanto a su justicia.

Junto a esas dos versiones, no puede marginarse el contexto social en el que la norma se aplica, y por tanto la aceptación de dicha norma por parte de la sociedad. Es muy diferente por ejemplo, el sistema matrimonial que se aplica en una sociedad occidental desarrollada, del que se aplica en la mayor parte de los países africanos. Precisamente porque la concepción de la institución matrimonial es muy distinta. Sería desconcertante admitir en Europa un sistema matrimonial basado en la poligamia, o a la inversa, plantear en África un sistema monogámico.

Esto significa que el entorno social es muy importante en todo el proceso normativo, y que por tanto tampoco se puede prescindir de esta perspectiva.

Y a ello, habría que ir añadiendo diferentes aspectos o problemas concretos que se van planteando en torno al estudio de la norma. No es difícil asumir que sólo una de esas versiones ofrece una visión parcial de lo que sería el Derecho, que a su vez requeriría para su definición de las referencias a cada uno de esos aspectos *globalmente*.

Por tanto, es comprobable que la distinción entre ramas y saberes jurídicos no es del todo arbitraria. Con las primeras nos estamos fijando en las diferentes partes



que positivamente constituyen el Derecho (del modo más general, se habla de dos ramas: el Derecho Público y el Derecho Privado); y sin embargo, con los saberes estamos pensando en las perspectivas de estudio del fenómeno jurídico.

Para constatarlo, se hará necesario en este tema, no sólo plantear cuáles son esos saberes jurídicos, sino también cuál ha sido el tratamiento histórico que se ha dado al tema, y qué interpretación se ha hecho de cada uno de estos saberes.

## Medios de conocimiento del Derecho

Como ya se ha señalado, los saberes jurídicos surgen como manifestación de las diferentes maneras de enfocar el estudio del Derecho.

Esto implica que el Derecho sólo puede ser definido si se tienen en cuenta todas las perspectivas, puesto que de otro modo la definición no responde a la realidad. El conocimiento del Derecho es eminentemente un saber práctico, en el sentido de que trata de conductas que hacen referencia a una realidad concreta, y por tanto no puede ser entendido si se le priva de esa referencia a la realidad. Precisamente por ese motivo, el conocimiento es plural: porque la realidad lo es. No se trata de una forma pura, ni de articular contenidos de conducta desprovistos del modo de llevarlos a práctica. En definitiva, tanto por la vía teórica como por la vía de los hechos, se confirma esa dimensión global a la que nos hemos referido como parámetro obligado para definir el Derecho.

Para sistematizar, tendremos en cuenta tres saberes jurídicos: los dos primeros, más tradicionales, que son la ciencia jurídica, y la filosofía jurídica; y el tercero, más reciente, pero no menos importante, que es la sociología jurídica.

### 1. La ciencia jurídica

Dentro de los saberes jurídicos, hay que señalar que el de mayor tradición —porque ha sido al que más atención se le ha prestado históricamente— es la ciencia jurídica.

El objeto de la ciencia jurídica es el estudio del Derecho positivo vigente. Por tanto, el elemento fundamental al que se presta atención es la norma que en ese momento puede aplicarse dentro del grupo social.

Habría que tener en cuenta que en un primer momento del Derecho, la ciencia jurídica implica el estudio de la jurisprudencia. La situación era diferente de la actual, porque no existía una distinción como la de nuestros días acerca de la norma concreta y la praxis jurisprudencial. Más bien, todo el Derecho era entendido como jurisprudencia. El estudio acerca de la norma positiva cristaliza —sin prescindir de todos los precedentes— en el siglo XIX con el desarrollo del movimiento de la codi-

ficación, que más que atender al Derecho positivo, afirma que no hay más Derecho que el positivo.

Tal y como está planteado en nuestros días, la ciencia jurídica pretende un estudio riguroso del Derecho positivo vigente, prescindiendo de los criterios en los que aquel se fundamente o se encuentre justificado.

De hecho, ese carácter avalorativo de la ciencia del Derecho hizo que numerosos autores entendieran la ciencia jurídica casi por oposición a la filosofía jurídica. Y ello por un motivo razonable, y es que se pretendió aplicar al ámbito jurídico los criterios de diferenciación utilizados entre la Filosofía y la ciencia: más que para diferenciarlos, para contraponerlos.

Autores de tanta influencia en nuestro siglo como Norberto Bobbio llegan a afirmar que esta distinción obedece al siguiente esquema:

- la ciencia habitualmente toma *posesión de la realidad*, mientras que la filosofía implica una toma de *posición frente a la realidad*.
- teóricamente la ciencia es *indiferente* a los valores, mientras que la filosofía se presenta *axiológicamente comprometida*.
- la ciencia atiende al orden de los *hechos*, mientras que la filosofía atiende al orden de los *valores*.

Aunque efectivamente la distinción sirve para iluminar el estudio de la ciencia jurídica, no puede omitirse que la conducta humana —que es en último término lo que está regulando la norma jurídica— no es avalorativa. Al menos, no lo es en la mayor parte de las decisiones que la constituyen. Y precisamente porque esto es así, Ballesteros señala que hay que diferenciar entre la ciencia y el cientifismo.

Tomar como referencia la ciencia lleva consigo considerar como parámetros las características que definen a la ciencia (en nuestro contexto, la ciencia jurídica) como una perspectiva de estudio del Derecho, pero no la única, puesto que el análisis de los hechos jurídicos (si así pudieran calificarse) requiere de otros aspectos importantes.

El cientifismo, sin embargo, estaría representado por todos los argumentos que defienden la ciencia jurídica como *único* saber para definir al Derecho.

La distinción tiene su explicación una vez más en el contexto histórico. Como se ha dicho, la ciencia jurídica en su primera etapa era fundamentalmente la ciencia de la jurisprudencia. Pero la redacción de los primeros Códigos en Europa potenció no solo una ordenación del Derecho vigente, sino también una interpretación de la justificación del Derecho, y del papel que corresponde a la norma jurídica dentro del grupo social.

Hasta finales del siglo XVII el caos normativo existente en Europa se encontraba en fase de crecimiento. Ese caos obedecía sobre todo a dos razones:

a) se había consumado una grave crisis del Derecho común, precisamente por una multiplicación de normas que en la inmensa mayoría de los casos habían prescindi-

do de referencias jerárquicas. Esta situación planteaba serias dudas acerca de la normativa vigente, y de la que había quedado derogada.

b) las disposiciones del Derecho romano fueron mezcladas con otros tipo de normas, incluyendo estatutos de carácter local y también corporativo.

Estas dos realidades de hecho confirmaron que el problema jurídico fundamental con el que se encontraba el incipiente Estado era precisamente el problema de la legislación.

Como contrapartida a este caos, se pretende una casi total certeza del Derecho, que se concreta en la búsqueda muchas veces desproporcionada de la seguridad, evitando todo recurso posible a la arbitrariedad.

La única solución para conseguirlo es redactar un Código. Y efectivamente así se hizo. Sin embargo, en la historia humana muchas veces se puede contar la leyenda del péndulo, que lleva a pasarse de un extremo a otro con relativa facilidad.

La necesidad de seguridad, y la ausencia de la misma, durante largos períodos de tiempo derivó en la afirmación de que el único Derecho era el contenido en el Código.

En sentido estricto, bien podría asumirse esta afirmación, pero teniendo en cuenta que el Derecho positivo requiere de unas referencias aunque sean muy ínfimas a la realidad en donde se aplica, y a los objetivos que se van a perseguir con esas normas.

Sin embargo, la codificación, junto al aspecto positivo de ordenación y sistematización del Derecho, también ofertó una visión empobrecida del elemento jurídico, identificándolo exclusivamente con el contenido del Código. Por esta vía, el estudio del Derecho se tradujo en un estudio meramente exegético. Y en más de una ocasión se ha identificado esta versión del Derecho como *Dogmática jurídica*. Fuera del texto positivo, no puede hablarse con propiedad de Derecho.

El problema esencial es que queda omitida la diferencia entre el concepto de Derecho, y el concepto de ley, pero no vamos a entrar a analizarlo. Por lo que interesa a nuestro estudio, baste señalar que la finalidad de la ciencia jurídica es estudiar las implicaciones del Derecho positivo, salvando la referencia a los demás saberes jurídicos.

En el contexto de la ciencia jurídica se sitúa también la denominada lógica jurídica, que dependiendo de los autores ha sido concebida como un saber autónomo o como una parte de la ciencia.

La lógica jurídica ha sido desarrollada en el contexto de los razonamientos o argumentaciones a desarrollar en el proceso de establecimiento, interpretación, aplicación y explicación del Derecho. Y como la lógica formal ha sido en ocasiones considerada como insuficiente, se ha optado por el desarrollo de la tópica y la jurisprudencia, y la nueva retórica.

En cualquiera de los casos, la ciencia jurídica oferta el estudio del Derecho positivo vigente.

## 2. La filosofía jurídica

En innumerables ocasiones, la filosofía jurídica se plantea con una doble interpretación. Puede considerarse como una rama de la Filosofía general, denominada e identificada por muchos autores con la Filosofía política, aunque esta afirmación requiere de muchos matices; o puede considerarse como un saber autónomo, que se encuadraría dentro de lo que se denomina saberes prácticos.

En cualquiera de los casos, y siguiendo nuestro esquema inicial, hay que decir que el objeto de la filosofía jurídica es el estudio de la justicia de las normas positivas concretas. Y por ese motivo, la filosofía jurídica atiende muy prioritariamente a lo que se entiende como contenido de la norma, porque le importa si ese contenido se adecua o no a la idea de lo justo.

No son pocos los autores que entienden —más genéricamente— que el objeto de la filosofía jurídica es el estudio de la legitimación de las normas. Pero afirmar esto requiere de una explicación: la legitimación es aquí entendida como adecuación de la norma con aquello que se considera legítimo de la persona, es decir con aquello que implica la afirmación de la condición humana.

Con independencia de que se acepte o no, lo que resulta claro es que si la referencia que se toma es la condición humana, nos encontramos ya con una toma de posición o al menos de definición de lo que sea esa condición humana.

Así resulta más fácil asumir que toda concepción acerca del Derecho presupone una concepción acerca del género y también de la sociedad. Basta pensar que no significa lo mismo la propiedad en un contexto socialista o en un contexto capitalista; ni se entiende en los mismos términos el derecho a la libertad de expresión en una democracia, o en una dictadura. Aunque se dan algunas normas jurídicas cuyo contenido puede resultar indiferente, lo habitual es que al ordenar la conducta lo hagan de una determinada manera, tomando como pauta una concepción muy concreta de los presupuestos en los que se articula posteriormente el Derecho.

En este sentido, la misión de la filosofía jurídica vendría a ser fundamentalmente de carácter crítico, para analizar el contenido de la conducta que se regula, y en definitiva detectar lo que de injusto pueda haber en el Derecho positivo, por tanto objetivado.

Por ello, más que hablar de la Filosofía del Derecho (entendiendo ésta como una reflexión sobre el papel del Derecho en la vida del grupo social), habría que referirse a la filosofía jurídica, atribuyéndole como propia la función de perfilar la reflexión sobre el contenido del Derecho, lo que especifica mucho más este saber jurídico.

Y sólo de este modo se entiende que no se trata de definir una argumentación propia de los filósofos, sino más bien propia del jurista.

### 3. La sociología jurídica

Como ya se ha señalado, la sociología jurídica es de más reciente desarrollo que los otros saberes jurídicos. En términos similares a lo que sucede con la filosofía, el estudio del carácter social del Derecho se remonta a autores clásicos del mundo antiguo. Aristóteles, Vico o Montesquieu ya dedicaron parte de sus estudios al campo sociológico. Sin embargo, como ciencia social remite sus orígenes a mediados del siglo XVIII, atribuyéndose a Comte la primera utilización del término Sociología.

Los primeros estudiosos de ésta tuvieron una actitud ciertamente hostil respecto al Derecho. Y cuando no hostil, fue una posición secundaria, dando mucha más importancia a los elementos económicos y sociales que a los propiamente jurídicos.

La sociología del Derecho como término se atribuye a Ehrlich, considerando que su fundador fue Max Weber. A él se adjudica la distinción entre ciencia jurídica y sociología jurídica. Mientras que la primera remite al estudio de los hechos, la segunda queda especificada por el estudio de los comportamientos de los miembros del grupo en relación con las normas que hay vigentes.

Siguiendo el esquema que hemos utilizado, la sociología jurídica tiene por objeto el análisis de la eficacia del Derecho, entendiendo por eficacia la aceptación del Derecho por parte del grupo social en el que se aplica.

Aunque la primera mitad de siglo XX es importante en cuanto a lo que sería la fundación de la sociología jurídica, ésta se ha desarrollado mucho más en la segunda mitad de siglo, llevando a cabo importantes estudios de orden empírico: la función de los operadores del Derecho, el estudio de las instituciones jurídicas, los hechos de los que viene a depender la interpretación y la aplicación de las normas...

También la sociología jurídica ha tenido un *iter* propio, con unos presupuestos tanto de carácter ideológico como metodológico, y por tanto con unas razones que se justifican en el contexto histórico en el que se empieza a desarrollar. Pero el estudio pormenorizado de cada uno de los saberes se lleva a cabo en las asignaturas que se ofrecen como optativas en la licenciatura en Derecho.

Por lo que a nuestro estudio se refiere, nos interesa resaltar que la sociología jurídica afianza la tercera perspectiva de estudio del Derecho, que es la aceptación del Derecho por parte del grupo.

De este modo, la realidad que importa al Derecho se presenta con esa triple dimensión que explicamos al analizar el sentido de la experiencia jurídica. Y en ese contexto, los saberes jurídicos a los que nos hemos referido no son los únicos, pero al menos sí los más importantes. No hemos mencionado el desarrollo de la lógica jurídica, ni el papel de la informática jurídica. Pero esa omisión no impide saber al menos que son también perspectivas de estudio del elemento jurídico en la sociedad.

Hemos sistematizado los saberes que habitualmente se entienden aceptados de modo unánime por los autores. Y que en definitiva, ofrecen una visión global del

Derecho, considerando el aspecto de la validez de las normas, la justicia, y la eficacia de las mismas.

De este modo se confirma la diferencia respecto a las ramas del Derecho, en las que nos detendremos con más detalle al estudiar el desarrollo de la ciencia del Derecho, en el segundo apartado del programa.

## Consideración histórica del fenómeno jurídico

El epígrafe entendido en sentido literal puede ofrecer una pretensión que claramente nos desborda. En realidad, plantear una consideración histórica del fenómeno jurídico remite al desarrollo de todo el pensamiento jurídico, atendiendo a cada uno de los autores y escuelas. Pero obviamente no es ésta nuestra finalidad.

Se trata más bien de tener en cuenta algunas pinceladas de carácter histórico, que vienen a dilucidar cuál ha sido la posición de los autores en torno a esa realidad plural a la que nos hemos referido.

Y lo que resulta bastante claro es que dependiendo del momento histórico se ha dado más importancia a un saber jurídico o a otro. Como ya se ha dicho, los saberes jurídicos surgen en función de unos condicionantes sociológicos e históricos que certifican la necesidad de fijarse con más detalle en algún aspecto concreto del Derecho.

En este sentido, hay que afirmar que la ciencia jurídica y la filosofía jurídica han sido los polos en los que más se ha centrado la historia del pensamiento jurídico.

Históricamente, hay que señalar que la apreciación del fenómeno jurídico ha estado notablemente influenciada por una visión clásica y después cristiana de la persona y de la sociedad.

La primera versión del Derecho toma como punto de referencia una idea de que la norma jurídica es la vía para hacer realidad la definición de la justicia ofertada en el *adagio* de Ulpiano: dar a cada uno aquello que le corresponde.

Esta aproximación se considera válida, porque se entiende qué corresponde a cada uno; o al menos se admite una definición de la persona y de su dignidad. Lógicamente hay que tener en cuenta que esta referencia a la persona se hacía compatible con prácticas y modos de conducta que hoy entenderíamos como contrarias a la persona. Baste pensar en la institución de la esclavitud, aunque también es cierto que se admitió esta institución para suprimir una pena de muerte entendida como única pena aplicable a los casos de delito.

Prescindiendo de los casos concretos, lo cierto es que el Derecho era considerado como una técnica supeditada a un objetivo muy concreto, que era la realización histórica de la justicia.

Por este motivo, ciencia y filosofía jurídica estaban unidos en tanto perspectivas de estudio, porque no se concebía el modo de separarlos. Y de hecho, la praxis de la justicia —que hoy se entendería como la aplicación e interpretación del Derecho,

en cuanto temas centrales de la ciencia jurídica— era competencia de los sabios, es decir de aquellos que tenían la capacidad de actuar rectamente y por tanto, de acuerdo con criterios de justicia.

Esto significa que durante una primera etapa del Derecho, al menos hasta la aparición de todo el pensamiento clásico-cristiano, ciencia y filosofía jurídica están unidos, tanto en el estudio teórico como en la práctica habitual del Derecho.

El pensamiento clásico-cristiano, en un intento de establecer unas bases sistemáticas para explicar la justificación del Derecho positivo, oferta claves importantes de interpretación del fenómeno jurídico, aunque también se presentan graves problemas; al menos, con posterioridad, esa sistemática es utilizada desde otra visión de las cosas, y por tanto se interpreta ese mismo pensamiento con otros registros.

En cualquier caso, la etapa de Agustín de Hipona, y de Tomás de Aquino sientan las bases de la distinción entre el Derecho y la ley; entre las normas positivas, y las que no lo son. Y muy concretamente marcan la diferencia entre ley positiva y ley natural, para seguir la distinción hecha por Aristóteles.

Lo natural se identifica con aquellos ámbitos de la conducta que no están supeditados al pacto entre los hombres, precisamente porque viene dado por la naturaleza; mientras que se entiende por positivo aquello que depende esencialmente del pacto entre los hombres, y por tanto es susceptible de cambio en función de los criterios de conveniencia que en cada momento puedan estar vigentes.

Esta diferenciación —aun manteniendo la unidad de ciencia y filosofía jurídica— se mantiene, aportando dicho pensamiento clásico-cristiano una matización, no tanto referida al orden natural y positivo del que hablaba Aristóteles, sino más bien referido ya al Derecho Natural y al positivo.

La clave sin embargo es más concreta en los cristianos, porque *lo natural*, y consecuentemente la referencia a lo que se asumía como naturaleza, sólo es concebible como manifestación de la criatura, es decir de la persona entendida como dependiente del Creador. Esto hace que se opte por una visión cristianizada del pensamiento anterior. Y lo que inicialmente se entendió como un modo de aclarar las cosas, supuso después una complicación.

Las distinciones entre Derecho y ley; Derecho natural y Derecho positivo, se empezaron a interpretar no sólo como una cuestión de sistemática, sino como distinciones reales.

Y este entramado en el mundo del pensamiento, coincidió con el caos que empezaba a existir en el orden normativo, en el que el Derecho común empezaba a quebrar y se introducían usos y costumbres locales. Es decir, empezaba a tomar cuerpo el Derecho positivo, de modo autónomo respecto a su justificación.

Por esta vía, después de la influencia cristiana, los ilustrados aportaron también un empujón a la distinción. La identificación entre ciencia y filosofía empieza a quebrar, y lógicamente la distinción de estos términos se aplica también al mundo del Derecho. La ciencia jurídica se empieza a identificar con un estudio avalorativo y

aséptico de las normas positivas, mientras que a la filosofía le correspondería el análisis de la fundamentación.

Los estudios de fundamentación, sin embargo habían sido realizados por teólogos cristianos, que entendían que no había más hombre que el redimido por Dios. Esta afirmación fue en muchos casos totalizada. Y los ilustrados reaccionaron ante esta actitud, pretendiendo una diferenciación entre moral y derecho en términos absolutos.

Se pretendió de este modo hacer un estudio del Derecho positivo desde la ciencia jurídica. Pero ese estudio tenía que estar completamente desligado del Derecho Natural. Y además, el estudio del Derecho Natural tenía que salvar la diferencia entre afirmaciones de orden moral, y afirmaciones propiamente jurídicas.

Con este esquema, el Derecho Natural se interpretó como una especie de ordenamiento jurídico de la naturaleza humana, que aunque en la teoría podía servir para ofrecer una interpretación del Derecho, en la práctica se caía por su propia base.

El argumento coincide con la puesta en duda de muchos términos filosóficos como podía ser el de naturaleza humana, la libertad, la referencia al otro, el concepto de autoridad, la noción de criatura, etc.

De este modo, el pensamiento cristiano se utiliza para hacer de soporte al llamado iusnaturalismo racionalista, que hace de puente para la entrada de una separación radical entre Derecho positivo y justificación del mismo, asumiendo en el Derecho las afirmaciones positivistas.

Esto confirma la distinción entre ciencia jurídica y filosofía jurídica, pero entendiéndolos no tanto como dos saberes que se completan sino que más bien se contraponen.

Posteriormente, el estudio de las ciencias sociales potenciaría el desarrollo de la sociología jurídica, como tercer saber, en el que se tiene en cuenta el entorno social del Derecho, y no tanto el problema de la legislación y de la fundamentación.

De acuerdo con esta evolución, la historia ha venido aportando una visión del Derecho muy concreta, pero casi siempre parcial. Hasta nuestro siglo, y también por la influencia del movimiento de Derecho libre, el Derecho se ha definido de una manera incompleta, o asumiendo de modo totalizante afirmaciones que no tienen ese carácter global.

Seguramente los estragos y las vulneraciones que el propio Derecho ha hecho de la persona, durante todo el siglo XX ha tenido su parte positiva, que es precisamente el haber arrojado luz para interpretar más correctamente la realidad en la que se vive.

Efectivamente el Derecho es una técnica, pero no solamente ello. Y esta afirmación no obedece a criterios que podrían calificarse como ideológicos, sino más bien hay que entenderla como manifestación de una realidad de hecho: el Derecho lo que regula es la conducta humana; y detrás de la conducta humana, se está regulando el modo de desarrollar bienes que especifican a la condición humana; el modo de arti-