



[TEORÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA]

Lección 1.- El Concepto de Derecho

A.- Problemas sobre el concepto de Derecho.

- 1) El término “derecho” en el lenguaje natural.
- 2) El carácter multidimensional del estudio del Derecho: la realidad tridimensional del Derecho.
- 3) Diferentes concepciones sobre la validez, eficacia y justicia como predicados del Derecho. Iusnaturalismo, positivismo y realismo.

B.- Aproximación a un concepto positivista de Derecho: El Derecho como fenómeno social y cultural y como forma de organización social. La necesidad del Derecho

A.- Problemas sobre el concepto de Derecho.

No creo que pueda resultar polémico la afirmación de que cualquier rama del saber inicia su reflexión a través de la definición de la materia u objeto al que se refiere, y en este sentido, las disciplinas jurídicas, y en concreto, la Teoría del Derecho, tienen como punto de partida explicar qué es el Derecho, es decir, proporcionar un concepto de Derecho. Sin embargo, rápidamente se hace obvio la dificultad que esta tarea conlleva y aparecen múltiples problemas.

- 1) El término “derecho en el lenguaje natural”.

Aparecen, en primer lugar, problemas de naturaleza terminológica. A diferencia de lo que ocurre en otros campos del saber, especialmente los referidos a las ciencias naturales, como la física, la química o la matemática, en el mundo del Derecho no existe un lenguaje formalizado, sino el lenguaje cotidiano. Así, el propio término “Derecho” forma parte de nuestro lenguaje natural, y se utiliza de forma cotidiana, planteándose respecto a él los mismos problemas que con otros muchos términos “no formalizados”: problemas de ambigüedad, vaguedad y emotividad.

Se puede afirmar la ambigüedad de un término cuando éste puede ser entendido de más de una forma, o dicho de otra manera, cuando tiene más de un significado¹. Con respecto al término “Derecho”, éste se usa generalmente

¹ Vid. ITURRALDE, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 35.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

con cuatro significados diferentes. 1) En primer lugar, como “Derecho objetivo”, es decir, como un conjunto o sistema de normas, haciendo referencia a un ordenamiento jurídico determinado o a alguna rama de dicho ordenamiento. Este es el sentido del término “Derecho” cuando, por ejemplo, se afirma que “el Derecho español posterior a la Constitución de 1978 establece un estado de las autonomías” o que “el Derecho mercantil regula las sociedades anónimas”; 2) También se utiliza como “derecho subjetivo”², es decir, como capacidad o facultad reconocida a un sujeto por el ordenamiento jurídico, es decir, por el “Derecho objetivo”. Este es el sentido del término “Derecho” cuando se dice, por ejemplo, que “en la actualidad se reconoce en España el derecho a expresarnos libremente” o que “la Constitución española también hace referencia a determinados derechos económicos, sociales y culturales”; 3) Por otro lado, el término “Derecho” también se utiliza como disciplina de estudio, como rama del saber, haciéndose alusión de esta forma a la ciencia jurídica. Así, se afirma, por ejemplo, que “en España hay demasiadas facultades de Derecho” o que “el Derecho romano es imprescindible para entender el Derecho moderno europeo”; 4) Finalmente, también es bastante frecuente utilizar la expresión “no hay derecho a que pase esto” o “no hay derecho a que se porte así”, etc. En este caso, el término “Derecho” se utiliza como sinónimo de justicia.

La ambigüedad de los términos no suele ser demasiado problemática ya que normalmente se puede deducir el significado del propio contexto en que el término es utilizado³. Así, por ejemplo, la palabra “copa” puede utilizarse como trofeo o como la parte alta de un árbol, pero en el discurso cotidiano no suelen generarse problemas de entendimiento respecto al sentido en que dicho término se utiliza. Sin embargo, aquí existe un problema añadido respecto al término “Derecho”, ya que los diferentes significados que se le atribuyen se encuentran muy próximos. De esta forma, la diferenciación del significado con el que se usa el término “Derecho” en un determinado momento resulta más problemática que la de otros términos del lenguaje natural.

Pero además, el término “Derecho” se encuentra también con problemas de vaguedad. Si la ambigüedad consiste en la pluralidad de significados atribuibles a un mismo término, la vaguedad consiste en la falta de certeza sobre el significado atribuible a un término. Un término puede analizarse

² Existe una convención más o menos frecuente en la literatura jurídica española para solucionar la ambigüedad entre el uso “objetivo” y “subjetivo” del término “Derecho” que consiste en escribirlo con “D (mayúscula)” cuando se hace referencia al Derecho objetivo y con “d (minúscula)” cuando se hace referencia al derecho subjetivo.

³ CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 29.



desde el punto de vista intensional y extensional⁴. La intensión se refiere a las características o propiedades que predicamos de un término, y la extensión, el ámbito de aplicabilidad del mismo conforme a esas propiedades⁵. Por supuesto, cuanto mayor sea la intensión de un término, menor será la extensión del mismo. Así, por poner un ejemplo, si atribuyo al término “silla” la única propiedad o característica de “objeto que sirve para sentarse” (intensión), podré aplicar el mismo a un número mayor de objetos (extensión) que si afirmo que una “silla” es un “objeto de madera, que sirve para sentarse, y que está compuesto de un asiento, un respaldo y cuatro patas”.

Pues bien, el término “Derecho”, centrándonos ahora en su acepción de Derecho objetivo, es vago tanto intensional como extensionalmente. Intensionalmente, porque no existe acuerdo sobre las propiedades o características que califican a algo de “Derecho”. ¿Basta con que se trate de normas que, en todo caso, sean coactivas? ¿se necesita también identificarlas con una determinada voluntad, por ejemplo, la del Estado? ¿hace falta que además sean justas? Evidentemente, estas preguntas sólo pueden responderse desde una determinada concepción sobre el fenómeno jurídico, y además, las respuestas que se den delimitan también la extensión del término “Derecho” que, por lo tanto, también es vago desde este punto de vista. Así, por poner sólo un ejemplo, desde el punto de vista de la extensión, sólo podemos considerar al Derecho Nazi como “Derecho” si intensionalmente no predicamos la justicia como una característica necesaria del “Derecho”.

El término “Derecho” también tiene un problema de emotividad. Con esto, se quiere decir, que al igual que ocurre con otros muchos términos del lenguaje natural como “igualdad”, “libertad”, “democracia”, etc, cuando se utiliza el término “Derecho”, especialmente como sinónimo de justicia, no nos limitamos a dar una determinada información (describir la realidad) sino que también expresamos valoraciones y provocamos, de esta forma, reacciones de adhesión o de rechazo en nuestros interlocutores⁶. En este sentido, el término “Derecho” tiene una carga emotiva favorable que puede dificultar la comprensión del fenómeno jurídico.

2) El carácter multidimensional del estudio del Derecho: la realidad tridimensional del Derecho.

⁴ Vid. ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 55-56.

⁵ En este sentido, afirma CAPELLA, J. R., que un término es vago «cuando existen objetos para los que es imposible afirmar si el término es aplicable o no es aplicable», *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Ariel, Barcelona, 1968, p. 248.

⁶ El significado emotivo del término “Derecho” es una de las razones, según CARRIÓ, G., que explica «por qué el positivismo jurídico, que ha pretendido redefinir “derecho” y palabras satélites en términos desprovistos de carga emotiva, ha suscitado tantas incomprendiones», *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, obra citada, p. 22.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

Además de los problemas terminológicos, la tarea de elaborar un concepto de Derecho se encuentra con que el fenómeno jurídico se manifiesta a través de diferentes dimensiones, cada una de las cuáles permite obtener conclusiones valiosas. Sólo si se tiene en cuenta que todas estas dimensiones son esenciales para obtener una visión global del fenómeno jurídico, podrá elaborarse un concepto útil de Derecho. En este sentido, la teoría tridimensional insiste en la consideración del Derecho como norma (dimensión normativa), como hecho (dimensión fáctica) y como valor (dimensión axiológica)⁷.

La consideración del Derecho como norma supone que este consiste en expresiones del deber ser, fruto de una determinada voluntad, a través de las cuáles se consideran determinadas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas. Esta es la dimensión en que se centra la Teoría del Derecho analizando los rasgos estructurales de las normas aisladas y de los sistemas jurídicos, así como su funcionamiento.

En cuanto al Derecho como hecho, es decir, la dimensión fáctica del Derecho, viene referida a las relaciones entre el Derecho y la sociedad. Todos los grupos humanos están organizados a través de sistemas jurídicos, pues en todas las sociedades hacen falta esas expresiones del deber ser que son las normas jurídicas para que éstas puedan organizarse. El Derecho y la sociedad se condicionan respectivamente, y de ahí que la materia especializada en esas relaciones entre Derecho y sociedad, que es la sociología del Derecho, se centre en las funciones del Derecho en la sociedad y cómo cada uno influye sobre el otro.

Por último, se muestra como evidente que el Derecho también contiene una componente valorativa o axiológica, en el sentido de que todo sistema jurídico es fruto de una determinada ideología y expresión de unos determinados valores. Así, la disciplina que se encarga específicamente de esta dimensión, la Teoría de la Justicia, consiste en una reflexión sobre esa dimensión valorativa del Derecho que constituye la sede más idónea para un análisis crítico del fenómeno jurídico.

3) Diferentes concepciones sobre la validez, eficacia y justicia como predicados del Derecho. Iusnaturalismo, positivismo y realismo.

Evidentemente, otro de los problemas para la definición de lo que entendemos por Derecho deriva de las diferentes concepciones que se manejan sobre el fenómeno jurídico, cada una de las cuáles, al menos en sus formas más radicales, afirman un concepto de Derecho diferente al no tener suficientemente en cuenta ese carácter tridimensional de la experiencia

⁷ Para la teoría tridimensional, en uno de sus mayores representantes, puede consultarse REALE, M., *Introducción al Derecho*, obra citada, pp. 65-71.



jurídica⁸. Todas esas concepciones pueden agruparse en una clasificación general centrada en tres grandes bloques: el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo.

El derecho, como forma de organización social, tiene naturaleza normativa, en el sentido de que consiste en una serie de enunciados lingüísticos, a los que llamamos normas jurídicas, que pretenden ordenar o regular las conductas de los individuos. Las normas jurídicas, por tanto, tiene una naturaleza prescriptiva, diferente a la naturaleza descriptiva de otros enunciados lingüísticos con los que pretendemos dar información sobre la realidad. Las normas jurídicas pretenden modificar la realidad, y no describirla. Siendo esto así, no parece que la valoración de las normas jurídicas pueda hacerse conforme a los criterios de verdad o falsedad con los que enjuicamos las descripciones. Por el contrario, la valoración de las normas jurídicas, y también por supuesto de los sistemas jurídicos en su conjunto, se hace conforme a los criterios de validez, eficacia y justicia⁹.

La validez –como noción fundamental de la norma jurídica¹⁰- puede definirse, en principio, como la “juridicidad” de la misma, de forma que cuando se afirma que una norma jurídica es válida se está diciendo, simplemente, que es “Derecho”. En cualquier caso, definida solamente así, la validez no nos dice mucho y, en este sentido, nos podemos referir a tres conceptos diferentes de validez¹¹.

La validez puede entenderse como “obligatoriedad”, en el sentido

⁸ Como afirma PEREZ LUÑO, A.E., estas diferentes concepciones, que «de forma unilateral y reduccionista pretendían ofrecer una concepción general del Derecho en función de alguno de sus componentes han contribuido a dificultar y oscurecer su sentido y su propio análisis», *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 43. En un sentido similar, NINO, C. S., defiende un concepto convencionalista de Derecho y afirma, respecto a las diferentes concepciones del mismo, que gran parte de la controversia entre ellas radica en su carácter excluyente: «si cada una de las partes admitiera que no hay ningún inconveniente en que la palabra derecho sea empleada con un significado distinto al propugnado en ella, en otro contexto de discurso o aun en el mismo, siempre que se aclarara la variación, el conflicto desaparecerá», *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 33.

⁹ Vid. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, Trad. de E. Rozo, Debate, Madrid, 1991, cap. II: “Justicia, validez y eficacia”, pp. 33-51.

¹⁰ Como afirma ATIENZA, M., en el caso de las normas, «la noción fundamental que vendrá a hacer las veces de la de *verdad* en los enunciados descriptivos es la categoría de *validez*», *Introducción al Derecho*, obra citada, p. 22.

¹¹ PRIETO, L. (y otros), *Lecciones de Teoría del Derecho*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 13 y ss.; NAVARRO, P. E., «Validez y eficacia de las normas jurídicas», *El derecho y la justicia*, ed. de E. Garzón y F. Laporta, Trotta, Madrid, 2000, pp. 209-217, en concreto, pp. 213-214.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

manejado, por ejemplo, por Kelsen¹², de que una norma es una pauta de comportamiento que aparece como vinculante, aunque con ello no haya que entender que estamos presuponiendo el carácter moral de la obligación¹³. La validez también puede entenderse como “existencia” o “vigencia” o “aplicabilidad”, afirmándose en este sentido que una norma es “válida” desde el momento en que encuentra el apoyo del aparato coactivo del Estado. Finalmente, la validez puede entenderse como “pertenencia”, concepto más restringido que supone el cumplimiento de una serie de requisitos (criterios de validez) formales y materiales¹⁴. Para entender como operan estos criterios de validez es útil referirse a la comprensión kelseniana del sistema jurídico como una pirámide normativa escalonada, en cuyo vértice superior estaría la norma superior de ese sistema –la Constitución- y en los escalones inferiores el resto de normas jurídicas, situadas, en dirección descendente, de mayor a menor jerarquía¹⁵. En esta construcción escalonada, los criterios de validez de las normas que figuran en cada uno de los niveles jerárquicos se encontrarían en las normas del nivel superior, hasta llegar finalmente a la norma del nivel más alto – la Constitución- que contendría, en última instancia, los criterios formales y materiales de validez del resto de las normas.

En cuanto a los criterios formales de validez suponen que una norma, para “pertenecer” al sistema jurídico, debe haber sido producida conforme a una norma superior que establezca el órgano competente y el procedimiento adecuado para producirla. Así, si una norma no se produce por quien la norma superior establece como autoridad competente y a través del procedimiento determinado en ella como adecuado, no pertenecerá al sistema jurídico. Por lo que respecta a los criterios materiales de validez, éstos suponen que una norma inferior no puede contradecir los contenidos de las normas superiores, y si lo hace, no pertenecerá al sistema jurídico. Ahora bien, la declaración de

¹² Puede resultar interesante que cuando se haga referencia por primera vez a determinados autores que vayan a ser utilizados de forma constante a lo largo del curso, se explique a los alumnos quienes son, cuáles son sus obras más importantes, y sus méritos dentro de la historia de la Filosofía del Derecho. En este sentido, personalmente, y debido a mi formación, creo que los autores que merecen un lugar más destacado –por supuesto por diferentes razones- son Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart, Ronald Dworkin y Norberto Bobbio.

¹³ Vid. FARIÑAS, M. J., *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 48 y ss.

¹⁴ A esta distinción entre la validez como “existencia” y la validez como “pertenencia”, como concepto más restringido, es a la que se refiere GUASTINI, R., cuando afirma que «una norma jurídica empieza a existir (...) cuando es creada de conformidad con (al menos) algunas de las normas sobre la producción jurídica (...) La conformidad con todas las normas sobre la producción jurídica es condición necesaria de la validez, pero no de la existencia jurídica», *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 311.

¹⁵ Vid. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, obra citada, pp. 232 y ss.



que efectivamente existe una contradicción y que, por tanto, la norma inferior no pertenece al sistema, tiene que llevarse a cabo por un operador jurídico competente y a través del procedimiento adecuado y mientras tanto, ambas normas pueden encontrar el apoyo del aparato coactivo del Estado. Es precisamente aquí, por tanto, en una de las situaciones en las que la distinción entre validez como “vigencia” y validez como “pertenencia” tiene sentido. Cuando el operador jurídico interpreta que efectivamente existe esa contradicción, está declarando que la norma inferior nunca fue válida –en el sentido de pertenencia- y que, por tanto, no debe contar con el apoyo del aparato coactivo del Estado. Ahora bien, hasta ese momento, sí ha contado con ese apoyo y ha producido efectos, y en ese sentido, aunque nunca ha “pertenecido” al sistema jurídico, sí ha sido válida en el sentido de que ha estado “vigente”.

Finalmente, aparece un último criterio de validez referido a la necesidad, para que una norma “pertenzca” al sistema jurídico, que no haya sido derogada expresamente por una norma posterior de rango igual o superior. La derogación explícita, puede explicarse exclusivamente desde los criterios formales de validez, de forma que una norma anterior en el tiempo quedará derogada siempre que otra norma posterior –de grado igual o superior- así lo establezca, independientemente de su contenido.

La eficacia de una norma, al igual que la validez, también puede ser entendida de varias formas. Por un lado, la norma es eficaz cuando los individuos a los que va dirigida adaptan sus conductas a lo exigido en la norma, es decir, la cumplen, o en caso de incumplirla se les aplica, con posterioridad, la sanción correspondiente. Ahora bien, la idea de eficacia se basa en lo que tradicionalmente se conoce como el “libre albedrío” de los seres humanos, es decir, su libertad de elección. Los seres humanos, destinatarios de las normas jurídicas, son en última instancia quienes deciden si las cumplen o no. Tienen una voluntad libre para decidir si ajustan su conducta a la norma jurídica o si vulneran la norma con una conducta contraria a la exigida, y en este sentido, entre las normas y las acciones de los individuos no existe realmente un nexo de causalidad, sino de motivación¹⁶. En cualquier caso, los motivos que llevan a los destinatarios de las normas jurídicas a cumplirlas son muy variados.

En primer lugar, hay gran cantidad de ocasiones en las que ni siquiera somos conscientes de que la conducta que estamos llevando a cabo es exigida por una norma jurídica, de forma que la norma se cumple sencillamente porque es una conducta “regular”, en el sentido de habitual, para un individuo o grupo de individuos. Podría pensarse, al menos en principio, que en estos

¹⁶ Vid. LAPORTA, F. J., «Poder y Derecho», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 441-453, en concreto, pp 450-452.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

casos la norma jurídica no tiene razón de ser, y es innecesaria. Sin embargo, no creo que sea así, ya que la “regularidad” de una conducta no implica que esta vaya a realizarse en todo caso, y en este sentido, la norma sigue siendo necesaria para atender las posibles “desviaciones” respecto a esa conducta habitual.

Pero también hay casos en los que los destinatarios de las normas ajustan sus conductas a un determinado modelo sabiendo que el mismo es exigido por una norma jurídica. Ahora bien, a pesar de que los destinatarios de la norma sepan que una determinada conducta les es exigida por el Derecho, las razones para cumplirla pueden ser varias e incluso pueden darse solapadamente. Puede ser que los individuos la cumplan exclusivamente para evitar la sanción que les originaría el hecho de no ajustar su conducta a la norma; o que la cumplan porque estén de acuerdo con lo exigido en ella; o que la cumplan porque después de realizar un cálculo de intereses consideren que les resulta más ventajoso hacerlo; etc.

En cualquier caso, la eficacia no se entiende solamente como cumplimiento de la norma por los destinatarios de la misma o imposición de la sanción correspondiente en caso de la violación de la conducta exigida. Existe otro sentido de eficacia, relacionado con los fines u objetivos. En este sentido, una norma es eficaz cuando se consiguen los fines u objetivos que ésta pretende alcanzar. Se trata de una eficacia de segundo grado, que puede recibir también, creo que sin suscitar polémicas, la denominación de “eficiencia”, y que no debe, por supuesto, considerarse como una consecuencia necesaria de la eficacia en el sentido de cumplimiento por parte de los destinatarios. Es decir, que puede que una norma sea eficaz y a pesar de ello no sea “eficiente”. Así, por ejemplo, puede ocurrir que se establezca una norma que prohíbe circular por las carreteras españolas a más de 100 km/h, con el objetivo de que se produzcan menos accidentes de tráfico. Si esa norma se cumple por los conductores, será eficaz en el primer sentido, pero ello no asegura la eficacia entendida como “eficiencia”. Puede, por ejemplo, que el número de accidentes de tráfico no se reduzca porque empeore el estado de las carreteras, que es otro factor determinante en este campo.

En cuanto a la justicia de una norma jurídica, ésta puede definirse como la adecuación de la misma a un sistema ideal de valores que se utiliza precisamente para enjuiciarla. Tradicionalmente, la justicia ha sido considerada como el fin último del Derecho, aunque esto no aporta una información demasiado útil, ya que existen diferentes concepciones sobre lo que es justo. En cualquier caso, aunque todo lo referente a la justicia del Derecho se estudiará más detalladamente en el último apartado de este programa de Teoría del Derecho –el referido a la Teoría de la Justicia-, lo que sí puede adelantarse ya es que la polémica entre las dos grandes concepciones sobre el fenómeno jurídico –el iusnaturalismo y el positivismo- gira



precisamente sobre el papel que la justicia juega en el concepto de Derecho.

En este sentido, creo que conviene hacer explícito en este momento que la concepción del fenómeno jurídico a la que me adhiero, y que puede encuadrarse dentro de lo que se conoce como positivismo metodológico, propugna la independencia conceptual entre validez, eficacia y justicia. Ahora bien, esa independencia entre validez, eficacia y justicia, aunque es absolutamente predicable de las normas jurídicas aisladas, no lo es tanto de los sistemas jurídicos en su conjunto, al menos respecto a la relación entre validez y eficacia. Desde el punto de vista de la norma jurídica individual, parece evidente que una norma puede ser válida aunque no sea eficaz, es decir, aunque no se cumpla¹⁷. Ahora bien, desde el punto de vista del conjunto del sistema jurídico, si puede afirmarse que un sistema jurídico que no se cumple con carácter general –puesto que la eficacia es una cuestión de grado- deja de ser válido y pasar a ser sustituido por otro sistema que si se cumpla.

Pero no todas las concepciones sobre el Derecho mantienen esa independencia entre las dimensiones de la norma jurídica, incurriendo así en lo que desde el positivismo metodológico se critica como posiciones reduccionistas.

Puede observarse, por un lado, una reducción de justicia a validez en aquellos autores que mantienen una concepción de positivismo ideológico o cuasi-positivismo¹⁸. Este tipo de positivismo consiste en afirmar que las normas jurídicas, por el mero hecho de ser Derecho, son justas, o dicho de otra forma, que la validez de una norma supone también su justicia. Desde un punto de vista abstracto, ese tipo de positivismo reduccionista tendría dos posibles modalidades: una radical y otra moderada. Ambas versiones afirman la obediencia incondicionada al Derecho basándose en la justicia del mismo, aunque con diferencias respecto a lo que se entiende por justicia. Así, para la versión radical del positivismo ideológico –con la que suele identificarse a Thomas Hobbes- la justicia se identifica exclusivamente con la paz, el orden, etc, es decir, con el valor de la certeza o seguridad¹⁹. En cuanto que el Derecho cumple con este valor de la seguridad –produciendo seguridad jurídica-

¹⁷ Como ha ressaltado NAVARRO, P., «cualquiera que sea el concepto de eficacia que se utilice, un importante aspecto es compartido: la eficacia de una norma (N) es compatible con la desobediencia esporádica de (N)», *La eficacia del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 22.

¹⁸ Tomo esta expresión de causi-positivismo de ROSS, A., «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural», en ID., *El concepto de validez y otros ensayos*, Trad. de G. Carrió y O. Paschero, Fontamara, México, 1991, pp. 7-32, en concreto, pp. 21-25.

¹⁹ En este sentido es en el que mantiene BOBBIO, N., que en Hobbes, «la justicia, entendida como el conjunto de los ideales éticos del hombre, se reduce a la paz social», «formalismo jurídico y formalismo ético», en ID., *Contribución a la teoría del Derecho*, obra citada, pp. 105-116, en concreto, p. 116.



siempre es justo y, por tanto, tiene que ser obedecido. Las conductas justas son, desde este punto de vista, aquellas que se corresponden con lo prescrito en la norma jurídica; y de la misma manera, las conductas que vulneran la norma jurídica no sólo son antijurídicas sino también injustas. Por lo que respecta a la versión moderada, la justicia no se identifica exclusivamente con el valor de la seguridad sino también con otros valores como la libertad, la igualdad, etc. Sin embargo, también aquí, el valor principal sigue siendo la seguridad –la paz y el orden como fundamento de toda sociedad- y por eso, aunque nos encontremos ante una norma jurídica injusta, debe ser obedecida²⁰.

De esta forma, sólo la versión radical del positivismo jurídico es plenamente reduccionista, pero, en cualquier caso, ni ésta ni la moderada deben confundirse con otros tipos de positivismos que, desde luego, no son reduccionistas. Me refiero, principalmente, al positivismo metodológico y al positivismo teórico. El positivismo metodológico, como ya se ha dicho, es precisamente el que defiende la independencia conceptual entre validez, eficacia y justicia y critica –como reduccionismos- aquellas teorías del Derecho que no la tienen en cuenta. Su dimensión principal consiste en la aproximación neutral desde el punto de vista valorativo al Derecho, o lo que es lo mismo, la afirmación de la independencia conceptual entre la validez y la justicia del Derecho. Por lo que respecta al positivismo teórico, éste supone, asumido el positivismo metodológico, la asunción de una determinada teoría del Derecho.

Existe también una reducción de validez a justicia en aquellos autores que mantienen una concepción iusnaturalista²¹. Sin embargo, al igual que ocurría con el positivismo, no todas las corrientes iusnaturalistas son reduccionistas. Si de todas las posibles clasificaciones de los tipos de iusnaturalismos optamos por la que distingue entre iusnaturalismo ontológico e iusnaturalismo deontológico, debe aclararse que sólo el primero es reduccionista. Para éste tipo de iusnaturalismo -dentro del cuál pueden incluirse autores como Tomás de Aquino o Agustín de Hipona- una norma jurídica sólo es válida, y por tanto

²⁰ En cualquier caso, BOBBIO, N., aclara que esta versión moderada del positivismo ideológico «no dice que el orden sea el valor supremo: si en un momento histórico determinado un cierto valor es considerado superior al orden existente y es incompatible con él, entonces es posible romper el orden (a través de un movimiento revolucionario) para realizar dicho valor», *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 235.

²¹ Según GARCÍA MAYNEZ, E., lo que caracteriza, en este sentido, a las posiciones iusnaturalistas, es el «aserto de que el Derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido», *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, UNAM, México, 1977, p. 128.



obligatoria, si es justa. El iusnaturalismo ontológico se caracteriza, por tanto, por mantener dos tesis, relacionadas con la Filosofía ética y con el concepto de Derecho respectivamente²².

La primera tesis supone la defensa, desde la Filosofía ética, de una concepción objetivista y cognitivista de la moral. Para un iusnaturalista ontológico, existe una moral objetiva que puede, además, ser conocida: el Derecho Natural. La segunda tesis significa, necesariamente, que si el Derecho positivo –es decir, el Derecho creado por los seres humanos- contradice esa justicia objetiva representada por el Derecho Natural no puede ser calificado como “Derecho”, es decir, que no es válido y que no existe obligación de obedecerlo. Como puede observarse el iusnaturalismo ontológico mantiene una concepción dualista del Derecho, que distingue entre Derecho Natural y Derecho positivo, y que mantiene la superioridad del primero sobre el segundo. Esto es precisamente lo que distingue al iusnaturalismo ontológico del deontológico, ya que éste último, a pesar de aceptar la primera tesis, no defiende la segunda. Para un iusnaturalista deontológico, una norma jurídica que no sea conforme al Derecho Natural seguirá siendo válida, aunque no tendrá que ser obedecida al ser injusta²³.

Como puede observarse, el iusnaturalismo ontológico mantiene un concepto de validez como obligatoriedad moral, mientras que el iusnaturalismo deontológico se acerca más a un concepto de validez como “pertenencia” de la norma al sistema jurídico y/o como “existencia” y, por tanto, como apoyo a dicha norma por el aparato coactivo del Estado, aunque si es injusta no deba ser moralmente obedecida.

Quedaría por analizar un tercer tipo de reduccionismo al que se conoce con el nombre de realismo jurídico, aunque bajo esta terminología se agrupa un conjunto bastante heterogéneo de teorías que afirman que una norma jurídica sólo es válida cuando es eficaz en el sentido de cumplida por los destinatarios o, en caso de incumplimiento, impuesta la sanción correspondiente por el operador jurídico competente. El movimiento realista tuvo lugar principalmente a finales del siglo XIX y principios del Siglo XX, incardinándose dentro de la revuelta frente al formalismo jurídico que tuvo lugar en esa época, y cuenta con dos vertientes: la norteamericana y la

²² Vid. NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, 4 ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 28.

²³ FERNÁNDEZ, E., aclara, en este sentido, que la definición de C. S. Nino de iusnaturalista como aquél que acepta las dos tesis es correcta siempre que se considere como definición del iusnaturalismo ontológico, y no de todo iusnaturalismo, ya que existen otras teorías –iusnaturalismo deontológico- que «no admitirían ser excluidas de una manera tan tajante del multiseccular y variado campo del iusnaturalismo», «El Iusnaturalismo», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, pp. 55-64, en concreto, p. 55.



escandinava²⁴.

En cuanto al realismo jurídico norteamericano –dentro del que suele situarse, como predecesor, a O. W. Holmes- este considera que algo sólo puede definirse como Derecho si se cumple por los destinatarios de la norma o si al “mal hombre” que la incumple se le impone la sanción correspondiente por el operador jurídico competente, principalmente el juez. Para el realismo norteamericano, una norma jurídica sólo es válida, en última instancia, si encuentra el apoyo del aparato coactivo del Estado, lo que supone que en esta concepción del Derecho prima la validez como sinónimo de “existencia”, “vigencia” o “aplicabilidad”. Desde el punto de vista del “mal hombre”, por poner un ejemplo, si una norma que pertenece al sistema jurídico prohíbe una conducta pero la vulneración de la norma no se concreta efectivamente en una sanción, aplicándose por los tribunales, no será “realmente” Derecho. Así, el verdadero Derecho, es decir, el Derecho válido consiste en las predicciones sobre la conducta del juez a la hora de decidir si sanciona o no las vulneraciones de las normas jurídicas. En este sentido, suele afirmarse que el realismo norteamericano es conductista.

Por lo que respecta al realismo escandinavo, considerado como psicologista, de nuevo la validez de una norma tiene que ver con la probabilidad de que la misma sea observada por los órganos encargados de decidir las cuestiones jurídicas, es decir, que sea eficaz. Pero en este caso, la norma sólo es válida si contribuye a formar la conciencia del juez, que de esta forma la siente como obligatoria. La eficacia, se convierte así en condición para la validez, entendida como “vigencia”, es decir, como apoyo del aparato coactivo del Estado. Ahora bien, el que la norma sea eficaz, depende, en última instancia, de que la misma respete la validez como “obligatoriedad”, observada desde el punto de vista psicológico de la labor judicial²⁵.

En cualquier caso, dejando de lado ahora los posibles reduccionismos, lo cierto es que aunque el positivismo metodológico mantiene la independencia conceptual entre validez, eficacia y justicia de las normas, también reconoce las múltiples relaciones entre esas dimensiones.

Así, la relación entre validez y eficacia supone el reconocimiento de que el apoyo del aparato coactivo del Estado a las normas jurídicas es una de las principales razones por las que los individuos adaptan sus conductas a lo establecido en ellas. Pero es que, además, desde el análisis del sistema jurídico

²⁴ Vid. HIERRO, L., «Realismo jurídico», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, pp. 77-86.

²⁵ Vid. HIERRO, L., «El realismo como teoría del Derecho», en ID., *El realismo jurídico escandinavo*, F. Torres, Valencia, 1981, pp. 239-345.



en su conjunto, la existencia del mismo depende de su eficacia²⁶.

Evidentemente, otro criterio del que depende en gran medida la eficacia de las normas es la consideración de éstas, por parte de sus destinatarios, como justas. Ciertamente, esto no quiere decir que las normas injustas sean menos eficaces, ya que su eficacia puede igualarse a la de las normas justas con un mayor nivel de coacción, y de hecho tenemos múltiples ejemplos en la historia de normas injustas que han sido muy eficaces. Sin embargo, también es cierto que a igual nivel de coacción, una norma jurídica que los individuos consideren justa encontrará mayor adhesión por parte de los individuos y podrá, por tanto, considerarse más eficaz.

Finalmente, respecto a la relación entre validez y justicia, es cierto que una norma no necesita ser justa para ser válida. Ahora bien, parece evidente que en aquellos sistemas jurídicos en los que las normas inferiores deben respetar el contenido de las normas superiores para ser válidas –estamos por tanto hablando de la validez como pertenencia-, si no lo hacen, serán consideradas no sólo como inválidas sino también como injustas, siempre que, por supuesto, consideremos dichos contenidos de las normas superiores como justos. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en los Estados constitucionales, en los que se han incluido valores superiores que representan una determinada idea de justicia en las constituciones, de forma que si estos no son respetados por las normas inferiores, son declaradas inconstitucionales y, por tanto, inválidas. Ahora bien, esta conexión entre validez y justicia no supone la vulneración de la independencia conceptual entre estas dos dimensiones defendida por el positivismo metodológico, al no predicarse, necesariamente, de todos los sistemas jurídicos, sino sólo de aquellos en los que se defiende un modelo de Estado y de Derecho fruto del constitucionalismo moderno.

B.- Aproximación a un concepto positivista de Derecho: El Derecho como fenómeno social y cultural y como forma de organización social. La necesidad del Derecho

Debido a todas estas dificultades para dar una definición más o menos acabada de Derecho, parece que la vía más sencilla a la hora de determinar dicho concepto puede ser ensayar una aproximación al mismo a través de ciertos rasgos básicos. Ahora bien, antes de avanzar en esa labor, quizás sea interesante volver a insistir en que esa “aproximación” que aquí se va a hacer

²⁶ Vid. NAVARRO, P., «Validez y eficacia de las normas jurídicas», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, pp. 209-217, en concreto, p. 211. Como afirma ALEXY, R., «la condición de la validez jurídica de un sistema de normas es que las normas que a él pertenecen sean eficaces *en general*, es decir, que valgan socialmente», *El Concepto y la validez del Derecho*, Trad. de J. Malem, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 90.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

al concepto de Derecho, se realiza desde una concepción del mismo positivista metodológica, que considero, por diferentes motivos que se irán exponiendo a lo largo de las diferentes lecciones de este programa, como la posición más adecuada para comprender el fenómeno jurídico.

Realizada esa aclaración, quizás se pueda comenzar afirmando que el Derecho es un fenómeno humano, y que con esta idea se hace referencia a varias cosas. En primer lugar, que el Derecho es un fenómeno producido por los seres humanos, y que por tanto, es resultado de las diferentes sociedades y culturas y reflejo de las circunstancias históricas en las que éstas se han dado. El Derecho no tiene sentido ni en relación con el mundo trascendente al ser humano ni en relación con el mundo animal o vegetal²⁷, pero además, en cuanto a las sociedades humanas, ha cambiado desde las sociedades primitivas hasta las contemporáneas, expresando ideologías y visiones del mundo diferentes, y siempre ha variado de una cultura a otra. Además, en segundo lugar, cuando se afirma que el Derecho es un fenómeno humano, puede hacerse referencia con esta idea al hecho de que el ser humano es un ser social y que, por tanto, al vivir en sociedad, se relaciona con otros seres humanos tejiendo una red de relaciones intersubjetivas. Esta concepción del ser humano como un ser social supone, finalmente, la necesidad de organizar esa sociedad para ordenar la coexistencia de los seres humanos y alcanzar ciertos objetivos comunes²⁸. Esto, evidentemente, se hace a través de la imposición de ciertas pautas de conducta como modelos de comportamiento que han de ser seguidos por el grupo social, y en las sociedades en las que se ha alcanzado cierto grado de civilización esto se hace, entre otras vías, a través del Derecho²⁹.

Pero además, debe resaltarse que esa función de organización social conforme a ciertos fines en que consiste el Derecho se desarrolla a través de normas. En este sentido, el Derecho tiene naturaleza normativa, ya que los modelos de conductas establecidos en el Derecho pertenecen al mundo del deber ser. El Derecho consiste en un sistema de normas que establecen –de

²⁷ Dice GUASP, J., que al Derecho «no le afectan, a este respecto, ni los *seres superiores*, ni los *seres inferiores* a aquellos que poseen la condición de hombres que él exige», *Derecho*, Madrid, 1971, p. 23.

²⁸ Señala acertadamente FERNÁNDEZ GALIANO, A., que dentro de estos objetivos comunes no se encuentran sólo las necesidades materiales, sino también «otras más trascendentales para la persona humana, de índole espiritual, cultural, etc.», *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1986, p. 321

²⁹ Afirma, en este sentido, FALZEA, A., que carece de sentido un «Derecho robinsoniano» en el que un único individuo aislado es «autor (legislador) y destinatario», por lo que puede afirmarse que la «socialidad representa otro límite extremo de todas las posibles definiciones y concepciones del Derecho», *Introduzione alla scienze giuridiche*, 4 ed., Giuffrè Milano, 1992, pp. 9-10.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

forma coactiva³⁰-cuáles deben ser las conductas de los individuos para que puedan alcanzarse los fines que se pretenden³¹.

La idea de fines, conduce, en última instancia, a preguntarse por la voluntad que los establece, que evidentemente, será la misma que produce las normas jurídicas con las que se pretende conseguirlos. En este sentido, parece que el Derecho, como conjunto de normas jurídicas que varía dependiendo de la sociedad y la cultura en que nos encontremos, puede definirse siempre como una forma de organización social que pretende ciertos fines considerados como valiosos por la voluntad del poder, que es el que produce el Derecho³². El elemento del poder se hace indispensable para entender el Derecho, y sólo desde esta dimensión, y la observación del uso de la fuerza que hace el poder, puede entenderse el elemento de coacción del Derecho que lleva finalmente a su eficacia.

³⁰ Vid. KELSEN, H., «El Derecho como técnica social específica», en ID., *¿Qué es Justicia?*, 2 ed., trad. de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 152-182 y «Causalidad e imputación», *ibidem*, pp. 221-253.

³¹ En este sentido, «las normas no enuncia lo que ha sucedido, sucede o sucederá sino lo que *debe ser* cumplido, aunque tal vez en la realidad no se haya cumplido, ni se vaya a cumplir», RECASENS, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, obra citada, p. 117.

³² Así para PECES-BARBA, G., «Las normas tienen realidad apoyadas en el poder, y organizando el uso de la fuerza, y desde ellas se condiciona, se dibuja, la vida social humana», *Introducción a la Filosofía del Derecho*, obra citada, pp. 70-71.



Lección 2.- El Derecho como forma de organización social

A.- Las funciones sociales del Derecho.

- 1) La función de organización y control social
- 2) Otras funciones del Derecho.

B.- Derecho y cambio social.

- 1) El Derecho como instrumento de cambio social.
- 2) El cambio social y la transformación del derecho.

A.- Las funciones sociales del Derecho.

El análisis funcional del Derecho –de las tareas o funciones que el Derecho cumple en la sociedad- permite cuestionarse la utilidad del mismo dentro de un determinado sistema social³³. Ciertamente, este tipo de análisis sólo cobra importancia para la Teoría del Derecho a partir de la década de los setenta del pasado siglo, conjugándose con el análisis estructural. Una razón para este cambio es que con el estado social se producen cambios en el sistema jurídico que sólo parecen encontrar una buena explicación a través de la asunción por parte del Derecho de una nueva función, la promocional y distributiva. Además, en el ámbito teórico, surgen diferentes teorías funcionalistas en el ámbito de la sociología del Derecho³⁴, con posturas encontradas y cuya polémica favorece la importancia del análisis funcional del Derecho. Por un lado, aparecen las teorías “funcionalistas”, “organicistas” y “causalistas” de la sociedad y el Derecho, según las cuales éste sólo puede cumplir una función positiva respecto a aquélla, ya que todos los elementos del sistema social han de ser funcionales para alcanzar el punto de equilibrio de la cohesión social. Por otro lado, surgen las teorías “conflictualistas”, según las cuáles la estructura de la sociedad no se caracteriza por el consenso

³³ Como afirma LOPEZ CALERA, N., el análisis funcional del Derecho pretende responder a las cuestiones de «cómo funciona (actúa) y para qué funciona (con qué efectos) el Derecho dentro de un determinado sistema jurídico y social», «Funciones del Derecho», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (Editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, p. 461.

³⁴ A este respecto, puede consultarse TREVES, R., *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones y problemas*, Trad. de M. Atienza, M. J. Añón y J. A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1988, IX: “La función del Derecho”, pp. 203-222.



generalizado, siendo de esta forma una sociedad “armónica”, sino por el disenso, dando lugar a una sociedad “conflictual” en la que las funciones del Derecho tienen un carácter negativo y generador de tensiones y conflictos.

En cualquier caso, y teniendo en cuenta las diferentes teorías sobre las funciones, si se quiere que el análisis funcional se nos muestre como un buen instrumento de conocimiento del sistema jurídico y de su utilidad, se hace necesario, con carácter previo, referirnos el término “función”.

En primer lugar, puede hacerse referencia a una tipología básica referente al concepto de “función”, según se asuma un punto de vista “objetivista” o “subjetivista”.

Desde el un punto de vista “objetivista”, el sistema social es comparado con un organismo vivo, compuesto de diferentes órganos que realizan una serie de “funciones vitales” para su existencia. Así, la “función” es la tarea que un órgano realiza para el mantenimiento o existencia del organismo. De la misma forma que el ser humano (organismo) necesita para su existencia de la realización por parte de sus órganos (pulmones, aparato digestivo, corazón, etc) de una serie de funciones vitales (respirar, alimentarse, bombear sangre para llevar oxígeno a todas las partes del cuerpo, etc), la sociedad (organismo) necesita para su existencia de la realización por parte de sus órganos de una serie de funciones vitales. Esta visión “objetivista” supone una definición *apriorística* de las funciones a desempeñar en un sistema (organismo) por los subsistemas que lo componen (órganos). Las funciones sólo pueden ser definidas si *a priori* se realiza una enumeración de las necesidades vitales del sistema. La función será la respuesta a una necesidad vital del sistema previamente definida. En el caso del Derecho como subsistema (órgano) del sistema social (organismo), este concepto “objetivista” de función supone que la afirmación de ciertas necesidades vitales de toda sociedad, con carácter universal, permite a su vez la afirmación de ciertas funciones universales a desempeñar por cualquier sistema jurídico, sin necesidad de acudir a ningún referente empírico.

Frente a esta visión, la perspectiva “subjetivista” de función, que personalmente me parece bastante más adecuada, supone la definición de la misma a partir de los individuos que componen el sistema social y las finalidades que éstos pretenden al interactuar en el mismo, rechazándose así cualquier tipo de definición *apriorística* de función. Desde este punto de vista, las funciones no son universales sino relativas, dependiendo de los objetivos que los individuos pretendan realizar en cada momento y en cada sistema.

Por otro lado, desde un punto de vista crítico pueden distinguirse dos tipos de funciones, las “positivas” y las “negativas”. Las “positivas” se dan cuando existe una correlación adecuada entre las necesidades planteadas al sistema o a un órgano, norma o institución del mismo y la labor desempeñada por éstos. Las funciones “negativas”, en cambio, surgen en los casos en los que



no existe correlación entre lo planteado como necesidad por los individuos del sistema y la labor llevada a cabo por el órgano, norma o institución. Este último tipo de funciones no debe confundirse con el concepto de “disfunción” ya que como señala Bobbio, «la disfunción pertenece a la patología de la función y la función negativa a la fisiología (...) La disfunción se refiere al funcionamiento de una determinada institución y la función negativa a su funcionalidad»³⁵.

Finalmente, utilizando como criterio el análisis de los efectos sociales producidos por una institución o una norma jurídica, las funciones pueden distinguirse en latentes y patentes. Las funciones latentes, son aquéllas que no aparecen como queridas o exigidas conscientemente por la sociedad, y las mismas podrían subdividirse, a su vez, en positivas o negativas, según contribuyeran o no a la funcionalidad del sistema. En cuanto a las funciones patentes son las que se demandan conscientemente por los sujetos que componen el sistema social.

Independientemente de las diferentes tipologías que puedan utilizarse para hacer referencia a las funciones del Derecho, lo interesante ahora es analizar cuáles son las principales funciones desempeñadas por los sistemas jurídicos. En este sentido, suele afirmarse que las funciones del Derecho consisten en la organización, integración y control social, el tratamiento o resolución de conflictos y la legitimación del poder social.

1) La función de organización y control social

Ya se hizo referencia en la lección primera, al dar un concepto aproximativo de Derecho, que uno de los rasgos básicos del mismo es, precisamente, configurarse como una forma específica de organización social. El Derecho responde a la necesidad de organizar la sociedad para ordenar la coexistencia de los seres humanos y alcanzar ciertos objetivos comunes, y por esta razón las normas jurídicas imponen ciertas pautas de conducta como modelos de comportamiento que han de ser seguidos por el grupo social. Al hacer esto, el Derecho desarrolla una función de control social, integrando los comportamientos sociales en un modelo normativo establecido y corrigiendo o reprimiendo las conductas “desviadas” respecto de ese modelo ³⁶. Ciertamente, esta función de organización y control social se desempeña por todos los sistemas normativos y no solamente por el Derecho, hasta el punto de que en las sociedades “primitivas” el Derecho aparece indiferenciado con

³⁵ BOBBIO, N., «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», en I.D., *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, p. 263.

³⁶ Sobre el control social y la desviación puede consultarse FARIÑAS DULCE, M. J., «La marginación y la desviación», en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pp. 199-202



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

respecto a la moral y las reglas del trato social³⁷. Ahora bien, si es cierto, como así parece, que el instrumento más efectivo para ejercer el “control social” es el uso de la fuerza, parece evidentemente que el Derecho es el sistema normativo que mejor cumple la función de organización y control social en el mundo moderno, donde normalmente éste es expresión del poder político del Estado, que ha asumido el monopolio en el uso legítimo de la fuerza.

Esta función de organización y control social puede ejercerse por el Derecho a través de diferentes técnicas. En primer lugar, a través de las técnicas “protectoras” y “represivas” que imponen a los individuos deberes positivos (obligaciones) o negativos (prohibiciones) bajo la amenaza de una pena o sanción de tipo “negativo”. De esta forma, se protegen determinados comportamientos a los que se califica como lícitos (los comportamientos obligatorios y los permitidos) a la vez que se reprimen otros considerados como ilícitos (los comportamientos prohibidos). Este tipo de técnicas, identificables principalmente con el Derecho penal³⁸, son las utilizadas por el Estado liberal clásico, donde el Estado es observado como un mal necesario que debe abstenerse de intervenir en las relaciones sociales salvo allá donde sea necesario exclusivamente para la garantía de la autonomía individual y el libre mercado.

En segundo lugar, se sitúan las técnicas organizativas, directivas, regulativas y de control público, mediante las cuales el Derecho organiza la estructura social y económica, otorgando poderes y competencias a los poderes públicos para la regulación y control, conforme a determinadas políticas públicas, de diferentes ámbitos de la actividad privada. Este tipo de técnicas es típico del Estado social, y supone una visión positiva e intervencionista del Estado precisamente para evitar ciertos peligros a los que puede conducir una visión ilimitada de la autonomía individual y las reglas del mercado.

³⁷ Para el proceso de diferenciación del Derecho de los otros sistemas normativos pueden consultarse los tipos ideales de Derecho de Max Weber en WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Ed. de J. Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 170 y ss. *Vid.*, en este sentido, FARIÑAS DULCE, M^a J., *La sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 261-274.

³⁸ El Derecho penal constituye el caso más claro de técnica “protectora” y “represiva”, pero evidentemente no es el único. En este sentido, como se señala KELSEN, H., «el Derecho civil, que regula las relaciones económicas entre los individuos, garantiza la conducta deseada en este terreno de un modo que no difiere esencialmente del que el Derecho penal utiliza en su terreno con el mismo fin. Es decir, en último término establece, a veces indirectamente, una medida coactiva para la conducta contraria –su propia medida coactiva, que es la ejecución forzosa-», «El Derecho como técnica social específica», en ID., *¿Qué es Justicia?*, obra citada, p. 171.



En tercer lugar, y también como fruto de esta visión del Estado social, se encontrarían las técnicas promocionales o de alentamiento, con las que se pretende persuadir a los individuos de la realización de determinados comportamientos que se consideran como socialmente deseables. En estos casos, la regulación de dichos comportamientos deseables va acompañada de una sanción “positiva”, consistente normalmente en un premio o ayuda económica por la realización de dicho comportamiento. Con este tipo de normas, se pretenden realizar ciertos valores sociales y emancipatorios cuya consecución resulta impensable desde un Derecho basado exclusivamente en las técnicas protectoras y represivas. A pesar de la insistencia de algunos autores –como Bobbio- en hablar de una nueva función del Derecho –la función promocional³⁹- se trata más bien de una nueva técnica (promocional) para cumplir la función ya clásica de orientación y control social de los comportamientos de los individuos también desempeñada por las técnicas anteriores.

2) Otras funciones del Derecho.-

La función de organización y control social es sin duda una de las funciones esenciales desempeñadas por el sistema jurídico, pero los teóricos del análisis funcional del Derecho han identificado otras funciones, entre las que destacan la función de tratamiento o resolución de conflictos y la función de legitimación del poder social.

En cuanto a la función de resolución o tratamiento de conflictos, merece destacarse que hay autores –especialmente en el ámbito norteamericano- que la consideran como la principal función del Derecho. Hay varias causas que pueden ayudar a entender esta consideración especial de la función de resolución de conflictos en dicho ámbito, como la propia configuración del sistema jurídico anglosajón, construido sobre la idea de la justicia al caso concreto y en el que, por tanto, cobra especial importancia la función judicial, observada como la forma de resolver los conflictos sociales que se plantean ante los tribunales de justicia.

Algunos autores, prefieren hablar, no obstante, de función de «tratamiento de los conflictos declarados»⁴⁰, terminología más adecuada que la de «resolución» por varios motivos.

En primer lugar, si consideramos que la estructura social es conflictual, de forma que el conflicto social es permanente al existir intereses diferentes y antagónicos irreconciliables -algo que parece que describe mejor la sociedad que su concepción como un todo armónico- lo que hace el sistema jurídico no

³⁹ BOBBIO, N., «La función promocional del Derecho», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 371-385.

⁴⁰ FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, Debate, Madrid, 1989, pp. 114-115 y 165-196.



es resolver el conflicto sino juridificarlo y mantenerlo bajo control, es decir, tratarlo.

En segundo lugar, la consideración de esta función como “tratamiento”, en lugar de “resolución”, permite integrar dentro de la misma no sólo a la parte del sistema jurídico que tiene que ver con el poder judicial, sino también con los poderes legislativo y ejecutivo. El “tratamiento” del conflicto empieza en el momento en que el Derecho lo juridifica, es decir, en la fase legislativa y de producción normativa administrativa, dando a los agentes sociales elementos jurídicos persuasivos conforme a los que actuar. Solamente cuando el “tratamiento” dado en estas fases al conflicto falla, y los agentes sociales consideran que son incapaces por sí mismos de “tratar” el conflicto, es cuando el Derecho ofrece la posibilidad de seguir tratando el conflicto ante los mecanismos jurídico-formales de “resolución” de los mismos: los tribunales.

En tercer lugar, la consideración de esta función como “resolución” olvida que el Derecho, en algunos casos, no es solamente un mecanismo de “resolución” de conflictos sino también de “generación de nuevos conflictos”. En este sentido, por ejemplo, la resolución judicial de un determinado supuesto puede hacer aflorar conflictos subyacentes iguales o similares, o puede provocar conflictos, por ejemplo, con determinados ámbitos de la producción económica.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la consideración de esta función como “resolución” judicial de los conflictos no tiene en cuenta la existencia, junto con los mecanismos formales o judiciales de resolución, de otros mecanismos informales o extrajudiciales que, no obstante, también están integrados dentro del Derecho estatal, como son la mediación, la conciliación, el arbitraje, etc, y que cada día van cobrando más fuerza frente a los primeros ⁴¹. Además, existirían otros mecanismos alternativos, no integrados en el Derecho estatal, como los meramente económicos o financieros.

En cuanto a la función de legitimación del poder social a la que también se hizo referencia al inicio de este apartado, parece evidente que el Derecho ha operado siempre como un mecanismo que ha otorgado legitimidad, aceptación y consenso a las decisiones políticas. Incluso, desde un punto de vista más amplio, el Derecho opera como un mecanismo del mismo tipo no solamente respecto de las autoridades públicas sino también de cualquier persona que forme parte del sistema social. Así, pueden distinguirse dos fases de cumplimiento de esta función. En primer lugar, el Derecho otorga legitimidad a la actuación de los órganos y autoridades públicas a través de normas que no sólo fijan las competencias de las mismas y sus procedimientos

⁴¹ Vid. ARNAUD, A. J., y FARIÑAS, M. J., *Sistemas jurídicos. Elementos para un Análisis sociológico*, obra citada, pp. 134-135.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

de actuación, sino que incluso fijan límites de contenidos a la misma. En segundo lugar, el Derecho otorga también legitimidad a las acciones de los individuos particulares, y no resulta inhabitual que éstos utilicen precisamente los comportamientos prohibidos, permitidos o prohibidos por las normas jurídicas como forma de justificarlas⁴².

B.- Derecho y cambio social.-

El tema del cambio social y el cambio del Derecho, así como sus interrelaciones mutuas es un tema básico tanto en la Teoría del Derecho como en la sociología del Derecho, con el que se ha intentado dar respuestas a preguntas relativas a los efectos de las normas jurídicas en la sociedad y viceversa. Por ejemplo, si el Derecho es un factor de cambio social o un obstáculo a los mismos; si el derecho debe limitarse a recoger cambios sociales que ya hayan tenido lugar o deben generarse dichos cambios a través de las normas jurídicas; etc. En definitiva, se trata, por lo general, de dos grandes temas. Por un lado, el Derecho como instrumento de cambio social. Y por otro lado, el cambio social y la transformación del Derecho.

1) El Derecho como instrumento de cambio social.-

Por lo que respecta al tema del Derecho como instrumento de cambio social, las diferentes teorías sobre este aspecto pueden englobarse en dos grandes bloques⁴³. De un lado, ciertos autores mantienen que el Derecho debe limitarse a reflejar los cambios que ya hayan tenido lugar en la sociedad y ser, por tanto, neutral y abstencionista. Un ejemplo de esta posición es la de los autores de la Escuela histórica del Derecho y del resto de movimientos que encabezaron “la revuelta contra el formalismo” –especialmente Savigny- que consideran que el Derecho es una manifestación del “espíritu del pueblo” (volksgeist), expresión en la que se resumen todas las peculiaridades del grupo social y que por tanto, ni puede ni debe utilizarse como instrumento de cambio social.

Por otro lado, estaría la posición de ciertos autores que consideran que el Derecho puede ser un instrumento de cambio social, operando como motor o guía del mismo y de emancipación de los individuos. Aquí se encontrarían todas las teorías que consideran que a través de la legislación se pueden introducir cambios en el sistema social, como la Ciencia de la Legislación propugnada por Bentham y Austin y sus investigaciones sobre los efectos sociales de la descentralización del poder, la reforma del sistema penitenciario o la emancipación de las colonias inglesas.

Esta idea del Derecho como instrumento de cambio social resulta

⁴² Vid. FERRARI, V., *Las funciones del Derecho*, obra citada, pp. 197-219.

⁴³ Vid. ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, obra citada, pp. 164-166.



plausible desde el momento en que el Derecho se compone de normas jurídicas escritas que pueden ser conocidas por los destinatarios y que proceden del poder público y están, por tanto, aseguradas a través de las sanciones correspondientes. De esta forma, «la ley contribuye siempre a crearnos unos hábitos y unas estructuras mentales mediante las cuales el cambio es favorecido»⁴⁴. Ahora bien, sin duda, la expresión más acabada de esta posición es la que durante el siglo XX ha llevado a cabo el Estado social, produciendo auténticas reformas en las estructuras económicas y sociales que, además, se han realizado de forma pacífica representando elementos de emancipación para el conjunto de los ciudadanos.

En cualquier caso, el Derecho como instrumento de cambio social, favorecido en los últimos años a través de las diferentes investigaciones que se han llevado a cabo en el ámbito de la Teoría de la Legislación, encuentra ciertos límites. El primero de ellos, viene representado por un límite fáctico consistente en la dificultad de cambiar determinadas hábitos fuertemente enraizados en la sociedad⁴⁵. Pero no sólo eso, sino que parece también que debe afirmarse la existencia de un límite ético expresado en el principio de autonomía y los peligros que para el mismo puede representar una legislación injustificadamente paternalista o perfeccionista.

2) El cambio social y la transformación del derecho.-

Hasta ahora se ha hecho referencia a la posibilidad y conveniencia del Derecho como instrumento de cambio social. Pero existe otro aspecto importante de las relaciones entre el Derecho y la sociedad que no se ha tratado: el cambio social y la transformación del Derecho a raíz de ese cambio. Ciertamente, resulta obvio que continuamente se producen cambios sociales originados por factores ideológicos, políticos, tecnológicos, culturales, etc. En este sentido, resulta también interesante estudiar la forma y con el alcance que éstos cambios sociales se recogen en el Derecho, pero también puede resultar de vital importancia el análisis de los factores que oscurecen ese cambio jurídico, y que suponen acudir a un enfoque multidisciplinar. Habrá que analizarlas las dificultades que encuentran los legisladores para recoger esos cambios tanto desde la Teoría de la legislación, como de la sociología jurídica, la politología, etc⁴⁶.

⁴⁴ D ÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, 3 ed. corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1993, p. 312.

⁴⁵ Así COTTERRELL, R., presenta la ley seca como uno de los más claros ejemplos en la historia del Derecho de los «grotescos y costosos fracasos en el intento de usarlo para alterar enraizadas pautas de conducta social», *Introducción a la Sociología del Derecho*, obra citada, p. 61.

⁴⁶ En este sentido, puede consultarse, entre otros trabajos la obra de NOVOA, E., *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI, 1975, especialmente, pp. 56 y ss.



Lección 3.- El Derecho y otros sistemas normativos

A.- Las reglas del trato social y su caracterización. Conexiones y distinciones con el Derecho y la moral.

B.- Derecho y moral.

- 1) Análisis de los modelos de relación entre Derecho y moral.
- 2) El modelo de “separación conceptual” entre Derecho y moral.
Distinciones y conexiones.

Hasta ahora, se ha insistido en la idea de que el Derecho es una forma de organización social a través de normas que regulan las conductas de los seres humanos. Sin embargo, las normas jurídicas no son las únicas que determinan las conductas de los individuos, de forma que puede afirmarse la existencia de otros sistemas normativos que también cumplen esa función de organización social: las reglas del trato social y la moral. Ahora bien, las parcelas de la vida social humana que regulan cada uno de los sistemas normativos –incluido el Derecho- no están delimitadas como compartimentos estanco. En algunas ocasiones, una conducta se encuentra regulada sólo por uno de esos sistemas normativos, pero otras veces, una misma conducta puede estar regulada por más de uno de esos sistemas. Evidentemente, esto puede producir una cierta confusión respecto a lo que es el Derecho, y se hace necesario la caracterización y distinción de estos sistemas para avanzar respecto al concepto de Derecho y solucionar algunos problemas prácticos⁴⁷.

⁴⁷ Como afirma LAPORTA, F. J., el principal problema práctico que plantea la cuestión Derecho-moral es que «nos tropezamos continuamente con normas que han pasado todos los controles formales de pertenencia a un sistema jurídico y que son, además, aceptadas y aplicadas oficialmente como tales, pero que, sin embargo, violan flagrantemente exigencias morales», *Entre el Derecho y la Moral*, 3 ed, Fontamara, México, 2000, p. 107.



A.- Las reglas del trato social y su caracterización. Conexiones y distinciones con el Derecho y la moral.

En cualquier sociedad se producen ciertas conductas o prácticas generalmente admitidas por esa comunidad o grupo social a los que se puede denominar usos sociales. Algunos de esos usos sociales no son normativos, en el sentido de que, a pesar de tratarse de una práctica general, no se consideran como obligatorios por el grupo. Se trata, en definitiva, de usos sociales que forman parte, sencillamente, de los comportamientos “regulares” o “habituales” de los miembros de una comunidad, como, por ejemplo, realizar actividades de ocio los fines de semana o ver la televisión cuando llegamos a casa, pero cuyo incumplimiento no genera ningún tipo de reacción adversa en el resto de los miembros de ese grupo social. Sin embargo, otros usos sociales tienen carácter normativo, afirmándose con ello que son considerados como obligatorios por los miembros del grupo. De esta forma, si alguno de los miembros de ese grupo se aleja del comportamiento considerado como obligatorio, se genera una reacción adversa en los demás. Estos usos sociales normativos, a los que se va a denominar aquí reglas del trato social⁴⁸, se constituyen, al igual que el Derecho, en un instrumento de organización social, al prescribir cuáles deben ser las conductas de los individuos. Piénsese por ejemplo, en la consideración como obligatorio, en determinados grupos sociales, del luto o del saludo o la deferencia en determinadas circunstancias a personas de edad avanzada. Ciertamente, quizás se piense que estos comportamientos no son exigidos igual que aquellos prescritos por el Derecho, pero en cualquier caso se trata de comportamientos obligatorios cuyo

⁴⁸ Ciertamente, la mayoría de los usos normativos son reglas del trato social, y aquí se van a identificar ambos términos, pero debe tenerse en cuenta la precisión de que también puede haber usos sociales de sentido moral y de sentido jurídico. Vid. RECASENS, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, obra citada, p. 167.



incumplimiento genera cierta reacción adversa en el grupo social, es decir, algún tipo de sanción.

Ahora bien, aunque las reglas del trato social constituyen un sistema normativo diferente del Derecho, no deben extrañar las relaciones entre ambos. Las reglas del trato social son, en multitud de ocasiones, una plataforma inicial en la consideración como obligatorio de un comportamiento que, posteriormente, y debido a su importancia, el grupo social puede estar interesado en exigir también a través del Derecho dada la mayor estabilidad de esta forma de organización social y el respaldo al mismo por el aparato coactivo del Estado. De hecho, muchos de los comportamientos exigidos por las normas jurídicas fueron, originariamente, reglas del trato social que se juridificaron cuando esas sociedades fueron avanzando en su proceso de civilización⁴⁹. De la misma forma, hay comportamientos que en un momento histórico son exigidos por el Derecho y que, por diferentes motivos, se convierten en un momento posterior en reglas del trato social, dejando de ser regulados por el Derecho.

No obstante, y a pesar de estas relaciones entre el Derecho y las reglas del trato social, que se ven aumentadas por las remisiones que en muchos casos el Derecho hace a las segundas, parece conveniente establecer criterios para distinguir a éstas tanto del Derecho como de la moral, a través de sus principales rasgos.

Por un lado, las reglas del trato social se caracterizan por su heteronomía, en el sentido de que tienen un origen extraño al destinatario de las mismas, sobre el que se imponen con independencia de su posterior aceptación o no de

⁴⁹ En este sentido, RADBRUCH, G., afirma que las reglas del trato social son la plataforma histórica de la que han surgido posteriormente el Derecho y la Moral, en *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 58-59. Vid. También su obra *Filosofía del Derecho*, trad. de J. Medina, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 66.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

los comportamientos exigidos en las mismas. En principio, esto diferenciaría a las reglas del trato social de las normas morales –que tradicionalmente se consideran como autónomas- y las acercaría al Derecho, cuyas normas son también heterónomas. Sin embargo, aunque efectivamente las normas jurídicas son impuestas a sus destinatarios por una autoridad jurídica diferente a los mismos, la misma aparece siempre perfectamente definida; se trata del operador jurídico competente para producir esa norma, tal y como ha establecido a su vez otra norma superior. Por el contrario, las reglas del trato social también son heterónomas, como el Derecho, pero en este caso no está definida ninguna autoridad competente para su producción, sino que las mismas se producen por ese ente abstracto que es “el grupo social”.

Además, las reglas del trato social se caracterizan por tener un ámbito de validez temporal y espacial que tampoco está perfectamente delimitado, asemejándose en este elemento a las normas morales y distinguiéndose de las normas jurídicas. Mientras que el Derecho es válido en un ámbito temporal delimitado perfectamente –hasta el momento en que queda derogado- las reglas del trato social dejan de ser válidas a través de un lento proceso de declive por el que poco a poco dejan de ser consideradas como obligatorias. Igualmente, mientras que el Derecho es válido en un ámbito espacial perfectamente delimitado –normalmente el del Estado- no ocurre lo mismo con las reglas del trato social. Estas tiene un ámbito espacial que puede exceder o ser más reducido que el del Estado, pero que además, no está claramente delimitado. En este sentido, un francés y un español que vivan, cada uno a un lado de los pirineos, pueden compartir reglas sociales que no comparte un madrileño, y los tres, a la vez, pueden compartir reglas sociales que no comparten, por ejemplo, con un hindú. En este sentido, la pertenencia a un grupo social no se establece, como en el Derecho, por la consideración a unas fronteras geopolíticas, sino a través de la identificación de elementos sociales y culturales comunes ajenos a



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

las mismas. En tercer lugar, las reglas del trato social se caracteriza por su exterioridad, de forma que puede afirmarse que para que la conducta del destinatario se ajuste a lo prescrito en la norma basta con que su comportamiento externo se ajuste a la misma, no exigiéndose, además, la aceptación “interna” o “en conciencia” de la misma, que caracteriza a las normas morales. De nuevo este rasgo, que diferencia a las reglas del trato social de la moral, parece acercarlas a las normas jurídicas, que también son externas. Sin embargo, también aquí la exterioridad de las reglas del trato social es diferente a la de las normas jurídicas, ya que exige, al menos, una «apariencia de afabilidad»⁵⁰ que no se exige en esta últimas. Así, por poner un ejemplo, yo cumplo con la prohibición jurídica de cometer asesinato sobre mi vecino, y no se me puede sancionar jurídicamente, por tanto, aunque reconozca incluso públicamente que me encantaría matarle y que no lo hago exclusivamente por el miedo a ir a la cárcel. Sin embargo, no parece probable que yo cumpla con la regla del trato social que me exige ser educado con ese mismo vecino y dejarle acceder en primer lugar al ascensor, si lo hago pero a la vez me dedico a insultarle y a decirle que me encantaría matarle.

Por otra parte, las reglas del trato social tienen una sanción externa que las distingue de las normas morales, cuya sanción es interna, identificándose con el remordimiento de conciencia. Por sanción externa, por tanto, se hace referencia a que la sanción le viene impuesta, al sujeto que incumple la regla del trato social, desde fuera, por el grupo social, pudiendo consistir en el desprecio, en la creación de una mala imagen pública, en la marginación dentro del grupo o incluso en la exclusión del mismo. De nuevo aquí, el elemento de la sanción parece alejar a las reglas del trato social de la moral y acercarlas a las normas jurídicas, ya que estas últimas también suponen una sanción externa. Pero

⁵⁰ GONZÁLEZ VIICEN, F., «Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991, p. 491.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

aunque la sanción del Derecho se asemeja a la de las reglas del trato social en su exterioridad, el primero supone además, y esta es la diferencia entre ambos sistemas normativos, una “sanción institucionalizada”. La institucionalización de la sanción en el ámbito jurídico supone que se conocen pública y previamente, las sanciones por el incumplimiento de cada una de las conductas exigidas por las normas jurídicas; que existe, dentro de ciertos parámetros, una proporcionalidad entre las sanciones y la gravedad de los incumplimientos de las normas jurídicas que las han generado; que se conoce, con carácter previo, el órgano competente y el procedimiento adecuado para imponer las sanciones por cada uno de los incumplimientos de las normas jurídicas⁵¹.

Finalmente, por tanto, el criterio decisivo para la distinción entre las reglas del trato social y el Derecho consiste en que éste último no está compuesto exclusivamente de normas jurídicas que establecen como obligatorias, prohibidas o permitidas determinadas conductas, sino que también existen otras normas que delimitan perfectamente quiénes y a través de qué procedimientos pueden crear y modificar dichas normas, así como determinar cuando se han incumplido e imponer las sanciones correspondientes.

B.- Derecho y moral.

El tema de las relaciones entre Derecho y moral es una de las cuestiones más complejas de la Teoría y la Filosofía del Derecho y ha sido uno de los temas clásicos de los filósofos y los teóricos del Derecho durante toda la historia del pensamiento jurídico⁵². Así, si pensamos en nombres de la historia

⁵¹ Además, mientras que la sanción jurídica puede ser una ejecución forzada de la conducta prescrita, la sanción de las reglas del trato social «no consiste nunca en la imposición forzada de la conducta debida (...) sino que constituye un simple reaccionar reprobatorio o excluyente», RECASENS, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, obra citada, pp. 209-210.

⁵² Como afirma GARZÓN VALDÉS, E., «El debate acerca de la relación entre derecho y moral tiene, como todos sabemos, una tradición milenaria. Comienza justamente en el momento en que se inicia la



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

de la filosofía y del pensamiento jurídico como Aristóteles, Platón, Kant, Hobbes, Kelsen, Hart, Fuller, Dworkin, Ross, Rawls o Habermas, por citar sólo algunos, parece evidente que gran parte de su pensamiento gira, precisamente, en torno a la cuestión de las relaciones entre Derecho y moral. Esto resulta justificable, además, si se tiene en cuenta que de la configuración que se haga de este tema depende nuestra respuesta a otros tópicos como el concepto de Derecho, las relaciones entre Derecho y justicia o la obediencia al Derecho. Así, por poner sólo un ejemplo, para aquellos autores que mantienen una postura de iusnaturalismo ontológico existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral que supone una definición del Derecho basada en la adecuación de éste a una moral correcta que se identifica con los criterios de justicia recogidos en el Derecho natural. Por el contrario, para un positivista metodológico –y vuelvo a insistir que esta es la posición mantengo- existe una separación conceptual entre Derecho y moral que supone que la justicia, independientemente de lo que se entienda por ésta, no es una condición que las normas jurídicas hayan de reunir necesariamente para ser calificadas como tales.

1) Análisis de las modelos de relación entre Derecho y moral

Las diferentes teorías sobre la relación entre el Derecho y la moral pueden clasificarse dentro de tres modelos generales: confusión entre Derecho y moral; separación tajante entre Derecho y moral; separación conceptual entre Derecho y moral. Veamos en qué consiste cada uno de estos modelos.

El modelo de confusión es aquél en el que las normas jurídicas son un subconjunto de las normas morales, es decir, que el Derecho forma parte, en todo caso, de la moral, siendo ésta más amplia. Si explicásemos gráficamente

reflexión acerca de cuál es la denotación de la pabra “derecho”», «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», en ID., *Derecho, ética y política*, Introducción de M. Atienza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 317.



马德里卡洛斯三世大学华人学生协会
ASOCIACION DE ESTUDIANTES CHINOS DE
LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

este modelo, representando cada uno de esos sistemas normativos con un círculo, veríamos dos círculos concéntricos, representando el círculo exterior a la moral y el interior al Derecho. Bajo este modelo, puede haber conductas que sean inmorales y no sean antijurídicas, al no estar reguladas por el Derecho, pero cualquier conducta antijurídica es, además, inmoral. Igualmente, puede haber normas morales que no sean jurídicas –ya que al Derecho no le interese esa conducta- pero cualquier norma jurídica será también una norma moral y, por tanto, justa.

Este modelo es el que se desarrolla en aquellos Estados con ordenamientos jurídicos que se inspiran en planteamientos integristas o fundamentalistas y que, por tanto, desde el punto de vista religioso, se configuran como estados confesionales. El ejemplo más claro hoy día –aunque también los países occidentales han pasado por este modelo- quizás lo representen los Estados donde ha triunfado el fundamentalismo islámico y en los que se produce una identificación entre el poder político y el poder religioso, entre la ley divina y la ley civil. Evidentemente, se trata de planteamientos que desde el punto de vista metaético asumen teorías cognoscitivistas y objetivistas de la justicia, por lo que, en relación con las diferentes concepciones del Derecho, pueden identificarse con el iusnaturalismo.

En cuanto al modelo de separación tajante entre Derecho y moral, puede afirmarse que éste no encuentra un reflejo histórico en ningún tipo de Estado, ya que todo sistema jurídico contiene una determinada concepción axiológica: la del poder que lo crea y sustenta. Como modelo teórico -que afirma que los criterios de moralidad e inmoralidad de una conducta son totalmente independientes de los criterios de legalidad e ilegalidad de la misma- se relaciona con planteamientos metaéticos relativistas o escépticos, y encuentra su mejor expresión en la postura positivista de Hans Kelsen en su Teoría Pura



马德里卡洛斯三世大学华人学生协会
ASOCIACION DE ESTUDIANTES CHINOS DE
LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

del Derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias la concepción neutral, desde el punto de vista axiológico, de la ciencia jurídica⁵³.

2) El modelo de “separación conceptual” entre Derecho y moral. Distinciones y conexiones.

El modelo de separación conceptual entre Derecho y moral, que creo que es el más adecuado para entender las relaciones entre ambos sistemas normativos, es el que caracteriza a los Estados –y sus sistemas jurídicos- del mundo moderno, occidental e ilustrado. Su surgimiento histórico encuentra su razón de ser en las guerras de religión que invadieron el mundo occidental tras la aparición del protestantismo y la ruptura de la unidad religiosa. Tras la constatación de la inviabilidad de la confrontación, la reivindicación de la tolerancia y del pluralismo necesitó del establecimiento de un nuevo modelo de relación entre Derecho y moral que, sin negar las conexiones evidentes entre estos sistemas normativos, delimitara unas fronteras claras entre ambos a través de la tipificación de ciertos criterios de distinción. En este modelo de separación conceptual entre Derecho y moral se afirma que hay comportamientos que sólo le interesan a la moral, otros que sólo le interesan al Derecho y algunos que le interesan tanto a la moral como al Derecho, aunque en este último caso no tiene que haber necesariamente una identificación entre lo considerado como inmoral y lo considerado como antijurídico. Se afirma, igualmente, que cualquier sistema jurídico supone una determinada visión de la moralidad y la aceptación de ciertos valores que podemos compartir o criticar. Pero en cualquier caso, este modelo, que es

⁵³ Según este autor, desde el relativismo moral no puede cumplirse la función «requerida de proveer de un patrón absoluto para la evaluación de un orden jurídico positivo. Pero patrón semejante no cabe encontrarlo en el camino del conocimiento científico (...) Cada sistema moral puede servir como patrón semejante. Pero es necesario tener conciencia (...) que el patrón es relativo, que no está excluida otra evaluación a partir de otro sistema moral», KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, obra citada, p. 80. Vid. también su trabajo «¿Qué es Justicia?», en ID., *¿Qué es Justicia?*, obra citada, pp. 35-63.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

compatible con cualquier postura metaética, insiste en que a pesar de las conexiones entre el Derecho y la moral, se trata de dos sistemas normativos diferentes, y que no existe conexión necesaria entre ambos, de forma que la calificación de una norma como “jurídica” no depende de su moralidad o inmoralidad⁵⁴.

En cuanto a las distinciones, se pueden señalar ciertos criterios a la hora de delimitar las fronteras entre el Derecho y la moral que fueron acuñados por Kant y que hoy pueden seguir siendo útiles siempre que sean matizados⁵⁵. En este sentido, el Derecho y la moral pueden distinguirse, en primer lugar, por razón del objeto. Según este criterio, la moral se preocuparía por las acciones o los deberes internos, mientras que el Derecho regularía las acciones o los deberes externos. La matización actual a este criterio consiste en la dificultad de realizar una separación tajante entre acciones internas y externas, ya que si bien hay actos puramente internos –como el pensamiento– cualquier acto externo también tiene una dimensión interna. Así, por seguir con el ejemplo del pensamiento, la expresión de una idea, que es una acción externa, tiene una componente interna que consiste precisamente en su creencia o pensamiento por parte del sujeto que la expresa. De esta forma, puede decirse que existen actos interiorizados y que no se exteriorizan y actos

⁵⁴ Como afirma GARZÓN VALDÉS, E., refiriéndose a esta tesis de la separación conceptual y su polémica con la tesis de la identificación, ningún partidario de la misma «niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre Derecho y moral», «Derecho y moral», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, p. 397. En este sentido, puede consultarse HART, H. L. A., «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral», en ID., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de G. Carrió Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 1-64, donde se recoge una de las mejores defensas del positivismo jurídico y su tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral que, no obstante, no olvida la existencia de ciertas conexiones entre ambos.

⁵⁵ Vid. DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, obra citada, pp. 17-30.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

exteriorizados que también tienen una dimensión interna. Según esta nueva distinción, el Derecho se referiría a los actos exteriorizados en su componente externa, aunque valorando su dimensión interna en algunas ocasiones. La moral, por su parte, intervendría tanto en los actos interiorizados como en la dimensión interna de los actos exteriorizados.

El segundo criterio de distinción entre Derecho y moral es el del fin. En su versión tradicional, afirmarían que el Derecho tiene siempre un fin social temporal como el orden, la paz, la seguridad, la libertad, etc., mientras que la moral perseguiría un fin exclusivamente individual, relacionado con la perfección personal, la autorealización, la salvación, etc. De nuevo, este criterio puede matizarse en la actualidad afirmando que también la moral puede considerarse que persigue un fin social. De hecho, el interés que la moral suscita en esta lección –y que se manifiesta de forma más clara en la moral social que en la moral individual- es precisamente como forma de organización social, y en este sentido, al igual que ocurre con el Derecho, sus fines pueden considerarse igualmente como un fin social. Por otra parte, también puede considerarse que en muchos casos el Derecho no puede escindirse de los fines últimos y más personales para los seres humanos, y esto queda bastante claro, por ejemplo, en aquellos sistemas en los que se reconocen, protegen y garantizan los derechos fundamentales, que en última instancia, son un instrumento para la autorealización personal.

Otro criterio es el de la voluntad que produce las normas. Según éste, la moral es autónoma porque no es producto de ninguna voluntad exterior al sujeto, sino que surge del propio individuo, que se considera obligado por ella en conciencia. Por el contrario, el Derecho es heterónimo porque las normas jurídicas son producidas por una autoridad externa competente y respaldada por un poder coactivo que se distingue del destinatario o destinatarios de las mismas. También cabe aquí una matización actual de este criterio, ya que ni la



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

moral es tan autónoma, ni el Derecho tan heterónimo. Si bien la moral individual es reflejo de la conciencia autónoma y libre del sujeto, también lo es que muchos de los preceptos de la misma se basan en la moral social, creada por el grupo social, y que el individuo asume como propios a través de diferentes procesos socializadores como la educación. Aunque dichos mandatos morales son aceptados y asumidos como propios por los individuos, su origen es externo a estos. Por lo que respecta a la heteronomía del Derecho, parece que hay ciertos mecanismos, como el de la participación, que pueden hacernos pensar en un mayor grado de autonomía de las normas jurídicas. Así, existen buenas razones para pensar que en los sistemas democráticos, donde participamos en la elaboración de las leyes, aunque sea de forma indirecta a través de la elección de nuestros representantes en el Parlamento, hay un acercamiento del Derecho a la autonomía. Igual ocurre en todas aquellas normas jurídicas en cuya elaboración tienen los particulares un mayor grado de participación, como los convenios colectivos, por ejemplo.

El Derecho y la moral también pueden distinguirse a través del criterio del cumplimiento. Desde esta perspectiva, el cumplimiento de las normas morales exige “moralidad” en la acción, es decir, la adhesión en conciencia al contenido de la norma. Sin embargo, el Derecho exigiría exclusivamente “legalidad” de la acción, es decir, la obediencia externa a la norma, aunque en conciencia se disienta de ella. También este criterio debe matizarse porque aunque es cierto que la intencionalidad solamente es relevante para el Derecho en el caso de incumplimiento de las normas (piénsese por ejemplo, en la distinción en el Derecho penal entre los delitos dolosos y culposos), a éstas también les interesa la adhesión interna por parte de sus destinatarios. Si pensamos en los elementos para conseguir la eficacia del Derecho, de la que depende en última instancia su validez y que, por tanto, pueda cumplir su función de organización social, parece evidente que uno de esos elementos es



马德里卡洛斯三世大学华人学生协会
ASOCIACION DE ESTUDIANTES CHINOS DE
LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

la justicia de las normas, es decir, su moralidad. En este sentido, si el Derecho quiere ser eficaz, y en última instancia válido, parece que existen buenas razones para que se preocupe de la adhesión en conciencia, por parte de los individuos, a lo establecido en sus normas.

Además de estos criterios, nos encontramos con otros como la indeterminación de la vigencia temporal y espacial de la moral frente al Derecho, perfectamente delimitado; la idea de que el Derecho tiene un campo de actuación más limitado que la moral, etc. Pero, en cualquier caso, aunque todos y cada uno de estos criterios, siempre que se tengan en cuenta las matizaciones realizadas a los mismos, pueden servir para distinguir el Derecho de la moral, lo cierto es que el criterio definitivo consiste en la afirmación del sistema jurídico como organización e institucionalización de la coacción. El cumplimiento de las normas morales exige conductas libremente aceptadas y realizadas, y su incumplimiento da lugar a sanciones internas, es decir, a lo que vulgarmente se denomina el remordimiento de conciencia; Por su parte, el cumplimiento de las normas jurídicas puede deberse a la posibilidad de coacción, es decir, del uso de la fuerza por parte de un aparato coactivo organizado. Y cuando dicho incumplimiento se produce, genera sanciones externas consistentes en el uso legítimo de la fuerza por parte de dicho aparato, legitimidad que deriva del hecho de que dichas sanciones están, como ya se dijo, institucionalizadas.

La relación entre Derecho y moral, tal y como se propugna aquí, por tanto, es una relación de separación conceptual, de forma que estos dos sistemas normativos pueden delimitarse perfectamente. Ahora bien, esto no supone que entre el Derecho y la moral no existan conexiones⁵⁶.

⁵⁶ Como afirma PECES-BARBA, G., la distinción entre Derecho y moral «no puede conducir a una radical separación (...) que no responder á a la realidad. En la sociedad y en la historia, las normas



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

Por un lado, parece evidente que todo sistema jurídico es «estructuralmente moral», en el sentido de que es reflejo de una determinada opción ideológica, y por tanto, de una concepción axiológica asumida por el poder que sustenta dicho sistema⁵⁷. Evidentemente, dicha concepción axiológica incluida en el Derecho –a la que se denomina, en este sentido, moral positiva- se identifica con la moral social predominante o, al menos, de los grupos sociales dominantes políticamente. Y es perfectamente entendible que junto a ella, exista otra moral social, no tan predominante, o que no es la de los grupos con mayor poder, a la que podría denominarse, en contraposición con la moral positiva, moral crítica.

Ahora bien, tanto la moral positiva como la moral crítica influyen en el contenido del Derecho de cada sociedad, tanto en el momento de creación como en el de interpretación de las normas jurídicas. Es cierto que la creación del Derecho, al menos en sus escalones superiores, se ve afectada de manera más clara por la moral social del grupo predominante, que incluye en esos momentos sus concepciones axiológicas en el sistema jurídico. Pero incluso en este primer momento, al menos en los sistemas democráticos, la moral crítica también puede tener alguna incidencia, haciendo, por ejemplo, que la propia moral social dominante la tenga en cuenta. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se reconoce por el Derecho la objeción de conciencia a alguna norma jurídica. Estos casos pueden describirse como situaciones en las que los grupos políticos y sociales dominantes que han conseguido reflejar su moralidad en el Derecho, asumen, no obstante, la posibilidad de que otras personas tengan una moral crítica, y reconocen, a través del Derecho, la posibilidad de que éstas la hagan valer. Pero como decía antes, la moral

morales y las normas jurídicas que afectan a la vida humana se conexionan», *Introducción a la Filosofía del Derecho*, obra citada, p. 152.

⁵⁷ Vid. FERNÁNDEZ, E., *Filosofía Política y Derecho*, obra citada, p. 23.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

–tanto la positiva como la crítica- también afecta al contenido del Derecho en el momento de interpretación de las normas jurídicas. Parece evidente que si la moral social predominante ha incorporado sus propios valores en la Constitución, convirtiéndolos en moral legalizada o positiva, la interpretación de la misma no puede dejar de lado esa componente axiológica, como ocurre, por ejemplo, en la Constitución española con los valores superiores recogidos en el artículo 1.1º. Y, en ese proceso interpretativo de las normas jurídicas también puede influir la moral crítica y no sólo la positiva. La actividad interpretativa tiene un amplio margen de indeterminación y en él la argumentación moral –incluso conforme a la propia moral crítica del intérprete- puede servir de complemento a la argumentación jurídica de cara a justificar su labor.

En segundo lugar, existe un elemento común a todos los sistemas normativos, y por tanto, una conexión entre Derecho y moral –que además es extensible a las reglas del trato social- que se concreta en la función que todos ellos cumplen: la de organización de la sociedad conforme a los fines de ésta. Ahora bien, asumiendo que el fin primario de toda sociedad –y, por tanto, de todo sistema normativo- es la supervivencia, podría argumentarse la existencia de una serie de normas básicas para conseguir dicho fin y que, por tanto, son comunes al Derecho y la moral, además de a las reglas del trato social. Esto es lo que Hart denomina como el contenido mínimo del Derecho natural⁵⁸, y que se concreta en una serie de normas básicas que derivan de la

⁵⁸ Vid. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990 pp. 239-247. FERNÁNDEZ, E., ha resaltado que, además de los elementos que conforman el contenido mínimo del Derecho natural, existen otras formas a través de las cuales el propio Hart insiste más aún en la conexión entre Derecho y moral, como son: 1) Poder y autoridad; 2) la influencia de la moral social; 3) la interpretación del Derecho; 4) la crítica al Derecho; 5) Principios de legalidad y justicia; y 6) validez jurídica y la resistencia al Derecho. Vid. FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, obra citada, pp. 73-75. Para analizar algunos antecedentes de esta teoría hartiana así como algunas de las críticas a la misma, vid. RIVAYA, B., «Teorías sobre la teoría del contenido



constatación de ciertos datos generales en torno a la naturaleza humana: la vulnerabilidad humana hace que todos los sistemas normativos incorporen la prohibición de los seres humanos de matarse entre sí; la igualdad aproximada de fuerzas entre todos los individuos y el altruismo limitado de éstos hace que todo sistema normativo tenga que establecer un sistema de abstenciones y concesiones mutuas a través de la regulación de las conductas como prohibidas, obligatorias o permitidas; La existencia de recursos limitados hace necesaria, en todos los sistemas normativos, la articulación de algún tipo de distribución de los bienes; Por último, la comprensión y la fuerza de voluntad limitadas de los seres humanos hace necesario el establecimiento de un sistema de sanciones para asegurar la eficacia de las normas, y esto ocurre tanto en la moral, como en las reglas del trato social como en el Derecho.

Además, en tercer lugar, Fuller mantiene la tesis de que los sistemas jurídicos suponen una serie de requisitos estructurales necesarios para que el sistema jurídico, pueda conseguir su función de regulación de las conductas humanas. Y además, el cumplimiento de dichos requisitos estructurales –la moral interna del Derecho, según sus palabras- hacen que su contenido no sea extremadamente injusto, produciéndose de esta forma cierto grado de moralización del Derecho y, por ende, de conexión necesaria entre ambos sistemas normativos. Si un sistema jurídico no reúne esos elementos estructurales, que además tienen un carácter moral, no puede ser calificado como Derecho⁵⁹. Es cierto que esta posición de Fuller se encuentra con

mínimo del derecho natural», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 15, 2000, pp. 39-66.

⁵⁹ FULLER, L., *La moral del Derecho*, trad. de F. Navarro, Trillas, México, 1967. Sobre la idea de la moral interna del Derecho puede consultarse ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 31-164 y LYONS, D., *Aspectos morales de la Teoría jurídica*, Gedisa, Barcelona, 1998, cap. I: “La moralidad intrínseca de la ley”, pp. 17-31 y Cap. 2: “Sobre la justicia formal”, pp. 32-66.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

algunas críticas evidentes, como el hecho de que no está determinado en que grado tienen que incumplirse esos requisitos de moral interna para no considerar a algo como Derecho; o el hecho de que aunque el Derecho reúna esos requisitos puede ser muy injusto. Pero en todo caso, lo que es innegable es que, ciertamente, un Derecho que reúna los elementos de moral interna cumple con un valor que es el de la seguridad jurídica, el de la certeza, y eso ya supone la atribución a ese sistema jurídico de cierto grado, aunque sea mínimo, de corrección moral, y por tanto, de conexión entre Derecho y moral. Los ocho rasgos que Fuller define como la moral interna del Derecho son los siguientes: La Generalidad de las normas, contrapuesta a las decisiones “ad hoc”, y que es requisito para un sistema jurídico técnicamente eficiente e igualitario. Esta dimensión aparece recogida en nuestra constitución en el principio de legalidad del artículo 9.3º y en el artículo 14 de la igualdad ante la ley; la publicidad de las normas jurídicas, ya que sería injusto castigar a alguien por incumplir una norma secreta. Esta dimensión aparece recogida en nuestra constitución en el artículo 9.3º y se realiza a través de la publicación de las normas en el Boletín Oficial del Estado; La limitación de la retroactividad, que de forma similar al caso anterior, supone un elemento de injusticia al aplicarse una norma que no se podía conocer en el momento de realizar un determinado comportamiento. Igualmente, está recogida esta dimensión, referida a la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, en el artículo 9.3º de la Constitución española; La claridad, que supone que las normas jurídicas deben estar redactadas en términos comprensibles para sus destinatarios; la inexistencia de contradicciones entre las normas jurídicas, que, de nuevo, dificultara la función de regulación del comportamiento de las normas jurídicas y hará que el castigo por el incumplimiento de la norma sea injusto; la no exigencia, por las normas jurídicas, de conductas de imposible



马德里卡洛斯三世大学华人学生协会
ASOCIACION DE ESTUDIANTES CHINOS DE
LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

cumplimiento, que no sólo estarían destinadas a ser ineficaces sino que la imposición de la sanción establecida será absolutamente injusta; la estabilidad de las normas jurídicas a través del tiempo, que permitan cierta previsibilidad respecto a las conductas exigidas por el Derecho; La congruencia entre la acción oficial y la ley declarada, que en nuestra constitución se refleja en los principios de legalidad, de responsabilidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos de los artículos 9.3º y 106 de la Constitución española.

Existe un cuarto punto de contacto entre el Derecho y la moral basado en las referencias explícitas que el propio sistema jurídico hace a la moral en general. Así, por poner sólo algunos ejemplos, el artículo 1.275 del Código Civil español afirma que la causa de los contratos es ilícita “cuando se opone a las leyes o a la moral”, y el 1255 limita la libertad contractual por “las leyes, la moral y el orden público”. Otras veces, esas referencias explícitas no son a la moral en concreto, sino a terminología que tiene que ver con la moral o a conceptos morales, como cuando afirma el artículo 1271 C.C. que pueden ser objeto de contrato “todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”.

Finalmente, existe otra conexión entre el Derecho y la moral concretada en que esta última se utiliza para la labor de justificación y crítica de los sistemas jurídicos. Ciertamente, cuando intentamos legitimar o criticar un sistema jurídico la dimensión que más importancia cobra es la de su justicia o moralidad, de ahí, por ejemplo, que los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales encuentren una mayor legitimidad, al incorporar en sus constituciones, criterios de moralidad a través de valores, principios y derechos.



C.- Ética pública y ética privada.-

La distinción entre moral y Derecho exige la distinción conceptual entre la ética pública y la ética privada, realizada desde un análisis histórico y analítico. La confusión entre ambos términos es propia de las situaciones previas al mundo moderno, aunque se prolonga hasta la actualidad en algunos casos.

Frente a esto, la historia del Derecho moderno puede leerse, en este sentido, como un intento de conseguir la neutralidad moral. La tolerancia, la libertad religiosa y la libertad de conciencia suponen, desde esta perspectiva, un compromiso del poder político de no interferir en los temas de conciencia de los individuos y de separar la ética privada de la ética pública⁶⁰.

La ética privada es un camino para alcanzar la autonomía moral, un camino de salvación, plan de vida o estrategia de felicidad. Es la moral individual, que puede formarse en el seno de una iglesia o una concepción filosófica pero que necesita, en todo caso, ser aceptada por el individuo, es decir, ser, al menos en última instancia, autónoma.

Por otro lado, la ética pública está constituida por los fines que se propone realizar el poder político a través del Derecho. Se trata, de alguna forma, de una ética procedimental que otorga legitimidad al poder político porque no suponen la imposición de ningún modelo de ética privada y que, en el Estado de Derecho se identifica con los valores de seguridad, libertad, igualdad y solidaridad que configuran un Derecho justo y a los que se hará referencia en otra lección ulterior. Con la ética pública, el poder público

⁶⁰ Se va a seguir aquí el planteamiento de distinción entre ética pública y ética privada propuesto por PECES-BARBA, G., *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 75-79. Vid. también su trabajo «Ética pública-ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1996-97, pp. 531-544.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

favorece y protege la realización por el individuo de su ética privada, siempre que la misma sea susceptible de generalizarse, es decir, universalizable.

Esta distinción entre ética pública y ética privada se realiza de forma adecuada en el Estado de Derecho, pero aun así, ésta se ve sometida hoy a ciertas patologías. Por un lado, nos encontramos con la patología propia de los totalitarismos, consistente en la disolución de la ética privada en la ética pública, de forma que el individuo se convierte meramente en un instrumento al servicio del Estado y de sus fines. Por otro lado, todavía existe hoy la patología de los fundamentalismos religiosos, que dominó la Europa premoderna de la mano de la Iglesia Católica y que hoy recobra fuerza con los integristas islámicos. Esta patología, supone la conversión de una ética privada –de una iglesia- en la ética pública del Estado que, de esta forma, se impone a los individuos a través de las normas jurídicas, no permitiéndoseles la elección de su ética privada. Se representa con el Estado-Iglesia –donde el Jefe de la Iglesia es el Jefe del Estado- y con los Estados confesionales, donde el Estado asume una determinada religión.



马德里卡洛斯三世大学华人学生协会
ASOCIACION DE ESTUDIANTES CHINOS DE
LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Lección 4.- Derecho y Poder

A.- Derecho, Fuerza y Poder: La evolución histórica de la relación entre el Derecho y el Poder

B.- Diferentes modelos teóricos de relación entre el Derecho y el Poder. Especial referencia al modelo de coordinación.

C.- La realización del modelo de coordinación entre Derecho y Poder: El Estado de Derecho.

- 1) Concepciones y elementos del Estado de Derecho
- 2) Tipos de Estado de Derecho y desarrollo de sus elementos.

A.- Derecho, Fuerza y Poder: La evolución histórica de la relación entre el Derecho y el Poder.

Uno de los criterios que se han utilizado aquí para diferenciar el Derecho de los otros sistemas normativos –la moral y las reglas del trato social- y que, además, se constituye precisamente en el más importante, era que las normas jurídicas están respaldadas por la probabilidad del uso de la fuerza. Ahora bien, si no se avanzase más en esta explicación cabría preguntarse inmediatamente, y de hecho es una pregunta común en la historia del pensamiento jurídico, qué es lo que distingue al Derecho de los mandatos, también respaldados en la fuerza, de una banda de ladrones o una organización delictiva. Para responder a esa pregunta se dijo ya en la lección anterior que la fuerza que respalda al Derecho es “legítima” en el sentido de que se ejerce por un aparato coactivo organizado e institucionalizado⁶¹. Lo que caracteriza, por tanto, la relación entre Derecho y fuerza es la racionalización que el primero hace de la segunda. El Derecho se apoya en la fuerza para intentar asegurar su eficacia y, en última instancia, su validez, pero esa fuerza está siempre racionalizada, sometida a normas jurídicas que la organizan e institucionalizan⁶².

⁶¹ En este sentido, afirma DÍAZ, E., la cuestión clásica de la diferencia entre el Derecho y los mandatos de una banda de ladrones, reenvía «a la determinación de las condiciones de legitimidad y de hipotética justificación de la inevitable fuerza que es el Derecho, del poder político que se institucionaliza fundamentalmente en el Estado», «El Derecho: la razón de la fuerza y la fuerza de la razón», *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, p. 223.

⁶² Esta idea supone, evidentemente, que en la relación entre Derecho y fuerza, esta última, como ha puesto de relieve BOBBIO, N., no es sólo «un medio para realizar el Derecho», sino también, «El contenido de las normas jurídicas», «Derecho y fuerza», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, p. 325.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

Esta idea conduce, obviamente, al Estado, que en el mundo moderno se convierte en la forma de poder político que asume el monopolio en el uso de la fuerza legítima y racionaliza los diferentes tipos de fuerza procedentes de la Edad Media. En esta época, nos encontramos con diferentes poderes “civiles” representados por los gremios, los señores feudales, las monarquías emergentes y el Imperio, así como con el poder “religioso” de la Iglesia Católica. En este esquema de poderes, el Derecho se presenta como “ius”, es decir, como la búsqueda de la justicia al caso concreto, y la única dimensión de poder que aparece es la del poder divino, con el que se identifica el Derecho Natural, y cuyo intérprete es la Iglesia Católica.

Frente a esto, el tránsito a la modernidad supone, por un lado, el proceso de secularización, que tiene su origen en la ruptura de la unidad religiosa y que debilita el poder de la Iglesia Católica favoreciendo, poco a poco, la superioridad de los poderes “civiles”. Esto se acompañará, además, de un proceso de unificación de los poderes “civiles” en manos del Estado, que se configurará como un poder soberano cuya principal característica es la creación del Derecho y su aseguramiento por el monopolio en el uso de la fuerza legítima. A partir de este momento, la relación entre Derecho y Poder será mucho más clara en cuanto a quien crea el Derecho y como se configura. Desde el Estado absoluto, primera forma del Estado moderno, el Derecho se entiende como “lex”, como mandatos públicos, generales y abstractos producidos por la voluntad del soberano y respaldados por un aparato coactivo organizado e institucionalizado.

En cualquier caso, la regulación de la fuerza y, por tanto, del poder, que en el Estado absoluto queda bastante limitada, alcanzará cotas más importantes con el advenimiento del Estado de Derecho tras las revoluciones liberales burguesas del siglo XVIII. Este nuevo modelo de Estado encontrará su apoyo en las doctrinas del iusnaturalismo racionalista, basadas en la ficción



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

del pacto social como origen del Estado. Según estas doctrinas contractualistas, existen unos derechos naturales e inalienables, que poseen todos los seres humanos por igual, y cuyo disfrute se muestra inseguro en el estado de naturaleza, y esa es precisamente la causa por la que los individuos realizan el pacto social que da lugar al Estado. De aquí se extraen varias conclusiones, la primera de las cuáles consiste en la afirmación de la soberanía popular, es decir, que el Estado sólo está justificado, dada la igualdad natural de todos los individuos, si cuenta con el consentimiento por parte del pueblo. Pero esta no es la única, y esos derechos naturales que son la causa del Estado también se convierten en su fin, de forma que éste –y por tanto sus normas jurídicas- sólo está justificado si, además de gozar del consentimiento del pueblo, respeta dichos derechos. Todo este soporte ideológico y doctrinal que da lugar al Estado de Derecho encuentra su acomodo jurídico a través del constitucionalismo, en el que el pueblo soberano limita y racionaliza el poder del Estado a través de la constitución. Esta norma jurídica, que es la realización práctica del pacto social, se configurará como la norma jurídica suprema y entre los contenidos que racionalizan y limitan al poder resaltarán ciertos derechos fundamentales que suponen la positivación de los derechos naturales.

B.- Diferentes modelos teóricos de relación entre el Derecho y el Poder. Especial referencia al modelo de coordinación

La relación entre Derecho y Poder ha sido una constante a lo largo de la historia, y la misma puede analizarse desde diferentes modelos teóricos: Superioridad del Poder sobre el Derecho; superioridad del Derecho sobre el Poder; separación entre Derecho y Poder; identificación entre Derecho y Poder; y, finalmente, coordinación entre Derecho y Poder.

El modelo de superioridad del Poder sobre el Derecho, que históricamente puede situarse en el Emperador Romano o en el monarca absoluto y que se



expresa en las tesis del filósofo-rey del Platón de La República o en el concepto de soberano de Bodino o de Hobbes. Se trata, en definitiva, del gobierno de los hombres por encima del gobierno de las leyes, y es el contrapuesto, al modelo de superioridad del Derecho sobre el Poder. Éste se identifica con la posición tradicional de los iusnaturalismos, especialmente del cristiano-medieval, y se construye sobre la idea de que existe un Derecho natural, cuyo autor último es Dios, que está por encima del Poder del Estado y de su Derecho. Así, si el Derecho positivo es contrario al orden del Derecho Natural, no será válido.

En cuanto al modelo de separación entre el Derecho y el Poder, éste representa todas aquellas posiciones que niegan que el Derecho deriva del poder de forma que el primero se produce de forma independiente a la voluntad del segundo. La idea de la escuela histórica del Derecho, según la cual éste se produce por el “espíritu del pueblo” (*volksgeist*) y no por el Estado, podría incluirse en este modelo. Igualmente podría incluirse aquí, con algunas matizaciones, a todos aquellos movimientos sociologistas que propugnan el pluralismo jurídico.

El modelo de identificación, por su parte, supone la consideración del Derecho exclusivamente como un factor de poder o la definición del poder exclusivamente como poder jurídico. Dentro de la primera perspectiva pueden incluirse los movimientos anarquistas y marxistas, que consideran al Derecho exclusivamente como un factor de dominación del poder que, por tanto, debe ser suprimido; y dentro de la segunda la de Hans Kelsen, cuya teoría constituye «el paso más decidido y decisivo en la identificación entre Derecho y fuerza»⁶³, al considerar al Estado exclusivamente como un orden jurídico relativamente centralizado.

Sin embargo, el modelo que mejor describe la relación entre el Derecho y el Poder en el mundo moderno es el de coordinación entre el Derecho y el Poder, de forma que ambos términos son «la cara y la cruz de la misma moneda»⁶⁴. En este modelo de coordinación, la relación entre el Derecho y el Poder puede estudiarse desde dos puntos de vista: uno externo y otro interno.

Por supuesto, antes de analizar en qué consiste cada uno de estos puntos de vista puede resultar interesante aclarar cómo se entienden el Derecho y el poder desde este modelo. En cuanto al Derecho, este se entiende como ordenamiento jurídico, y puesto que este es el contenido de la lección séptima me limitaré ahora a aclarar que con ello se hace referencia a la consideración del sistema jurídico como un conjunto unitario, coherente y pleno. Por lo que respecta al poder, se hace referencia al poder político que es, precisamente, el que se caracteriza por ejercer la fuerza “legítima” en la

⁶³ PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho*, obra citada, p. 160.

⁶⁴ BOBBIO, N., «Del poder al Derecho y viceversa», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, p. 356.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

modernidad, donde siempre se ha ido configurando como un poder único, abierto, institucionalizado y complejo.

Se trata de un poder único en la identificación clásica del poder político en el mundo moderno con el Estado. Frente a la poliarquía existente en la Edad Media, el Estado supone la unificación del poder a través de la idea de soberanía, que no reconoce a ningún poder como superior. Por supuesto, esta idea clásica del poder político como poder único, el del Estado, se ve matizada en nuestros días a través de la aparición de entidades políticas supraestatales, como la Unión Europea, que empiezan a asumir algunas de las competencias soberanas hasta ahora desempeñadas exclusivamente por los Estado.

Se configura también como un poder abierto a la realidad, de forma que aunque se configura como el centro de imputación de lo jurídico, no todas las normas jurídicas son Derecho estatal, aunque sea finalmente éste el que las dota de validez. Es cierto que la mayoría del Derecho será estatal, es decir, producido directamente por órganos del Estado. Sin embargo, en algunos casos, éste delega la creación de normas jurídicas a otras fuentes sociales –como los contratos, los convenios colectivos, etc-, y en otros, asume como propias normas producidas previamente en fuentes sociales externas, como la costumbre. En cualquier caso, aunque ciertamente se trata de un poder abierto que asume como propias las normas “delegadas” y las “recibidas”, dichas normas sólo son jurídicas en la medida en que se reconocen como jurídicas por el Derecho estatal.

Es, en tercer lugar, un poder institucionalizado, que lleva en su seno ideales y valores que son, precisamente, los objetivos de su actividad. De este forma, la adhesión a ese poder por parte de los individuos no se debe tanto al hecho de que el poder político tenga el monopolio en el uso de la fuerza, como a que esa fuerza es “legítima”, es decir, está integrada por valores. Desde luego, el grado de adhesión dependerá de nuestro juicio sobre la corrección de esos valores asumidos por el poder y de la suficiencia de los mismos. En este sentido, aunque el Estado absoluto estaba integrado por valores que lo hacían preferible frente a la situación de la Edad Media, las revoluciones liberales burguesas que dan lugar al Estado de Derecho reclaman, precisamente, la necesidad de que el poder político realice ciertos valores que no habían sido asumidos por el Estado absoluto.

Finalmente, se trata de un poder complejo, que no puede identificarse con la tradicional figura del soberano en el pensamiento de autores como Bodino o Hobbes. El Poder no solamente incluye al jefe del Estado, sino también, allá donde existe división de poderes, a los miembros del legislativo, ejecutivo y judicial. Pero no solamente esto, sino que por poder también hay que entender a todos y cada uno de los órganos del Estado que, de alguna forma, detentan esa fuerza “legítima”, es decir, cada uno de los miembros de la administración del Estado, incluidos evidentemente los cuerpos y fuerzas de



seguridad y las fuerzas armadas.

Una vez que se ha aclarado en qué sentido se entienden tanto el Derecho como el Poder en el modelo de coordinación, puede ahora continuarse estudiando la misma desde el punto de vista externo, donde el poder, a través de su fuerza, es el elemento en el que se fundamenta en última instancia la eficacia y la validez de un sistema jurídico. En la lección séptima se volverá a incidir en esta idea al hablar de la unidad del sistema jurídico, pero en cualquier caso parece necesario ahora resaltar que sólo desde la consideración del Poder como fundamento último de validez del sistema jurídico –dotándolo de eficacia- pueden entenderse las rupturas jurídicas revolucionarias y la pérdida de “vigencia” de sistemas jurídicos enteros que, de esta forma, eran sustituidos por otras normas jurídicas respaldadas por quienes tras esas revoluciones pasaban a detentar el Poder.

Pero ese Derecho, que es fruto de la voluntad del poder y que éste sustenta, a la vez, racionaliza a ese poder y lo limita, incluso en el Estado absoluto. Es cierto que en esta primera manifestación histórica del Estado moderno, dicha limitación es muy básica, desarrollándose exclusivamente a través del valor de la seguridad o la certeza. Sin embargo, con el paso al Estado de Derecho, el modelo de coordinación entre Derecho y Poder se perfecciona, produciéndose una mayor limitación del poder a través de diferentes mecanismos. El Poder no puede entenderse ya como un hecho de fuerza bruta o preocupado, como máximo, por el valor de la seguridad, sino que asume toda el depósito de razón construido por la “ética pública de la modernidad” para afirmar, desde la idea de la dignidad humana, valores como la libertad, la igualdad y la solidaridad.

C.- La realización del modelo de coordinación entre Derecho y Poder: El Estado de Derecho.

La realización plena del modelo de coordinación se produce por tanto, en lo que tradicionalmente se conoce con el nombre de Estado de Derecho. Ahora bien, el término “Estado de Derecho” no está exento de problemas y puede ser útil realizar alguna aclaración sobre el mismo, ya que existen diferentes concepciones sobre el Estado de Derecho⁶⁵.

1. Concepciones y elementos del Estado de Derecho

Por un lado, existe una concepción descriptiva del Estado de Derecho, bajo la cuál todo Estado es un Estado de Derecho porque la idea de un Estado

⁶⁵ En este sentido, puede consultarse AS Í, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999. Vid. también su trabajo «Notas sobre poder y ordenamiento», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 36, 1992, pp. 118-121.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

que no utilice el Derecho como forma de organización social es impensable⁶⁶. Concebida así, la expresión “Estado de Derecho” significa exclusivamente que todo Estado respalda con la fuerza su sistema jurídico, a través del cuál pretende realizar sus valores, y que ese sistema jurídico supone, necesariamente, cierta regulación de la fuerza y, por tanto, del poder.

Ahora bien, aquí no se ha utilizado la expresión “Estado de Derecho” con un carácter descriptivo sino prescriptivo. Esta segunda concepción del Estado de Derecho que es la que aquí se defiende, incluye una carga emotiva favorable, de tal forma que es bueno, en el sentido de que le atribuimos una mayor legitimidad, calificar a un Estado como tal. Pero de nuevo, dentro de esta concepción normativa del Estado de Derecho, nos encontramos con dos diferentes concepciones: la concepción normativa restringida y la concepción normativa amplia. Ambas se distinguen por el número de elementos normativos que exigen para que pueda afirmarse que un Estado es realmente Estado de Derecho. Para la concepción normativa restringida del Estado de Derecho, éste se identifica con el imperio de la ley⁶⁷, mientras que para la concepción normativa amplia, que personalmente me parece más adecuada y que es la que aquí se mantiene, se exige, además, separación de poderes y el reconocimiento, respeto y garantía de derechos fundamentales⁶⁸. Veamos más detalladamente cada uno de estos elementos.

En cuanto al imperio de la ley, esta es una de las notas comunes a la concepción amplia y a la restringida. La idea de imperio de la ley supone, en primer lugar, “gobierno mediante leyes”, es decir, mediante normas generales y abstractas. La generalidad y la abstracción se construyen frente a la arbitrariedad y el trato discriminatorio según condiciones de riqueza o

⁶⁶ Afirma KELSEN, H., en este sentido, que «si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho», *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 315.

⁶⁷ Esta es, por ejemplo, la posición que representa en España LAPORTA, F. J., «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elás Dáz», *Doxa*, núm. 15-16, 1994, vol. 1, pp. 133-146 y «Imperio de la ley y seguridad jurídica», en DÍAZ, E., y COLOMER, J. L. (editores), *Estado, Justicia, Derechos*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 105-132. Posición, por otro lado, muy similar a la que en el ámbito anglosajón sostiene RAZ, J., *La autoridad del Derecho*, Trad. de R. Tamayo, UNAM, México, 1985.

⁶⁸ Tomo aquí como ejemplo paradigmático de esta concepción amplia la posición de DÍAZ, E., desarrollada fundamentalmente en su trabajo *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 9 ed., Taurus, Madrid, 1998. Puede consultarse también su trabajo «Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales», *Sistema*, núm. 25, 1995, pp. 5-22. En cuanto a la fiscalización de la Administración, este elemento podrá considerarse como una concreción del Imperio de la ley, aunque este autor le da un carácter autónomo. Por eso, no se recoge aquí como un elemento separado. Esta posición es la que mantiene también ANSUÁTEGUI, F. J., «Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales», *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 91-114.



posición social. El imperio de la ley, implica, por tanto, una función igualadora del Estado de Derecho, en el que el destinatario de las normas jurídicas es el abstracto *homo iuridicus*. Ahora bien, el imperio de la ley exige algo más que “gobierno mediante leyes”, ya que también un gobierno absoluto o totalitario puede realizarse a través de normas generales y abstractas. Por un lado, El imperio de la ley exige también, según la concepción amplia, que la misma sea expresión de la voluntad general, es decir, que tenga un origen democrático. Por otro, que los gobernantes se encuentren sometidos a esas leyes generales y abstractas, es decir, el “gobierno bajo las leyes”. Esta última idea, que tiene uno de sus pilares en el contractualismo racionalista y se desarrolla posteriormente de la mano del constitucionalismo, supone la negación de la máxima absolutista de que el gobernante está por encima de las leyes (*princeps legisbus solutus est*).

La separación de poderes tiene un precedente en el concepto clásico de gobierno mixto, de la mano de autores como Polibio, y que posteriormente será utilizado en la Edad Media y en el tránsito a la modernidad por otros como Tomás de Aquino, Fortescue, Harrington, etc., frente a los defensores del poder unitario como Hobbes y Rousseau. El paso de la teoría del gobierno mixto a la separación de poderes, que había encontrado expresión práctica en textos como la *Respuesta de Carlos I a las diecinueve proposiciones del Parlamento*, aparecerá doctrinalmente en la obra de John Locke, aunque todavía no con la claridad con la que posteriormente lo hará en *El espíritu de las leyes* de Montesquieu, distinguiendo entre poder legislativo, ejecutivo y judicial⁶⁹. Ahora bien, la separación de poderes no debe entenderse como una absoluta incomunicación entre los mismos, y en este sentido, la misma se desarrolla con una teoría de contrapesos entre los diferentes poderes, de tal forma que ninguno de ellos se vuelva demasiado peligroso.

Estos dos primeros elementos, suponen la dimensión objetiva de la racionalización del poder que se desarrolla en el Estado de Derecho. La dimensión subjetiva de racionalización del poder, o dicho de otra forma, «la parte principal de la dimensión material del Estado de Derecho»⁷⁰, se configura a través del reconocimiento, respeto y garantía de ciertos derechos fundamentales. Ciertamente, el catálogo de derechos fundamentales puede incluir diferentes generaciones de derechos, que van desde los derechos individuales y civiles a los económicos, sociales y culturales, pasando por los

⁶⁹ Al hablar de la separación de poderes se va a hacer referencia siempre a la separación funcional de poderes, y no a la separación territorial, concretada en el Federalismo o en sistemas similares, aunque parece necesario insistirle a los alumnos en esta distinción.

⁷⁰ ANSUÁTEGUI, F. J., *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 2, Dykinson, Madrid, 1997, p. 79.



políticos y de participación⁷¹.

2.- Tipos de Estado de Derecho y desarrollo de sus elementos.

El Estado de Derecho ha evolucionado a lo largo de su historia y puede hablarse de diferentes tipos de Estado de Derecho que son el Estado liberal de Derecho, el Estado democrático de Derecho y el Estado social de Derecho. Estos tres tipos de Estado de Derecho tienen en común, por supuesto, que en los tres se da el imperio de la ley, la separación de poderes y el reconocimiento respeto y garantía de derechos fundamentales, pero es precisamente en la configuración de cada uno de estos elementos donde los tres se diferencian.

El Estado Liberal de Derecho es la primera manifestación histórica del Estado de Derecho, y surge, por tanto, después de las revoluciones liberales del siglo XVIII. Se inspira en la ideología del liberalismo político -que encontrará también un reflejo claro en el liberalismo económico- centrado en la separación entre el Estado y la sociedad civil. El Estado es un mal necesario cuyo ámbito de actuación debe quedar reducido a las funciones de policía y resolución de conflictos.

En cuanto al imperio de la ley, el Estado liberal se caracteriza por entender el carácter democrático de la misma de forma restringida, afirmándose un sufragio censitario que excluía a grandes sectores de la población. Además, la propia idea de imperio de la ley, en cuanto al “gobierno bajo las leyes”, encuentra históricamente dos desarrollos diferentes en este modelo de Estado, según nos encontremos ante el constitucionalismo francés -y el del resto de Europa- o ante el de los Estados Unidos. El constitucionalismo revolucionario en Francia identifica la soberanía *nacional*, solemnemente reconocida en el artículo 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, con la soberanía del órgano en que aquella se deposita, es decir, con la soberanía *parlamentaria*. En consecuencia, la ley que emana del mismo, “expresión de la voluntad general”, según la fórmula

⁷¹ Evidentemente, en relación con el elemento de los derechos fundamentales como contenido necesario del Estado de Derecho -que es lo que mantiene la concepción amplia- pueden articularse diferentes opiniones, dependiendo de cuáles sean los derechos que deben reconocerse. En este sentido, FERNÁNDEZ, E., afirma que frente a posiciones desnaturalizadoras de la expresión “Estado de Derecho” provenientes del neoliberalismo -como por ejemplo la de Hayek- o del socialismo democrático -y aquí incluye la de Elías Díaz- debe utilizarse un concepto restringido de la misma que, aún reconociendo el valor de las pretensiones morales que dan lugar a los Derechos económicos, sociales y culturales y su necesaria trascendencia jurídica, no los incluye como elementos necesarios de su definición en todo caso, y resalta, además, el papel de la sociedad civil y de la ciudadanía en su realización. Vid. FERNÁNDEZ, E., «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», *Sistema*, núm. 38, 1997, pp. 104-114 y su versión posterior, de respuesta a las críticas recibidas, que con el mismo título aparece publicada en LÓPEZ, J. A., y DEL REAL, J. A. (editores), *Los Derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 103-122.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

empleada por el artículo 6 de dicho texto, no puede ser, en tanto que tal, sino un acto necesariamente ajustado a la Constitución. En Europa, la revolución tiene su origen en la tiranía producida por el poder despótico del monarca absoluto y por unos jueces que son partidarios, incluso más que el Rey, del *ancien régime*, por lo que la liberación había de ser la tarea de la cámara legislativa en cuanto órgano de representación popular. El poder ejecutivo y el poder judicial, son observados con recelo, y el único poder capaz de cumplir las expectativas de la revolución es el poder legislativo, el Parlamento, verdadero representante del pueblo. Una incorrecta comprensión de las ideas de ROUSSEAU de la «voluntad general» y de la infalibilidad del legislador conducirá a la supremacía de la ley y a la consideración del legislador -identificado con la voluntad general- como la garantía de los contenidos constitucionales, especialmente los derechos. De esta forma, la constitución y sus contenidos -incluidos los derechos- sólo opera jurídicamente como simple directiva no vinculante que, para cobrar plena virtualidad jurídica, tenía que ser desarrollada por el legislador, que manifiesta la voluntad general. El imperio de la ley se construye así como imperio de la ley ordinaria, dando lugar al Estado liberal-legislativo de Derecho.

Sin embargo, los americanos se habían dado cuenta mucho antes que los europeos de los peligros que también el poder legislativo podía suponer, puesto que la revolución americana se había hecho no tanto contra el monarca inglés como contra su Parlamento. Incluso, a nivel histórico, no resulta extraño situar el origen de la revolución americana en las reacciones que, en las colonias americanas, provocaron ciertos impuestos fijados por el Parlamento inglés. En este sentido, el constitucionalismo americano se muestra partidario, desde sus orígenes, de establecer una constitución que opere como auténtica norma jurídica suprema del sistema y que limite incluso al poder legislativo. El imperio de la ley se construye así como imperio de la ley constitucional, dando lugar al Estado liberal-constitucional de Derecho.

Por lo que respecta a la separación de poderes en el Estado liberal, esta queda recogida perfectamente en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, en el que se afirma que toda sociedad sin separación de poderes, carece de constitución. Ahora bien, la consideración negativa de los poderes ejecutivo y judicial en Europa, como ya se ha dicho, dará lugar a la configuración del poder legislativo –representante de la soberanía popular y que ostenta el monopolio de la producción normativa- como un poder prácticamente ilimitado y dificultará la elaboración de un sistema de contrapesos entre los diferentes poderes más allá del control judicial de la legalidad de la Administración. Sin embargo, este sistema de contrapesos será más eficiente en los Estados Unidos, y se concretará, finalmente, en una conclusión impensable en el constitucionalismo liberal



européo: el control judicial de la constitucionalidad de las leyes⁷².

En cuanto a los Derechos fundamentales, el Estado liberal supone el reconocimiento, respeto y garantía de la primera generación de Derechos, identificados normalmente con los derechos individuales y civiles. Estos Derechos se configuran como un “ámbito de autonomía”, como un “coto vedado”, dirigido principalmente frente al Estado –aunque también son eficaces frente a los particulares- y que asegura la ausencia de interferencias en la libre toma de decisiones de los individuos. Evidentemente, en esta generación estarían la mayoría de las garantías procesales y derechos como la libertad ideológica y de conciencia, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, etc. Por supuesto, el Estado liberal también reconoce los derechos de participación política, pero a través del sufragio censitario que restringe el Derecho de voto a ciertos individuos con determinado grado de independencia, económico e intelectual.

El estado liberal encontrará su desarrollo en el siglo XIX de la mano del Estado democrático de Derecho, cuyas únicas diferencias relevantes con respecto al primero se manifiestan en relación con los Derechos reconocidos. El estado democrático suma, a los derechos individuales y civiles, los derechos de participación política. El derecho de sufragio pasa de ser un sufragio censitario a un sufragio universal, y a este se añaden ciertos derechos como la libertad de asociación y sindicación. Estos nuevos derechos permitirán el acceso a la vida pública de las clases trabajadoras, que constatarán la necesidad de un nuevo modelo de Estado de Derecho que permita que todos los individuos encuentren satisfechas sus necesidades básicas: el Estado Social de Derecho.

Este modelo de Estado de Derecho, el Estado social, surge a partir de la Segunda Guerra Mundial fruto del pensamiento político y económico. Desde el pensamiento político abogarán por este modelo de Estado tanto los socialistas democráticos –como Louis Blanc, Fernando de los Ríos o Hermann Heller⁷³- como liberales moderados de la talla de John Stuart Mill, preocupados por la necesidad de hacer que la libertad y la igualdad formales

⁷² Esto se debe, seguramente, a que la idea de *rule of Law*, en el ámbito anglosajón, no equivale sólo a la supremacía de la *ley ordinaria*, sino también la de la *ley constitucional*, lo que supone la existencia de límites al poder legislativo ordinario, algo que no resulta tan obvio en la idea continental de *imperio de la ley*, entendida ésta como expresión de la voluntad general a través del Parlamento. *Vid.*, en este sentido, DICEY, A. V., *An Introduction to the Law of the Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 1982, pp. 120-121.

⁷³ *Vid.* HELLER, H., *Escritos políticos*, trad. de Salvador Gómez de Arteche, Alianza, Madrid, 1985, segunda parte: “La democracia: ¿Estado de Derecho o dictadura?”, pp. 283-301 y *Teoría del Estado*, trad. de L. Tobío, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, III, III: “Esencia y estructura del Estado”, pp. 217-298.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

defendidas por el Estado liberal se viesen acompañadas de una dimensión material. Ahora bien, el Estado social también se defiende o se justifica desde un punto de vista económico, y aquí será Keynes quien afirme la necesidad del Estado social como forma de redistribución de las riquezas y de mejora de las rentas con la finalidad de mantener la demanda del mercado capitalista⁷⁴. El establecimiento del Estado social, que en el caso europeo coincide más o menos con la elaboración de diferentes constituciones consideradas ya como auténticas normas jurídicas, supondrá un cambio bastante importante con respecto al Estado liberal y democrático de Derecho. El Estado ya no se observa como un mal necesario, que debe abstenerse de intervenir en la sociedad civil y limitarse a garantizar los derechos individuales, civiles y políticos de los individuos. Ahora el Estado es un bien, y su separación tajante de la sociedad civil no tiene sentido. El Estado debe cumplir no sólo con la función protectora y represiva sino también con una función promocional de satisfacción de las necesidades básicas, de procura existencial y bienestar social y para ello, tiene que configurarse como un Estado que interviene en economía⁷⁵.

En cuanto al imperio de la ley, entendido ahora como sometimiento de los gobernantes a las leyes, el Estado social supone el establecimiento en los textos constitucionales de dimensiones no sólo de igualdad formal sino también de igualdad material que se convierten en un elemento de guía de la actividad del legislador ordinario. Estas dimensiones serán más o menos vinculantes para el legislador, dependiendo del caso, pero lo que es cierto es que éste no podrá vulnerarlas en ningún caso.

Por lo que respecta a la separación de poderes, el poder legislativo seguirá ostentando la representación de la soberanía popular y sus leyes la forma más alta de producción normativa derivada de la Constitución. Pero la ampliación del ámbito de intervención del Estado y, por tanto, la necesidad de especialización técnica y de rapidez de elaboración en las normas jurídicas, justificará la cada vez mayor importancia del poder ejecutivo, concretada principalmente en la

⁷⁴ Es cierta, en este sentido, la afirmación de DÍAZ, E., de que el Estado social «no pretendía romper con el modo capitalista de producción, aunque –en sus mejores manifestaciones, tendencias y grupos de apoyo– tampoco renunciaba a reformas progresivas que transformasen realmente el sistema», «Derechos humanos y Estado de Derecho», en LÓPEZ GARCÍA, J. A. y DEL REAL, J. A. (editores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, obra citada, p. 139.

⁷⁵ As í como afirma PEREZ LUÑO, A. E., con el Estado social se acepta «un abandono del dogma del *laissez-faire* a favor de un intervencionismo de los poderes públicos en el proceso económico tendente a un incremento constante de la producción, que permita garantizar el pleno empleo y el aumento de las rentas del trabajo», *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 224. *Vid.* también, GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2 ed., Alianza, Madrid, 1987, I: “El Estado social y sus implicaciones”, pp. 13-91.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

atribución al mismo de la competencia para dictar normas con fuerza de ley. No sólo eso, sino que, además, se producirán ciertas modificaciones respecto al sistema de contrapesos entre los poderes fijado por el Estado Liberal-constitucional de Derecho.

En el plano de los derechos fundamentales, el Estado social supondrá también el reconocimiento, junto a los derechos individuales, civiles y políticos, de los derechos económicos, sociales y culturales, aunque no siempre garantizados al mismo nivel. Esta tercera generación de derechos incluirá el derecho a la educación pública y gratuita, el derecho a la protección de la salud, el derecho a un sistema de seguridad social, etc.

La afirmación del artículo 1.1 de la Constitución Española, convierte a España en un Estado social y democrático de Derecho que recoge elementos típicos de los tres modelos de Estado de Derecho que hemos analizado.

Nuestra Constitución establece claramente la idea de imperio de la ley al afirmar que los «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1.C.E.). Evidentemente, del conjunto del ordenamiento jurídico, tanto unos como otros están sujetos, en primer lugar, a la Constitución y después a la ley, forma de expresión exclusiva del poder legislativo desde el Estado Liberal. Ahora bien, gracias a las aportaciones democráticas, los miembros del Parlamento, que representa al pueblo español (art. 66.1. C. E), en el que reside la soberanía nacional (art. 1.2. C. E.), son elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto (arts. 68.1 y 69.2 C. E.). Además, junto a la ley, y esto es una dimensión del Estado social y de la importancia que en éste tiene el poder ejecutivo, existen normas con fuerza de ley que el gobierno puede crear en forma de Decretos-legislativos (arts. 82 a 85 C. E.) y de Decretos-leyes (art. 86 C. E).

Respecto a la separación de poderes, y olvidándonos ahora de la división territorial de los mismos (arts. 2 y 137 a 158 C. E., principalmente), parece evidente que la Constitución es superadora del esquema teórico liberal al reconocer la capacidad productora de normas al poder ejecutivo que se concreta no sólo en las normas con fuerza de ley sino también en la potestad reglamentaria (art. 97 C.E). Además, establece un sistema de frenos y contrapesos entre los tres poderes que incluye las dimensiones del Estado liberal-Constitucional pero complementadas por otras propias del Estado democrático y del Estado social de Derecho. Así, el poder legislativo elige, a través de la sesión de investidura, al presidente del gobierno (art. 99 C. E.). Además, el poder legislativo controla la actividad del ejecutivo (art. 108 C.E.) a través de la solicitud de información (art. 109 C.E.), la formulación de interpelaciones, preguntas y mociones (art.111 C. E) y la adopción de una moción de censura (art. 113 C. E.). Por otro lado, el presidente del gobierno puede, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, disolver el Congreso, el Senado o las Cortes Generales (art. 115. C. E.). En cuanto



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

al Poder judicial, económicamente depende del poder ejecutivo que es quien elabora los presupuestos y del legislativo, que es quien los aprueba, pero a la vez son los tribunales los que controlan que la actividad de los otros dos poderes se realiza con sumisión al conjunto del ordenamiento jurídico. Por un lado, son los tribunales los que controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de la misma a los fines que la justifican (arts. 103 y 106 C. E.). Por supuesto, dentro de esos fines se encuentra, como concreción del Estado social, el mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos, de promoción de las condiciones para la realización efectiva de la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integran así como la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2. C. E.). No sólo eso, sino que la actividad de la administración (incluida la de justicia, en la que por cierto, desde una dimensión democrática se permite la participación de los ciudadanos a través de la institución del jurado conforme al art. 125 C. E.) es, además, susceptible de controlarse por el Tribunal constitucional a través del recurso de Amparo cuando suponga la vulneración de alguno de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 C. E. (art. 161.1.b) C. E.). Este mismo Tribunal Constitucional (compuesto por doce miembros elegidos conforme al artículo 159 C. E.: cuatro a propuesta del Congreso; cuatro a propuesta del Senado; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder judicial) es el que conoce de los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad, a través de las cuales controla el sometimiento del legislador y del ejecutivo a la Constitución en la producción de normas con fuerza de ley (arts. 161.1.a) y 163 C. E.). Por su parte, es el poder legislativo, de acuerdo con la Constitución, el que otorga la competencia de juzgar a los tribunales a través de las leyes (art. 117 C. E.) y además, elige a ocho de los doce miembros del órgano de Gobierno de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial (art.122.3. C. E.).

En cuanto al reconocimiento, respeto y garantía de derechos, también se manifiesta en nuestra Constitución la presencia de las diferentes generaciones de Derechos. Así, por un lado tenemos derechos individuales y civiles típicos del Estado liberal como la igualdad ante la ley (art. 14 C. E), el derecho a la vida (art. 15 C. E), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 C. E), el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 C. E), la libertad de residencia y de circulación (art. 19 C. E), la libertad de expresión y el derecho de información (art. 20 C. E.), el derecho de reunión (art. 21 C. E) y ciertas garantías procesales (arts. 17 y 24 C. E). A estos se añaden otros típicos del Estado democrático como el derecho de participación en los asuntos públicos a través de un sufragio universal y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23 C. E), la libertad de asociación (art. 22 C. E) y la libertad de sindicación y el Derecho de huelga (art. 28 C. E.).



马德里卡洛斯三世大学华人学生协会
ASOCIACION DE ESTUDIANTES CHINOS DE
LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

También nos encontramos con derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la educación (art. 27 C. E), el derecho al trabajo en condiciones de pleno empleo (arts. 35 y 40 C. E), el derecho a la negociación colectiva entre trabajadores y empresarios (art. 37 C. E), el derecho a un sistema de seguridad social (art. 41 C. E), el derecho a la protección de la salud (art. 43 C. E) o el derecho a una vivienda digna (art. 47 C. E). Finalmente, junto a estas tres generaciones de derechos, la Constitución española también recoge algunos de los derechos llamados de cuarta generación como el derecho al medio ambiente (art. 45 C. E), o derechos de grupo como los de los minusválidos (art. 49 C. E), los ancianos (art. 50 C. E) o los consumidores (art. 51 C. E). Ahora bien, aunque se reconocen todos esos derechos, el legislador constitucional no los ha situado en el mismo nivel de garantía. Los derechos individuales, civiles y democráticos cuentan normalmente con una obligatoriedad directa (art. 53.1 C. E), tienen que regularse por ley orgánica (art. 81 C. E.) y puede recabarse su tutela incluso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2). Los derechos económicos, sociales y culturales –con la única excepción del derecho a la educación– y los derechos de cuarta generación, no cuentan con ese grado de garantía y además de no ser susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, para su desarrollo basta con una ley ordinaria. Por otro lado, sólo pueden exigirse ante los tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, aunque hasta que éstas se elaboren informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53. 3. C. E) que, por tanto, no podrán ser contrarias a dichos derechos.

La menor garantía de los derechos económicos, sociales y culturales refleja las dificultades de realización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, que necesitan para su realización de gran cantidad de medios económicos y de un sistema fiscal de fuerte contenido redistributivo⁷⁶. Esto, por otra parte, nos acerca al tema de la crisis del Estado social, debido a las cambiantes condiciones económicas, y da entrada a las críticas sobre su legitimidad⁷⁷. Estas críticas provienen principalmente del neoliberalismo y consideran a este modelo de Estado de Derecho como restrictivo de la libertad

⁷⁶ Para una caracterización y fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales, así como las dificultades anejas a estos derechos y derivadas del componente “económico”, puede consultarse CONTRERAS, F., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.

⁷⁷ Para un análisis de los factores históricos que propiciaron el Estado social, así como las posturas más importantes de defensa del mismo y una evaluación de la situación actual, *Vid.*, CONTRERAS, F., *Defensa del Estado Social*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

individual⁷⁸, pero a las mismas habría que añadir también las provenientes del socialismo y que con una finalidad bastante diferente proclaman la insuficiente democratización del Estado social.

⁷⁸ *Vid.*, en este sentido, HAYEK, F., *Camino de servidumbre*, trad. de J. Vergara, Alianza, Madrid, 1978 o NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, Trad. de R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1988.



马德里卡洛斯三世大学华人学生协会
ASOCIACION DE ESTUDIANTES CHINOS DE
LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Lección 5.- La norma jurídica

A.- Derecho y lenguaje. Funciones del lenguaje.

B.- Tipos de normas: La norma jurídica como proposición prescriptiva.

Elementos de las prescripciones

C.- Clasificación de las normas jurídicas.

1) Normas primarias y normas secundarias.

2) Principios y reglas.

A) Derecho y lenguaje. Funciones del lenguaje.-

Si bien existen teorías sobre el Derecho que han intentado elaborar un concepto del mismo independiente de la referencia a las normas, como las Teorías del Derecho como institución o como relación, la concepción normativista del Derecho, que aquí se maneja, se centra en la naturaleza normativa del Derecho y en la consideración de éste como un sistema de normas. Parece, por tanto, oportuno acercarse en este momento a la noción de norma jurídica, analizando sus elementos básicos, su estructura y las propuestas de clasificación de las mismas⁷⁹. Para ello, puede ser útil iniciar tal tarea a través del análisis de la relación entre Derecho y lenguaje, ya que las normas jurídicas son proposiciones lingüísticas normalmente escritas -aunque también se pueden utilizar símbolos, como en el caso de las señales de tráfico- que expresan un deber ser.

La relación entre Derecho y lenguaje que ahora se va a desarrollar se refiere, por tanto, a una de las posibles dimensiones de análisis del lenguaje, la de su función (pragmática). Pero antes de pasar a ver las diferentes funciones que el lenguaje puede desempeñar debe aclararse que ésta no es la única dimensión de análisis del lenguaje. Existen otras como la referida a la estructura del lenguaje (sintáctica) y su significado (semántica) que también son importantes para la Teoría del Derecho, como se verá también en posteriores lecciones.

Dicho esto, resulta obvio que el lenguaje puede cumplir una función descriptiva (cuando se usa para transmitir información sobre determinados hechos, es decir, para describir la realidad); una función emotiva o expresiva (cuando se usa para comunicar o provocar emociones o sentimientos); una

⁷⁹ Como afirman ALCHOURRON, C., y BULYGIN, E., los diferentes autores «no siempre están de acuerdo sobre cómo han de ser caracterizadas esas normas, cuántos tipos diferentes de normas hay en el Derecho, ni tampoco en qué consiste el carácter jurídico de tales normas, pero coinciden en que el concepto de norma constituye la base para la caracterización y descripción del Derecho», «Norma jurídica», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, p. 133.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

función interrogativa (cuando se utiliza para obtener información); una función performativa, operativa o ejecutiva (cuando se usa para transformar la realidad, al atribuirle ciertos efectos a determinadas palabras, siempre dentro de un contexto específico); y una función prescriptiva (cuando se usa con la intención de condicionar o influir en la conducta de los demás, haciendo que actúen de una determinada forma)⁸⁰.

Pues bien, el Derecho, al igual que el resto de los sistemas normativos, en tanto que tiene como función principal la regulación de las conductas, utiliza el lenguaje con una función principalmente prescriptiva, aunque puntualmente cumpla otras como la performativa. Ahora bien, la función que cumplen las proposiciones lingüísticas que conforman el Derecho no tienen nada que ver con la forma en que éstas se presentan, es decir, con los enunciados jurídicos⁸¹. Así, partiendo de esta distinción entre proposición y enunciado, puede entenderse que determinadas proposiciones prescriptivas puedan integrarse bajo enunciados lingüísticos descriptivos, interrogativos o exclamativos⁸². Por poner sólo un ejemplo, cuando el artículo 5 de la Constitución Española afirma que «la capital del Estado es la villa de Madrid», puede afirmarse que este enunciado es descriptivo, pero que su función es prescriptiva. No está describiendo cuál es la capital del Estado, sino prescribiendo que Madrid debe ser considerada a todos los efectos como tal.

B) Tipos de normas: La norma jurídica como proposición prescriptiva.

Elementos de las prescripciones-

Se ha dicho hasta ahora que una de las cosas que caracteriza a las normas jurídicas es la de consistir generalmente en proposiciones prescriptivas. Ahora bien, la identificación entre «norma» y «proposición prescriptiva» no es inmediata, sino que el término «norma», como ha puesto de relieve Von Wright, suele utilizarse con diferentes significados⁸³.

Puede hablarse de «ley», tanto de la naturaleza como del Estado. En el primer

⁸⁰ Vid. ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, obra citada, pp. 62-63.

⁸¹ Se está utilizando aquí el término «proposición» como «el significado de un enunciado», es decir, como «el contenido del enunciado», tal y como lo definen ECHAVE, D. T.; URQUIJO, M. E., y GUIBOURG, R. A., *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 36-37. En el mismo sentido, BOBBIO, N., afirma que una proposición es un «conjunto de palabras que tienen un significado entre sí es decir, en su conjunto», *Teoría General del Derecho*, obra citada, p. 56.

⁸² Resulta obvio que en «el Derecho existen múltiples elementos que (al menos aparentemente) no pertenecen al discurso prescriptivo», MORESO, J. J., «Lenguaje jurídico», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, p. 107. Y esto, sin duda, se debe al hecho de que «en su forma de expresión lingüística corriente, las proposiciones normativas pueden asumir las más variadas formas», VERNENGO, R., *Curso de Teoría general del Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 60.

⁸³ VON WRIGHT, G. H., *Norma y Acción. Una investigación lógica*, trad. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979, I: «De las normas en general», pp. 21-35.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

caso, se hará referencia a una proposición descriptiva que pretende informar de una regularidad que el hombre pretende haber encontrado en la naturaleza, como por ejemplo, «la ley de la gravedad». En el segundo, nos encontramos ante determinadas normas jurídicas como expresión del Estado, constituidas normalmente por proposiciones prescriptivas.

También puede hablarse de «reglas», cuando se usa el término «norma» para hacer referencia a aquellas pautas que definen o determinan una determinada actividad, por ejemplo, las reglas del fútbol o de la gramática.

En tercer lugar, la «norma» se entiende como «prescripción», cuando consisten en proposiciones lingüísticas emitidas por una autoridad normativa y dirigidas a determinadas personas (destinatarios) para que éstas se comporten de cierta forma. Para conseguir este fin, tales normas se promulgan y se acompañan de la amenaza de castigo en caso de incumplimiento. Parece evidente, por tanto, que cuando se habla de normas jurídicas, como ya se ha dicho, se habla generalmente de prescripciones.

También se puede hacer referencia a «costumbres», que consisten en hábitos sociales o conductas realizadas de forma regular por un determinado grupo humano, y «directrices» o «normas técnicas». Estas últimas, no pretenden regular la conducta de los individuos conforme a fines ajenos a ellos, sino que son un medio para alcanzar un determinado fin que se supone que es pretendido por el destinatario de la norma, por lo que suelen estar redactadas en forma condicional. Un ejemplo serían las normas de funcionamiento de un televisor o un video, en las que se afirmase “Si quiere sintonizar los canales debe apretar el botón rojo”.

Por otro lado, nos encontramos con las «normas morales» ya las interpretemos «teológicamente», en cuyo caso se trata de «prescripciones» producidas por la voluntad divina, o «teleológicamente», en cuyo caso se presentarían como «directrices» que operan como medios para alcanzar un determinado fin.

Finamente, puede hacerse referencia también a las «normas ideales», vinculadas más con formas de ser que de hacer, y que describen virtudes o rasgos positivos que se predicen del prototipo de un determinado concepto, como «el buen filósofo del Derecho», «el buen profesor universitario», etc. Si un determinado individuo tiene como fin convertirse en ese prototipo, el parecido entre las «normas ideales» y las «directrices» se hace evidente.

Una vez afirmada la naturaleza prescriptiva de las normas jurídicas, se han utilizado por la ciencia jurídica diferentes criterios para seguir profundizando en la comprensión de las mismas, algunos de los cuáles, se verán en el siguiente apartado. Uno de esos criterios ha sido el de la estructura de las normas jurídica como «prescripciones», que se encuentra ya en el pensamiento de Kelsen y a la que se hará referencia posteriormente. Otro autor que también ha utilizado el criterio de la estructura de las prescripciones para profundizar en el conocimiento de las normas jurídicas, proponiendo una



estructura bastante más compleja ha sido Von Wright⁸⁴.

Según este autor, las prescripciones –y en este sentido las normas jurídicas- se caracterizan por ocho elementos: carácter, contenido, condición de aplicación, autoridad, sujeto normativo, ocasión, promulgación y sanción. De estos elementos, que nos permiten establecer diferentes clasificaciones de las normas jurídicas, los tres primeros –carácter, contenido y condición de aplicación- son comunes a todos los tipos de normas. Los tres siguientes, autoridad, sujeto normativo y ocasión, sólo son comunes a las prescripciones. Por otro lado, la promulgación y la sanción no pueden ser considerados, según Von Wright, como componentes propiamente dichos de las prescripciones, aunque sirven para identificarlas⁸⁵.

En cuanto al carácter, éste puede ser obligatorio, prohibitivo o permisivo, lo cual nos permite utilizar los operadores deónticos para clasificar las normas jurídicas como normas de obligación, de prohibición y de permiso. El contenido, se refiere a la acción o actividad obligada, prohibida o permitida por la norma, que de esta forma puede ser abstracta –si se refiere a una clase de acciones- o concreta –si se refiere a una acción determinada-. En cuanto a la condición de aplicación, es decir, las circunstancias en las que se realiza el contenido de la norma, permite distinguir entre normas categóricas e hipotéticas. Las primeras son aquellas en las que la condición de aplicación se encuentra incluida en el propio contenido de la norma, mientras que en las segundas se exige alguna circunstancia adicional.

Por otro lado, el primero de los elementos que identifica a las prescripciones frente al resto de las normas es el ser producidas por una autoridad normativa. En este sentido, autoridad normativa es el emisor de la prescripción, que puede ser tanto un ser supraempírico, en cuyo caso podrá hablarse de una norma prescriptiva teónoma, o un ser empírico, dando lugar entonces a normas prescriptivas positivas. Junto a la autoridad normativa nos encontramos con el sujeto normativo, es decir, el agente al que va dirigida la prescripción y del que, por tanto, se espera que adecue su conducta al patrón establecido en la misma. Teniendo en cuenta este criterio, las normas prescriptivas pueden clasificarse en particulares, si están dirigidas a un sujeto o grupo de sujetos específicos y concretos, o generales, si tienen por destinatarios a todos los sujetos de una categoría abstracta. Por cierto que la generalidad de las normas, que como ya se ha dicho, es uno de los rasgos básicos del Derecho moderno, se construye frente a la idea medieval del

⁸⁴ Vid. VON WRIGHT, G. H., *Norma y Acción. Una investigación lógica*, obra citada, V: “El análisis de las normas”, pp. 87-107.

⁸⁵ Para un análisis crítico de algunos de estos elementos como criterios de clasificación de las normas jurídicas, vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la Teoría de la Norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 197 y ss.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

privilegio. Existe, además, otra posible clasificación de las normas prescriptivas, fruto de la utilización simultánea de los criterios de la autoridad y el sujeto normativo, que distingue entre prescripciones heterónomas u autónomas. Las primeras –entre las que suele citarse como ejemplo prototípico a las normas jurídicas- son aquellas en las que la autoridad y el sujeto normativo son diferentes. En cuanto a las segundas, y alejándonos en este aspecto del pensamiento de Von Wright, parecen más difíciles de definir, ya que en esta categoría se incluirían tanto las normas en las que no puede identificarse la autoridad normativa –podría pensarse aquí en el inmemorial *Common Law* inglés- como aquéllas en las que ésta es también sujeto normativo, como suele afirmarse que ocurre con las normas morales. En cualquier caso, junto a la autoridad y al sujeto normativo, nos encontramos con otro elemento estructural de las prescripciones que es la ocasión. Ésta viene determinada por el conjunto de coordenadas temporales y espaciales en las que debe realizarse el contenido de la norma, por lo que podría afirmarse la existencia de una ocasión temporal y otra espacial. De nuevo, este elemento permite clasificar las prescripciones en particulares, si la ocasión es determinada y generales, si da lugar a un número indeterminado de ocasiones.

Por otro lado, la promulgación supone la formulación de la prescripción a través de un determinado sistema de símbolos con la finalidad de que los destinatarios conozcan, y por tanto puedan cumplir, la voluntad de la autoridad normativa. En este sentido, las normas prescriptivas pueden distinguirse según utilicen un lenguaje de símbolos o formalizado o el lenguaje natural. A su vez, las que utilizan el lenguaje natural pueden hacerlo de forma escrita o hablada. Finalmente, en cuanto a la sanción, ésta debe entenderse como posibilidad de un castigo en el caso de incumplimiento de la prescripción, y como ya se ha visto, este es uno de los pilares en los que se basa la eficacia de las normas jurídicas. Ahora bien, a partir del Estado Social de Derecho, el concepto de sanción de las normas jurídicas se ha ampliado de forma que podemos clasificar las normas jurídicas, dependiendo de este criterio, en normas jurídicas con sanción negativa y normas jurídicas con sanción positiva. La sanción negativa, que se corresponde con el concepto tradicional de sanción, es el conjunto de consecuencias desagradables que se imputan al incumplimiento de una norma. La sanción positiva, que cobra sentido a través de la asunción en el Estado Social de Derecho de la función promocional, es el conjunto de consecuencias agradables que se imputan al cumplimiento de una norma jurídica.

C) Clasificación de las normas jurídicas.-

Los criterios para clasificar a las normas jurídicas son variados y absolutamente amplios, y algunos de los posibles ya se han tratado cuando se



ha hecho referencia a los elementos de las prescripciones⁸⁶. En cualquier caso, dentro de la Filosofía del Derecho contemporánea son ya comunes dos clasificaciones de las normas jurídicas que merecen ser destacadas por su importancia para la definición del Derecho. Por un lado, la distinción entre normas primarias y normas secundarias tal y como se ha planteado en la obra de dos de los más importantes representantes del positivismo: Hans Kelsen y Herbert L. A. Hart. Por otro, la distinción entre reglas y principios, planteada como revisión de una determinada concepción positivista del Derecho por autores como Ronald Dworkin o Robert Alexy.

1) Normas primarias y normas secundarias.-

Las dos enunciaciones más importantes que distinguen a las normas primarias y las secundarias han sido realizadas desde el seno del normativismo por Kelsen y Hart⁸⁷. La del autor austriaco supone un intento de distinguir las normas jurídicas por su estructura, mientras que la del profesor de Oxford se basa en la función de las mismas, pero veámoslas más detalladamente.

Por lo que respecta a la clasificación de las normas jurídicas llevada a cabo por Kelsen parece que lo primero a lo que debe hacerse referencia es a la distinción que según este autor existe entre las normas jurídicas y las leyes de la naturaleza construidas por las ciencias naturales. En ambos casos nos encontramos ante juicios hipotéticos en los que se enlazan dos elementos, una condición de aplicación y una consecuencia, pero existen diferencias entre ellos, ya que el vínculo a través del que se enlazan dichos elementos es radicalmente diferente en uno y otro caso. En el caso de las leyes de la naturaleza, el vínculo entre la condición de aplicación y la consecuencia es de “causalidad”⁸⁸, mientras que en el caso de las normas jurídicas es de “imputación” o “atribución”. Efectivamente, en el caso de las leyes naturales la condición de aplicación es la “causa” de la consecuencia, en el sentido de que si se produce la primera, necesariamente, se produce la segunda. Por el contrario, en las normas jurídicas, la consecuencia no es el producto necesario de la condición de aplicación, sino simplemente uno de los posibles “atribuido” o “imputado” por una autoridad jurídica competente. En este sentido, la estructura de las leyes naturales sería “Si es A (donde A es la condición de aplicación), entonces es B (donde B es la única consecuencia posible)”. Las normas jurídicas, por su parte, tendrían la estructura “Si es A (donde A es la condición de aplicación), entonces debe ser B (donde B es un resultado de

⁸⁶ Vid. también BOBBIO, N., «Para una clasificación de las normas jurídicas», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 283-295.

⁸⁷ Para un análisis de la clasificación de normas primarias y secundarias en Kelsen y Hart, además de otras enunciaciones de esta clasificación, puede consultarse BOBBIO, N., «normas primarias y secundarias», en ID., *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 307-321. Vid. también NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, obra citada, pp. 78-92.

⁸⁸ Vid., sobre el principio de causalidad y su evolución en la ciencia, KELSEN, H., «Causalidad y retribución», en ID., *¿Qué es Justicia?*, obra citada.



varios posibles, decidido por una autoridad jurídica competente)⁸⁹. Evidentemente, la estructura de las leyes naturales las convierte en proposiciones con pretensión de descripción de cierta regularidad observada en la naturaleza, y por tanto, puede predicarse de ellas su verdad o falsedad. Por el contrario, la estructura de las normas jurídicas las convierte en prescripciones tendentes a modificar la realidad y de las que, por tanto, no tiene sentido predicar su verdad o falsedad, por lo que los criterios de análisis deberán ser otros.

Todo esto, por cierto, nos sirve para hacer referencia a la distinción kelseniana entre enunciados jurídicos y normas jurídicas. En el caso de los enunciados jurídicos nos vemos en el ámbito de la ciencia jurídica, mientras que el caso de las normas jurídicas, nos encontraríamos en el del propio Derecho. Los enunciados jurídicos informan sobre el contenido de un determinando ordenamiento jurídico, mientras que las normas jurídicas son proposiciones de “deber ser” que prescriben determinadas acciones⁹⁰. Así, lo dicho para las leyes naturales vale también para los enunciados jurídicos contruidos por la ciencia jurídica, que pueden ser sometidos a verificabilidad empírica y enjuiciados como verdaderos o falsos. Por otro lado, las normas jurídicas, en tanto que hechos empíricos en sí mismos, no pueden calificarse de verdaderos o falsos, y de ahí, precisamente, que los criterios para analizar a las normas jurídicas no sean su verdad o falsedad sino su validez o invalidez, su eficacia o ineficacia o su justicia o injusticia⁹¹.

Una vez hechas estas distinciones entre leyes de la naturaleza, enunciados jurídicos y normas jurídicas, Kelsen pasa a mostrar cuáles son los rasgos básicos de las normas jurídicas. El primero de ellos es la consideración austiniana de la norma jurídica como un mandato. Las normas jurídicas pertenecen, como se acaba de decir, al mundo del “deber ser”, y en este sentido, conforman un orden coactivo a través del cuál se imponen modelos de conducta. Por supuesto, la forma en que se materializa dicho carácter coactivo es a través de la sanción, que es el elemento que permite distinguir a las normas jurídicas de otro tipo de prescripciones. La estructura de las normas jurídicas, por tanto, consiste en una condición de aplicación, que se corresponde con la conducta ilícita que se quiere evitar por parte del Derecho a la que se “imputa” o “atribuye” una consecuencia desagradable que es la sanción. Ahora bien, si lo que caracteriza a las normas jurídicas es la estructura y en ésta se hace absolutamente esencial la sanción, el siguiente paso es afirmar la irrelevancia de aquellas normas que no contienen sanción, y a las que Kelsen denomina como “no independientes” o secundarias. Estas normas obligan a una determinada conducta, pero no establecen ellas mismas sanciones, sino que éstas aparecen en otras normas –de las que

⁸⁹ Vid. KELSEN, H., «Causalidad e imputación», en ID., *¿Qu és Justicia?*, obra citada, pp. 230-232.

⁹⁰ KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1983, p. 53.

⁹¹ En este sentido, afirma KELSEN, H., que «los hechos empíricos no son ni verdaderos ni no verdaderos, sino que existen o no existen, mientras que sólo los enunciados sobre esos hechos puede ser verdaderos o no verdaderos», *Teoría Pura del Derecho*, obra citada, p. 86.



dependen, y a las que se denomina primarias- que tienen como condición de aplicación la conducta contraria, es decir, la conducta ilícita. Desde el punto de vista de técnica legislativa, estas normas secundarias son, según Kelsen, absolutamente superfluas e irrelevantes al depender absolutamente de las genuinas normas jurídicas, las normas primarias cuya estructura está formada por una conducta ilícita a la que se atribuye una sanción⁹².

De esta concepción kelseniana de la norma jurídica, centrada en su estructura y principalmente en el elemento de la sanción, se desprende una importante consecuencia relacionada con los destinatarios de las normas jurídicas. Si las auténticas normas jurídicas, las normas primarias, son aquellas que contienen sanción y cuya condición de aplicación, por tanto, es una conducta ilícita, parece que los auténticos destinatarios –o al menos los “primarios”- del Derecho serán los órganos competentes para imponer las sanciones. Los ciudadanos, en tanto que individuos particulares, serían destinatarios “secundarios” –si no superfluos- del Derecho, en tanto que lo que éste les exige es la realización de la conducta contraria a la establecida en la genuina norma jurídica, la primaria.

Por su parte, Herbert L. A. propone una nueva clasificación de normas primarias y secundarias que supere los defectos que se aprecian en la distinción de Kelsen⁹³. El punto de partida del autor inglés es el análisis de la norma jurídica no tanto a través de su estructura como de su función. Con ello, por un lado, se soluciona el problema de la consideración kelseniana –y previamente austiniana- de las normas jurídicas como mandatos respaldados en sanciones, que deja sin explicar la existencia en los sistemas jurídicos modernos de normas que confieren poderes o permisos. Por otro lado, cobra sentido la consideración de los ciudadanos como los destinatarios principales o “primarios” del Derecho, ya que las normas jurídicas tienen como función esencial la organización social, es decir, el establecimiento de pautas de conducta para todos los individuos.

No obstante, sólo una comunidad pequeña y vinculada por lazos de parentesco puede, según Hart, regularse exclusivamente a través de estas normas de conducta o normas primarias. Así, en las sociedades modernas, un sistema jurídico que utilice solamente este tipo de normas se encontraría con ciertos problemas. En primer lugar la falta de certeza sobre las normas primarias que componen un ordenamiento, o dicho de otra forma, sobre la validez (como pertenencia) de dichas normas; en segundo lugar, el carácter estático del ordenamiento cuyo contenido sería difícilmente modificable; finalmente, el ejercicio difuso de la presión social, ejercida sin parámetros o criterios estables. Pues bien, para resolver estos problemas, los sistemas jurídicos cuentan con unas normas secundarias cuya función no es establecer pautas de comportamiento, sino solucionar dichos problemas. Por un lado, se encontraría la regla de reconocimiento, cuya función es solucionar el problema de la falta de certeza especificando las características que debe

⁹² KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, obra citada, pp. 67-70.

⁹³ HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, obra citada, cap. V: “El Derecho como unión de reglas primarias y secundarias”, pp. 99-123.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

reunir una norma primaria para que pueda ser considerada como perteneciente al sistema jurídico y, por tanto, sustentada por la presión social que el grupo ejerce. Además, estarían las reglas de cambio, cuya función es solucionar el problema del carácter estático del ordenamiento facultando a determinados individuos, a través de ciertos procedimientos, a crear nuevas normas primarias o a modificar o dejar sin efecto (derogar) las ya existentes. Por último, las reglas de adjudicación solucionan el problema del ejercicio difuso de la presión social, facultando a determinados individuos, a través de ciertos procedimientos, a verificar los incumplimientos de las normas primarias y sancionarlos de la forma determinada en dichas reglas secundarias.

En cualquier caso, lo esencial ahora parece ser el hecho de la teoría de Hart ha puesto de relieve, finalmente, que la comprensión de la norma jurídica y su diferenciación de las normas morales o las reglas del trato social, sólo puede hacerse con referencia al conjunto del sistema jurídico, al que se dedicará la siguiente lección. La juridicidad de una norma viene dada por su pertenencia al Ordenamiento jurídico, no por su contenido o estructura, lo cuál permite explicar la existencia de normas sin sanción como las normas potestativas o permisivas.

2) Principios y reglas.-

Hasta ahora se ha desarrollado en parte la idea central de esta lección de que el Derecho está constituido por normas. Sin embargo, esta afirmación, es demasiado genérica y puede concretarse más, ya que no todas las normas son de la misma clase. Ya se ha hecho también alusión a esta idea a través de la distinción entre normas primarias y secundarias en Kelsen y en Hart, pero ahora puede ser interesante ahondar en otra distinción de las normas jurídicas que se ha planteado como un desafío al modelo positivista de las normas jurídicas. Se trata de la distinción entre principios y reglas, que ha generado un amplio debate en la Teoría del Derecho contemporánea entre positivistas y “no-positivistas”⁹⁴.

Como defensores de la caracterización de las normas jurídicas a través de la distinción “fuerte” entre reglas y principios nos encontramos, por ejemplo, a Ronald Dworkin. Su punto de partida es la Teoría del Derecho positivista de Herbert L. A. Hart, caracterizada por tres notas: En primer lugar, la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, lo que supone que a pesar de existir numerosas conexiones entre ambos sistemas normativos, las mismas son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente; en segundo lugar, la tesis de las fuentes sociales del Derecho, que implica que para que exista el Derecho tienen que darse alguna práctica social que determine los criterios últimos de validez jurídica de las normas y que nos permita, por tanto, afirmar su pertenencia al sistema jurídico; en tercer lugar, la tesis de la discrecionalidad judicial, que implica que en todo sistema jurídico habrá siempre determinados casos (lagunas, antinomias, problemas de ambigüedad, de vaguedad, etc) en los que la solución dada por el juez no está determinada

⁹⁴ Puede consultarse, a este respecto, GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.



previamente sino que es creada por éste con un margen más o menos amplio de discrecionalidad.

La Teoría del Derecho Hartiana, que centrada en un modelo de normas jurídicas compuesto exclusivamente por reglas desemboca en la discrecionalidad judicial, tiene el problema, según Dworkin, de confundir las funciones del legislador y del juez, atribuyendo a éste último un poder creador de Derecho que, además, tiene carácter retroactivo. El gran defecto del modelo de las reglas hartiana ha sido no entender que en el Derecho, junto con las reglas, existen otros estándares normativos que se denominan principios y que evitan la discrecionalidad judicial y los problemas que derivarían de ella. La distinción entre reglas y principios opera aquí como una distinción “fuerte” que tiene las siguientes características: las reglas se aplican a la forma de todo o nada, mientras que los principios no; los principios son más importantes que las reglas; y sobre todo, los principios no tienen su origen en las fuentes sociales, como las reglas, sino en la moral. Es decir, que no son jurídicos por ser reconducibles a una regla de reconocimiento sino por su contenido moral. De esta forma, un juez “Hércules” capaz de analizar y utilizar todo el sistema jurídico, conectado necesariamente con la moral y con los principios contenidos en ella, encontraría la “única solución correcta” al caso planteado.

Evidentemente, la teoría del Derecho de Ronald Dworkin, que ha sido objeto de una revisión crítica por parte de corrientes positivistas -incluido el propio Hart⁹⁵-, presenta algunos problemas, especialmente el hecho de que puede aceptarse la existencia de principios junto a las reglas sin abandonar ninguna de las tres tesis de Hart.

En cualquier caso, existen otras Teorías del Derecho que afirman la categorización de las normas jurídicas como reglas y principios a través de una distinción más “débil” entre ambas categorías, no como distinción “lógica” sino “de grado”. Aquí se habla de principios para hacer referencia a normas más fundamentales, más generales o expresadas en un lenguaje indeterminado⁹⁶. Sin embargo, esa fundamentalidad (jerárquica; lógico-deductiva; teleológica o axiológica), generalidad o indeterminación es una cuestión “de grado” que no tiene que ver con una diferente estructura normativa entre las reglas y los principios y que cobra importancia en el momento de aplicación e interpretación de las normas jurídicas.

Esta es, por ejemplo, la posición de Robert Alexy, para quien al igual que para

⁹⁵ Vid., por ejemplo, HART, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro, F. J. Laporta y J. R. de Páramo, *Sistema*, n.º 36, 1980, pp. 3-18.

⁹⁶ Selañan ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., que la diferencia entre las reglas y los principios radica en que estos últimos «configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada (...) Mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas», *Las piezas del Derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 9. Para una enumeración de los usos más frecuentes de los principios jurídicos, vid. RUIZ MANERO, J., «Principios jurídicos», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, p. 151.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

Dworkin, los principios admiten ser ponderados y aplicados en diferentes grados, mientras que las reglas sólo lo pueden ser a la forma de todo o nada⁹⁷. Sin embargo, Alexy critica un orden fuerte de principios, como el defendido por Dworkin ya que es imposible un sistema jurídico que, además de todas las reglas y todos los principios, establezca todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, determinando así la “única respuesta correcta”. La discrecionalidad judicial es inevitable, ya que aunque el sistema jurídico está compuesto por reglas y principios, no establece las relaciones de prioridad y el peso concreto que, por tanto, se debe atribuir por los jueces a cada uno de ellos en cada caso⁹⁸. Evidentemente, como se verá en la lección dedicada a la interpretación y aplicación del Derecho, el camino propuesto por Alexy, al igual que por otros muchos autores, para hacer menos peligrosa la inevitable discrecionalidad judicial será el de la argumentación jurídica y judicial, concebida como un caso especial de argumentación práctica⁹⁹.

⁹⁷ Vid. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, Trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 161.

⁹⁸ En este sentido, PRIETO, L., llega a mantener que la distinción «fuerte de los principios no elimina ni elude las dificultades interpretativas, sino que acaso las subraya», *Sobre Principios y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 131.

⁹⁹ Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 205 y ss., así como su trabajo «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en ID, *Derecho y razón práctica*, Trad. de M. Atienza, Fontamara, México, 1993, pp. 9-22



Lección 6.- El ordenamiento jurídico

A.- La idea de sistema jurídico.

B.- Las características del ordenamiento jurídico como sistema.

- 1) La unidad. La búsqueda del fundamento último de validez del sistema jurídico.
- 2) La coherencia. Las antinomias. Condiciones, tipos y criterios de solución.
- 3) La plenitud. Las lagunas. Tipos y criterios de solución.

A.- La idea de sistema jurídico.-

En la lección anterior se ha realizado un estudio de las normas jurídicas. Sin embargo, las normas jurídicas no tienen sentido de forma aislada, sino más bien en cuanto que se relacionan con otras normas. El Derecho, por tanto, se concibe como un conjunto de normas jurídicas, es decir, un ordenamiento o sistema jurídico. Este cambio de punto de vista, al pasar a analizar el ordenamiento jurídico en su conjunto, permite resolver ciertos problemas que quedaban pendientes en el estudio de la norma jurídica, como la existencia de normas sin sanción, la propia definición de norma jurídica, la relación entre validez y eficacia, etc.

La idea del Derecho como sistema ha estado siempre contrapuesta, desde la Grecia clásica, a la visión tópica del Derecho. Así, el Derecho Romano, a pesar de tener un alto componente casuístico, también tiene ciertas bases principialistas que refuerzan la noción sistemática del mismo proporcionada por las *Instituciones* de Gayo. Incluso en el medievo puede seguirse el rastro a cierta idea de sistema vinculada con el Código Canónico. En cualquier caso, la visión sistemática del Derecho cobrará una fuerza especial a partir del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, con el auge de las ciencias naturales y la pretensión de extrapolar los métodos de éstas a la ciencia jurídica. Así, surgirán los intentos de construir una ciencia jurídica *more geométrico*, y basada, por lo tanto, en la idea de sistema, que será el motor, durante el siglo XIX, de los dos grandes movimientos del constitucionalismo –en el derecho público- y la codificación en el derecho privado. La pretensión de la ciencia jurídica iusnaturalista-racionalista, de elaborar un Derecho positivo “sistemático” a semejanza del Derecho natural –un ordenamiento jurídico- dará lugar a un positivismo jurídico absolutamente radical que creará ciegamente en esa idea y que convertirá en dogmas incuestionables algunas implicaciones de esa naturaleza sistemática.



Ese protopositivismo, por ejemplo, considerará al legislador como un ser racional y omnisciente, y esto convertirá a la ley en la fuente absoluta de la creación jurídica. A través de ella, el derecho encontrará una respuesta a todos los problemas presentes y futuros, y el juez podrá limitarse a desempeñar una labor mecánica de aplicación de la ley, a ser “la boca muda que pronuncia sus palabras”.

B.- Las características del ordenamiento jurídico como sistema.

Ciertamente, el positivismo ha rechazado hoy esos dogmas, matizando la parte de verdad que hay detrás de ellos. Pero incluso después de esto, la idea de sistema sigue siendo una noción central para la comprensión del fenómeno jurídico¹⁰⁰. En este sentido, se van a analizar ahora las características que se predicán de un sistema jurídico y que son la unidad, la coherencia y la plenitud.

1) La unidad. La búsqueda del fundamento último de validez del sistema jurídico.-

La primera característica del ordenamiento jurídico, en tanto que sistema, es la unidad. Ésta permite considerar a las diferentes normas jurídicas de un ordenamiento como partes del mismo. Ciertamente, cuando se habla de unidad del sistema jurídico se hace necesario acudir al análisis de uno de los precursores de esta idea durante el siglo XX, y que no es otro que Hans Kelsen.

Este autor, se refiere a la unidad de los sistemas jurídicos a través de la distinción entre “sistemas estáticos” y “sistemas dinámicos”, basada en el fundamento de validez de unos y otros y que para Kelsen sirve también para distinguir entre los sistemas jurídicos y la moral¹⁰¹. Así, en los “sistemas estáticos”, que Kelsen identifica con la moral, la validez de una norma depende de que el contenido de la misma pueda deducirse lógicamente de la norma fundante básica del sistema. La norma moral que dice que “no se debe matar” es válida en la medida en que deriva lógicamente de la norma fundante básica de ese sistema que establece que “no se debe hacer el mal al prójimo”. En este sentido, la norma fundante básica de un sistema estático proporciona tanto el fundamento de validez del sistema como el

¹⁰⁰ En este sentido, la idea de racionalidad que está detrás de la noción de sistema sigue siendo esencial como ideal regulativo. El sistema jurídico «debe aspirar a ser racional, aunque en ocasiones no llegue a serlo. La racionalidad, más que un dato, es una aspiración y un propósito», DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, obra citada, p. 196.

¹⁰¹ Para un análisis de los sistemas estáticos y dinámicos puede consultarse CARACCIOLO, R., «Sistemas jurídicos», en GAZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, pp. 167-171.



contenido válido de las normas del mismo¹⁰². Por el contrario, un “sistema dinámico”, como es “esencialmente” el sistema jurídico, es aquel cuya norma fundante básica no contiene nada más que «el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica». Es decir, que el “sistema estático” proporciona el fundamento de validez, pero no el contenido válido de sus normas¹⁰³.

Dejando de lado ahora la distinción entre “sistemas estáticos” y “sistemas dinámicos” y centrándonos en estos últimos, lo que proporciona el fundamento de validez de los mismos, como ya se ha dicho, es la norma fundante básica de dichos sistemas. Ahora bien, es precisamente en esta norma fundante básica donde residen muchos de los problemas de la Teoría del Derecho kelseniana. El problema central es que debido al afán del autor austriaco de elaborar una Teoría pura del Derecho, ajena a cualquier consideración política, moral o de cualquier otro tipo y centrada exclusivamente en las normas jurídicas, la norma fundante básica acaba siendo un presupuesto lógico o una hipótesis de la razón, y no una auténtica norma jurídica positiva. Dada la construcción escalonada del ordenamiento jurídico, y la imposibilidad de recurrir constantemente a otra norma superior para fundamentar la validez de la norma inferior, lo que supondría un regreso al infinito, el cierre del sistema se sitúa en esa *ficción* representada por la norma fundante básica, en esa norma que «no se sabe aún muy bien qué es»¹⁰⁴.

Un intento de superar la construcción de la unidad del sistema jurídico realizada por Kelsen lo representa la teoría de Herbert L. A. Hart cuya regla de reconocimiento «está en mejores condiciones que la norma fundamental (...) para servir como punto de referencia de los criterios de pertenencia e individualización»¹⁰⁵. Como se vio en la lección anterior, junto a las reglas primarias existía una regla secundaria –la regla de reconocimiento– cuya función era precisamente la de identificar las normas válidas en ese sistema jurídico. Esa regla de reconocimiento tiene una diferencia fundamental con

¹⁰² KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 203.

¹⁰³ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 204.

¹⁰⁴ GARCÍA AMADO, J. A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 29.

¹⁰⁵ NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, obra citada, p. 123. Sobre la regla de reconocimiento puede consultarse PÁRAMO, J. R., *H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 242-333 y RAMOS PASCUA, J. A., *La regla de reconocimiento en la Teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Tecnos, Madrid, 1989, especialmente, pp. 135-180.



la norma fundante de Kelsen, y es que la primera no es una hipótesis de trabajo, un presupuesto lógico, sino una norma positiva.

Ahora bien, el análisis de la regla de reconocimiento exclusivamente desde el punto de vista normativo no permite entender plenamente la unidad del sistema jurídico, y por eso debe acudir también a su importante dimensión fáctica. La regla de reconocimiento tiene, por tanto, una naturaleza bifronte, operando por un lado, como auténtica norma jurídica, y por otro, como un hecho. Quizás sea necesario, para entender dicha naturaleza bifronte de la regla de reconocimiento, acudir a la distinción utilizada por el propio Hart entre punto de vista externo –que es el del observador que se sitúa fuera del sistema jurídico y sin aceptar su regla de reconocimiento comprueba que otros la aceptan- y punto de vista interno, que es el del participante que se sitúa dentro de dicho sistema y acepta su regla de reconocimiento. Cuando se analiza la validez de cualquier de las normas del sistema jurídico situadas jerárquicamente por debajo de la regla de reconocimiento, se está preguntando si las mismas son válidas en el sentido de que cumplen con los criterios de validez establecidos en la norma superior. Aquí, por tanto, la regla de reconocimiento asume la naturaleza de norma jurídica, y es percibida como tal desde el punto de vista interno, el de los participantes del sistema. Sin embargo, cuando se analiza la validez de la propia regla de reconocimiento, ésta sólo tiene sentido si es entendida desde el punto de vista externo, el del observador, de forma que la misma es válida en la medida en que desde un punto de vista fáctico los participantes del sistema utilizan dicha norma para reconocer como válidas al resto de normas del sistema jurídico¹⁰⁶.

Ahora bien, esta dimensión fáctica de la regla de reconocimiento nos pone sobre la pista de que el fundamento último de validez de un sistema jurídico y, por tanto, lo que dota de unidad al mismo, está íntimamente relacionado con la eficacia del mismo. Precisamente como un intento de hacer más explícita dicha conexión, y en este sentido, como una visión normativista realista superadora de la posición Kelseniana y Hartiana, puede entenderse la teoría de Gregorio Peces-Barba. Según este autor, el fundamento último de validez del sistema se encuentra en el Hecho fundante básico del poder, que

¹⁰⁶ En este sentido, la afirmación de la existencia de la regla de reconocimiento, sólo puede ser, según HART, H. L. A., «un enunciado de hecho externo» porque «la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho», *El Concepto de Derecho*, obra citada, p. 137. Para un análisis crítico de la regla de reconocimiento hartiana *vid.* CARACCILO, R., *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Fontamara, México, 1994, pp. 74-76 y MORESO, J.J., y NAVARRO, E. P., *Orden jurídico y sistema jurídico: una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Cuadernos y debates, núm. 44, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 89-91.



con el monopolio en el uso de la fuerza apoya a un determinado sistema jurídico haciendo que sea eficaz y, por tanto, válido¹⁰⁷. Ese poder, por supuesto, consiste en un poder único, abierto, complejo e institucionalizado¹⁰⁸.

2) La coherencia. Las antinomias. Condiciones, tipos y criterios de solución.-

Otra de las características que se predicen de los sistemas jurídicos, además de su unidad, es la coherencia. Desde un punto de vista lógico, la coherencia supone la ausencia de contradicciones, aunque la idea de coherencia referida al ordenamiento jurídico sería más bien reconducible a la inexistencia de antinomias, entendiendo por tal la situación que se produce cuando dos normas regulan un mismo supuesto de hecho estableciendo consecuencias jurídicas incompatibles entre sí. Ahora bien, cuando decimos que el sistema jurídico es coherente no estamos afirmando que no se produzcan antinomias, sino que en caso de producirse, existen mecanismos establecidos para resolverlas¹⁰⁹. Así, desde el punto de vista de Norberto Bobbio, el principio de coherencia o de compatibilidad supone una corrección de la idea kelseniana del sistema jurídico como un sistema dinámico, permitiendo excluir la validez de las normas producidas por fuentes autorizadas pero que resulten incompatibles con otras fuentes. Esta misma idea se desarrolla a través de la distinción entre validez y vigencia, de forma que podría hablarse de normas vigentes –respaldadas por el aparato coactivo del Estado- pero inválidas, al resultar incompatibles con otras normas del sistema que prevalecen.

Ahora bien, antes de analizar los criterios para resolver las antinomias puede resultar interesante referirse a las condiciones para que éstas se den y a los tipos de antinomias que pueden encontrarse¹¹⁰.

En cuanto a las condiciones, parece obvio que para que exista una antinomia debe ocurrir, en primer lugar, que las dos normas que sean incompatibles pertenezcan al mismo sistema jurídico. Además, deben

¹⁰⁷ Como afirma PECES-BARBA, G., «El poder político efectivo es el fundamento último de la validez del ordenamiento, lo cual quiere decir que apoya la existencia del Derecho», *Introducción a la Filosofía del Derecho*, obra citada, p. 118. Y más adelante, concretará esta idea, al analizar la Teoría pura kelseniana, al insistir en que «El Derecho válido depende de una voluntad, la voluntad del poder (...) Por consiguiente, más que de una norma fundamental básica hay que hablar de un hecho fundamental básico del ordenamiento jurídico», *ib ídem*, p. 267.

¹⁰⁸ *Vid.*, PECES-BARBA, G., (et al.), *Curso de teoría del Derecho*, obra citada, p. 102.

¹⁰⁹ Como señala ASÍS, de R., la coherencia es «una idea o nota regulativa» y no un hecho. En última instancia, «implica la presencia de criterios para solucionar la posible presencia de normas contradictorias», *Jueces y Normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 28.

¹¹⁰ *Vid.* ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, obra citada, pp. 77 y ss.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

compartir el mismo ámbito de validez, considerándose como tales el ámbito temporal (tiempo en que se proyectan), espacial (espacio sobre el que se proyectan), personal (sujetos sobre los que se proyectan) y material (objeto sobre el que se proyectan).

Pero además de que se den estas condiciones, necesitamos seguir analizando otros elementos para ver si realmente estamos ante una antinomia. Así, teniendo en cuenta los diferentes tipos de operadores deónticos que existen y las relaciones entre ellos, se producen diferentes grados de incompatibilidad entre las normas: 1) Entre una obligación y una prohibición: La primera norma obliga a hacer algo y la segunda lo prohíbe. Relación de contrariedad; 2) Entre una obligación y un permiso negativo: la primera norma obliga a hacer algo y la segunda permite no hacerlo. Relación de contradictoriedad; 3) Entre una prohibición y un permiso positivo: la primera norma prohíbe hacer algo y la segunda permite hacerlo. Relación de contradictoriedad; 4) Entre un permiso positivo y un permiso negativo: la primera norma permite hacer algo y la segunda permite no hacerlo. Relación de subcontrariedad; 5) Entre una obligación y un permiso positivo: la primera norma obliga a hacer algo y la segunda permite hacerlo. Relación de subalternidad; 6) Entre prohibición y permiso negativo: La primera norma prohíbe hacer algo y la segunda permite no hacerlo. Relación de subalternidad.

De todas estas, las normas incompatibles serían aquellas cuyas posiciones no pueden ser al mismo tiempo verdaderas. Entonces, las relaciones de contrariedad y contradictoriedad serían auténticas antinomias, mientras que las de subcontrariedad y subalternidad serían relaciones compatibles y por tanto, en sentido estricto, no son antinomias¹¹¹.

En cuanto a la clasificación de las antinomias, suele recogerse en los manuales de Teoría del Derecho una clasificación muy común, atendiendo a la amplitud de la antinomia, gracias a la cuál pueden distinguirse, siguiendo a Bobbio y a Ross, tres tipos diferentes de antinomias: 1) la Antinomia Total-Total, cuando si se aplica una de las normas se entra totalmente en conflicto con la otra. Por ejemplo, norma A: “Se prohíbe fumar”; Norma B: “Se permite Fumar”; 2) Antinomia Parcial-Parcial, cuando al aplicar una de las normas, una parte de su ámbito de validez entra en conflicto con parte del ámbito de validez de la otra norma. Por ejemplo, norma A: “Prohibido fumar de 12 a 17 horas”; Norma B “Se permite fumar de 15 a 22 horas”; 3) Antinomia Total-Parcial, cuando al aplicar una de las dos normas el conjunto del ámbito de validez de una de ellas entra en conflicto con parte del ámbito de validez de la otra. Por ejemplo, norma A: “Prohibido fumar de 12 a 17 horas”; norma B:

¹¹¹ Vid. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, obra citada, pp. 196-199.



“Se permite fumar de 15 a 17 horas”¹¹².

Centrándonos ya en los criterios de resolución de las antinomias acuñados por la dogmática, estos son el jerárquico, el cronológico, el de especialidad y el de competencia.

Conforme al criterio jerárquico, la norma superior prevalece sobre la norma inferior (*lex superior derogat inferior*); conforme al criterio cronológico, la norma posterior prevalece sobre la anterior (*lex posterior derogat anterior*); respecto al criterio de especialidad, la norma especial prevalece sobre la general (*specialia generalibus derogant*); finalmente, el criterio de competencia supone que la norma competente prevalece sobre la norma incompetente.

Éstos, como acaba de verse, son los criterios para resolver los conflictos que se planteen entre dos normas. Ahora bien, en determinados casos hay un segundo nivel de conflicto que se produce entre los propios criterios de solución de antinomias. En este caso, nos encontramos con dos normas incompatibles entre sí y diferentes criterios para resolver esa antinomia que establecen soluciones diferentes respecto a la norma que debe prevalecer. Para solucionar estas situaciones, que pueden ser denominadas como antinomias de segundo grado, debe tenerse en cuenta cuál es el orden de prevalencia entre los diferentes criterios de resolución de antinomias.

Así, cuando el conflicto se produce entre el criterio jerárquico y el cronológico prevalece el criterio jerárquico, lo que supone que la norma superior, aunque sea anterior en el tiempo, prevalece sobre la norma inferior y posterior; en segundo lugar, cuando el conflicto se produce entre el criterio jerárquico y el de especialidad, prevalece de nuevo el jerárquico, lo que significa que la norma superior y general, prevalece sobre la norma inferior y especial; en tercer lugar, cuando el conflicto se produce entre el criterio jerárquico y el de competencia, prevalece el de competencia, de forma que la norma inferior y competente prevalece sobre la superior pero incompetente; cuando el conflicto se produce entre el criterio de competencia y el de especialidad, prevalece el de competencia, de forma que la norma competente y general prevalece sobre la incompetente y especial; en cuanto al conflicto entre el criterio de competencia y el cronológico, prevalece el de competencia, de forma que la norma competente y anterior prevalece sobre la incompetente y posterior; finalmente, cuando el conflicto se produce entre el criterio de especialidad y el cronológico, no hay una regla última que proporcione una solución unívoca. En este caso, la interpretación del operador jurídico determinará a cuál de los criterios debe darse prevalencia y qué norma, por tanto, se impone sobre la otra. En definitiva, puede decirse que existe un

¹¹² Vid. ROSS, A., Sobre el Derecho y la Justicia, obra citada, y BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, obra citada, pp. 201-202.



orden de prevalencia que sitúa en primer lugar al criterio de competencia; en segundo lugar al criterio jerárquico; y finalmente, sin una solución unívoca, a los criterios de especialidad y cronológico.

4) La plenitud. Las lagunas. Tipos y criterios de solución. -

La tercera gran característica que se atribuye a los ordenamientos jurídicos es la plenitud. Ya se hizo referencia anteriormente a la idea de sistema y la asunción por el primer positivismo de determinados dogmas entre los que destaca, especialmente, el de la plenitud del sistema jurídico¹¹³. Desde este protopositivismo, el legislador racional y omnisciente era capaz de elaborar un derecho en el que siempre había una norma que aportaba solución a cualquier caso que pudiera plantearse de forma que el juez podía limitarse a la labor de aplicación mecánica de la ley. Ya en el siglo XIX hubo diferentes movimientos que pusieron de manifiesto la inevitable existencia de lagunas, es decir, de casos a los que se enfrentaban los operadores jurídicos y para los cuáles el ordenamiento jurídico no tenía una norma legal que estableciese la solución, por lo que la labor judicial tenía que ser creadora de Derecho. Así pues, hoy en día resulta evidente que cuando hablamos de plenitud, no estamos afirmando que no existan lagunas sino que en caso de producirse, existe siempre un operador jurídico competente para resolverla a partir de ciertos criterios. Así es como encuentra sentido, la afirmación del artículo 1.7 del Código Civil de que «los jueces tienen el deber inexcusable de resolver todos los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

Estos criterios para resolver las lagunas se conocen comúnmente como mecanismos de integración, y se subdividen en mecanismos de heterointegración y autointegración. Con los primeros, se busca una solución al caso a través del recurso a elementos externos al propio sistema jurídico, como el derecho natural, el derecho comparado u otras formas de normatividad social. Con los segundos, por el contrario, se hace referencia a determinados procedimientos de solución de las lagunas recogidos por el propio sistema jurídico¹¹⁴. Los criterios clásicos de autointegración son la

¹¹³ Sobre la plenitud como dogma y como ideal racional, *vid.* ALCHOURRON, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, cap. IX: “Complejidad como ideal racional”, pp. 225-241. BOBBIO, N., ha resaltado que la idea de plenitud es la más importante de las tres para el positivismo jurídico –frente a la de unidad y la de coherencia- al estar «estrechamente conectada con el principio de la certeza del Derecho, que es la ideología fundamental de este movimiento jurídico», *El positivismo jurídico*, obra citada, p. 210.

¹¹⁴ Evidentemente, como ha señalado SEGURA, M., la autointegración es más habitual que la heterointegración porque «en todos los ordenamientos subsiste la pretensión de dar respuesta a todos



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

analogía, los principios generales del Derecho y la denominada «norma de clausura del sistema».

En cuanto a la analogía, ésta aparece regulada en el artículo 4.1 del Código civil, y supone aplicar a un supuesto de hecho que no encuentra solución específica en el ordenamiento, la solución prevista en una norma jurídica de dicho ordenamiento para otro caso, siempre que entre ambos casos sean semejantes y medie entre ellos una “identidad de razón”, lo que exige indagar en la finalidad de la norma por parte del operador jurídico. Ahora bien, la aplicación de la analogía como método de autointegración tiene sus límites en el respeto al valor de la seguridad jurídica, concretada especialmente en determinados principios de organización de los sistemas jurídicos modernos como el principio de legalidad penal y de tipificación y el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos fundamentales (art. 9.3 C. E). En este sentido, la aplicación analógica está prohibida en el ámbito penal.

Por otro lado, suele distinguirse la analogía *legis* de la analogía *iuris*. La analogía *legis*, es la analogía en sentido estricto, y se corresponde con la idea que acaba de explicarse, es decir, con la aplicación de la consecuencia prevista en una norma concreta referida a un supuesto determinado a otro supuesto distinto pero semejante. Por otro lado, por analogía *iuris* se entiende la aplicación de una solución extraída no de una norma concreta sino del conjunto de normas, valores y principios legales del sistema, lo que nos lleva necesariamente a hablar de los principios generales del Derecho¹¹⁵.

Los principios generales del Derecho son, según el art. 1.1 del Código Civil una fuente del ordenamiento jurídico que complementa la ley y la costumbre. Dichos principios generales del Derecho pueden recogerse explícitamente en las normas jurídicas (como por ejemplo, los principios de irretroactividad de las normas, publicidad, etc, del art. 9.3 de la Constitución) en cuyo caso permiten establecer límites claros frente a normas de rango inferior contradictorias con los mismos, además de servir de guía de interpretación para los operadores jurídicos. Pero también puede ser que los mismos no se encuentren recogidos explícitamente en ninguna norma jurídica del sistema, sino que se trate de principios implícitos, de inferencias derivadas de las normas del sistema, en cuyo caso el operador jurídico que los utilice establecerá una conexión lógica con la norma o normas de las que se extraen y su fuerza normativa dependerá de la jerarquía de dichas normas.

Finalmente, debe hacerse referencia a determinados autores como Kelsen o Bobbio que defienden la plenitud del sistema jurídico desde la afirmación de una norma de clausura construida como una norma implícita, general y

los problemas jurídicos sin necesidad de acudir a instancias que se encuentran fuera del mismo», «El problema de las lagunas del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, p. 311.

¹¹⁵ Sobre la analogía puede consultarse DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 279-283 e ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, obra citada, pp. 181 y ss., donde también se hace referencia a los principios generales del Derecho.



马德里卡洛斯三世大学华人学生协会
ASOCIACION DE ESTUDIANTES CHINOS DE
LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

excluyente que opera junto a las normas particulares, explícitas e incluyentes del sistema. Estas teorías se encuentran respaldadas por una concepción liberal del Derecho que considera que todo aquello que no está prohibido o regulado como obligatorio está permitido. Sin embargo, la norma general excluyente resulta insuficiente porque ante la existencia de una laguna, además de la posibilidad de considerar que el caso regulado es diferente al no regulado y que por tanto es aplicable la norma general excluyente, existe también la posibilidad, y en eso consiste precisamente la utilización del método analógico, de aplicar una norma general inclusiva justificando que ambos casos son semejantes.



马德里卡洛斯三世大学华人学生协会
ASOCIACION DE ESTUDIANTES CHINOS DE
LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Lección 7.- La creación del Derecho.

- A.- La producción normativa
- B.- Derecho legal y Derecho judicial.
- C.- Otras formas de producción normativa.

A.- La producción normativa.-

El tema de la producción normativa o creación del Derecho se ha estudiado tradicionalmente a través de la noción de “fuentes del Derecho”¹¹⁶. Sin embargo, aquí se prefiere hablar de producción o creación normativa porque la expresión “fuentes del Derecho” no está exenta de un importante grado de ambigüedad¹¹⁷. Así, puede distinguirse un uso material del término, para hacer referencia a los contenidos que deben poseer forma normativa y otro uso formal bastante amplio e indeterminado¹¹⁸. Desde éste, se hace referencia, en primer lugar, a los actos que dan lugar a las normas jurídicas y los órganos autorizados para crearlas. Sin embargo, la expresión fuentes del Derecho se utiliza también para hacer referencia a las propias normas jurídicas, en sus diferentes tipos, como parece hacer por ejemplo el artículo 1.1. de nuestro Código Civil cuando afirma que son fuentes del Derecho la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Finalmente, incluso se utiliza la expresión “fuentes del Derecho”, aunque referida al “conocimiento” y no a la “producción”, para hacer referencia a los textos que dan a conocer el contenido de éstas y que forman parte de la Ciencia jurídica.

Teniendo en cuenta estas diferentes interpretaciones¹¹⁹, el objeto de esta lección, construida evidentemente desde los presupuestos del positivismo jurídico, estaría constituido por lo que en la terminología tradicional se

¹¹⁶ Para el origen y la formación histórica de la teoría de las fuentes puede consultarse DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 110-129. Un análisis mucho más detallado puede encontrarse en ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, trad. de J. L. Muñoz de Baena, A. de Prada y P. López, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

¹¹⁷ Como afirma AGUILÓ, J., en este sentido, «la literatura relativa a las fuentes del Derecho ha sido muy consciente de esta ambigüedad y del desbarajuste conceptual que la ha acompañado», *Teoría General de las fuentes del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 22.

¹¹⁸ Vid. GUIBOURG, R. A., «Las fuentes del Derecho», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 177-197.

¹¹⁹ Como afirma GUASTINI, R., estos diferentes usos del término fuente conducen a una utilización algo confusa para referirse a diferentes ideas: autoridad normativa, acto normativo, procedimiento normativo, documento normativo y norma. Vid. GUASTINI, R., *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, Giuffrè Milano, 1993, pp. 4-6.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

encuadra dentro de las fuentes formales y, más concretamente, los órganos autorizados para crear normas y los procedimientos adecuados para ello, es decir, lo que aplicando la terminología kelseniana podríamos llamar el punto de vista dinámico de la producción normativa.

Desde la perspectiva tradicional propia del Estado liberal de Derecho que nace en Europa a finales del siglo XVIII y que se asienta sobre los presupuestos de un positivismo teórico caracterizado por la defensa de una teoría estatalista de las fuentes y del dogma de la omnipotencia del legislador, el parlamento estatal era considerado como el único centro de producción normativa. El poder legislativo era el único capaz de crear Derecho, como representante de la voluntad general, mientras que el poder ejecutivo se limitaba a ejecutarlas. Ciertamente, junto con las leyes aparecían los reglamentos, pero éstos no eran tenidos en cuenta en la problemática de las fuentes, y por supuesto, el poder judicial, al que se observaba con gran recelo por su anterior sumisión al monarca absoluto, no podía ser considerado como centro de producción de normas jurídicas¹²⁰. Sin embargo, esta visión tradicional de la producción normativa ha sufrido, desde entonces a la actualidad, importantes variaciones.

En primer lugar, el surgimiento del Estado constitucional, caracterizado por la existencia de una constitución que opera como auténtica norma jurídica y que, además, se sitúa por encima de la ley en la jerarquía normativa.

En segundo lugar, la revisión por los movimientos antiformalistas de la afirmación de ese primer positivismo teórico de la omnipotencia del legislador y su calificación como una mera ficción, que es aceptada por la propia teoría del Derecho positivista actual y que conduce a la

¹²⁰ Vid. BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, obra citada, pp. 169 y ss.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

imposibilidad de negar la consideración del poder judicial como centro de producción normativa.

En tercer lugar, la ampliación, con el Estado social de Derecho, del ámbito de intervención del poder ejecutivo y su Administración, con el consiguiente aumento de la importancia de sus normas y la necesidad de afirmar la configuración de ambos como centros de creación de normas jurídicas, algunas de ellas incluso “con fuerza de ley”.

Finalmente, la crisis de la teoría estatalista de las fuentes que atribuye el monopolio de la creación de normas jurídicas al Estado soberano nacional, y que se ve modificada por varios frentes. Por un lado, por la descentralización administrativa y política derivada de la división territorial del poder y que da lugar a la calificación de los órganos de dichas entidades territoriales como centros de producción normativa. Por otro, por el proceso de formación de diferentes entidades supraestatales cuyos órganos producen normas jurídicas como las del Derecho internacional o el Derecho comunitario. Por último, por la incidencia de la sociedad dentro del Estado social y democrático de Derecho que se manifiesta en la producción de normas jurídicas por los particulares. En cualquier caso, la teoría estatalista de las fuentes propia del positivismo teórico puede seguir defendiéndose siempre que se haga con las necesarias matizaciones que introducen estos tres elementos. En cuanto a la existencia de normas jurídicas producidas por entidades que tienen su origen en la división territorial del Estado, ésta no parece ser un problema real para la teoría estatalista de las fuentes –entendida como que la afirmación de que el Estado ostenta el monopolio de la producción normativa- siempre que se entienda al mismo como un Estado descentralizado diferente al Estado nación. Por lo que respecta a la



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

existencia del Derecho Internacional y el Derecho comunitario, así como el producido por los particulares, aquí la teoría estatalista de las fuentes puede mantenerse a través de la afirmación de que todas esas normas jurídicas pasan a formar parte del Derecho de un determinado Estado en la medida en que el mismo se comprometa a respaldarlas con su aparato coactivo a través del acto de voluntad de alguno de sus centros de producción normativa expresado en una norma.

De cualquier forma, todas estas variaciones a la visión tradicional liberal de producción normativa serán tenidas en cuenta en el desarrollo de esta lección, que por otro lado, se hará vinculado al Derecho Español. De forma general, se distingue en la temática de la producción normativa una producción originaria y una derivada. La producción normativa originaria es la que da lugar a la norma básica de identificación de normas, es decir, a la Constitución, y cuyo centro de producción normativa se denomina poder constituyente. Por otro lado, la producción normativa derivada tiene lugar en virtud de lo establecido en la Constitución, y dentro de ella podemos distinguir el Derecho legal, el Derecho judicial y otras formas de producción normativa.

B.- Derecho legal y Derecho judicial.-

En el apartado relativo al Derecho legal hay que hacer referencia a los dos grandes centros de producción normativa, el Parlamento y el Gobierno. El primero de ellos, sigue considerándose por excelencia como el principal centro de creación de normas jurídicas. Ciertamente, en aquellos sistemas jurídicos que son expresión de un Estado de Derecho, el Parlamento es el órgano que representa de manera más directa la legitimidad democrática y las normas que produce ocupan, de esta forma, las posiciones más altas en la jerarquía de los mismos, situándose exclusivamente por encima de ellas la Constitución y quedando reservada a éstas las materias más relevantes, como el régimen jurídico de los derechos o las instituciones básicas del Estado.

No obstante, como ya se ha matizado, el Parlamento no es actualmente el único centro de producción normativa, y no sólo esto, sino que en los Estados con una división territorial federal o autonómica, se produce una multiplicidad de órganos parlamentarios. Este esquema se complica todavía más allí donde, como en el caso del Estado español, éste se incardina dentro de una entidad supraestatal como la Unión Europea, que también cuenta con un órgano parlamentario. Así, en el caso español, al hablar del Derecho legal, y concretamente del Parlamento, habrá que hacer referencia tanto al Parlamento estatal como a las asambleas legislativas de las Comunidades



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

autónomas y al Parlamento Europeo.

En cuanto al Parlamento estatal, su producción normativa puede diferenciarse según tenga por motivo la organización normativa estatal o la organización normativa de las relaciones entre el Estado y las Comunidades autónomas. Dentro de la primera habría que distinguir entre las leyes orgánicas, ordinarias y de bases, que se distinguen tanto por la forma de su producción como por las materias que abordan según establecen los artículos 81 a 83 y 87 a 91 de la Constitución española. Dentro de la segunda, encontramos las leyes marco, de transferencia y de armonización, reguladas en el artículo 150 de la Constitución española.

Por otro lado, las asambleas legislativas de las Comunidades autónomas, a las que se refiere el artículo 152 C.E., también se configuran como importantes centros de producción de normas legales dentro del ámbito espacial en el que son competentes, y sus normas se proyectan sobre todas aquellas materias respecto a las cuales tengan competencia originariamente –conforme al reparto de competencias entre Comunidades autónomas y el Estado realizado en los artículos 148 y 149 C.E.- o de forma derivada a través de las leyes marco o de transferencia elaboradas por el Parlamento estatal.

Finalmente, el Parlamento europeo, aunque en el ámbito de la Unión Europea la producción normativa recae básicamente en el Consejo y la Comisión, cuenta con lo que se denomina un poder de codecisión en la aprobación de determinados reglamentos. Esta capacidad normativa tiene su origen en el artículo 93 C.E., que permite atribuir competencias derivadas de la Constitución a una organización o institución internacional, convirtiendo así en obligatorias las normas producidas por la misma.

Pero, por otro lado, como ya se ha afirmado, la producción del Derecho legal no corresponde exclusivamente a órganos parlamentarios, y en algunas ocasiones, existe la posibilidad de que sea el Poder ejecutivo, es decir, el Gobierno, el que elabore “normas con rango de ley”. Evidentemente, al igual que ocurría con el Parlamento, aquí deberían analizarse tanto el Gobierno estatal, como los de las Comunidades Autónomas y el ejecutivo de la Unión Europea. El Gobierno estatal produce dos tipos de “normas con fuerza de ley”, los Decretos Legislativos y los Decretos-leyes. Ahora bien, como estas normas suponen una excepción al monopolio de la producción legal por parte del Parlamento, éste interviene en el procedimiento de elaboración de las mismas, que además, no pueden afectar a las materias sobre las que pesa una reserva de ley. En el caso de los decretos-legislativos (artículos 82 a 85 C.E.) ese control se produce al inicio, siendo el Parlamento el que delega en el gobierno la potestad para dictar esta norma a través de una ley de bases o de una ley ordinaria. En el caso de los decretos-leyes (artículo 86 C.E), al tratarse de casos de «extraordinaria y urgente necesidad», el control se produce a posteriori, pronunciándose el Parlamento sobre su convalidación o derogación.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

Además, hay que tener en cuenta que también el ejecutivo de las Comunidades autónomas puede elaborar normas “con fuerza de ley”, al igual que el ejecutivo de la Unión Europea, que puede elaborar ciertas normas con “fuerza de ley” como son los reglamentos y las directivas.

Por lo que respecta al apartado relativo al Derecho judicial, ya se ha señalado con anterioridad que tradicionalmente se negaba el carácter de centro de producción normativa al Poder judicial¹²¹. Incluso hoy, aunque es posible defender que los jueces crean normas jurídicas, resulta bastante complicado afirmar que son autoridad normativa, sobre todo en ordenamientos jurídicos como el nuestro que expresamente niegan el carácter de fuente a la jurisprudencia¹²². Por supuesto, en la cultura jurídica anglosajona, construida en mayor medida a través de derecho como “ius”, es decir, como solución al caso concreto, la calificación de los jueces como autoridad normativa resulta mucho menos extraña¹²³. Sin embargo, en la cultura jurídica europeo-continental, la recepción mucho más importante del Derecho romano y la construcción, por parte del iusnaturalismo racionalista, junto con la experiencia vivida durante las monarquías absolutistas, dará lugar a una concepción del Derecho como “lex”, como norma general y abstracta. Así, el Estado liberal de Derecho y el positivismo teórico sobre el que se construye generará el movimiento de la Codificación, atribuyendo el monopolio de la creación normativa al Parlamento y dejando al Poder judicial relegado a una mera labor mecánica y aplicadora de las leyes. Los jueces eran la boca muda que pronunciaba las palabras de la ley, a través de la realización de un simple silogismo perfecto¹²⁴.

Sin embargo, desde el punto de vista de la actual Teoría positivista del Derecho, esta visión del Poder judicial puede calificarse como caduca¹²⁵. Si se afirma la tesis positivista de la discrecionalidad judicial en aquellos casos en los que existe una laguna o el Derecho es vago o ambiguo, parece evidente que el Poder judicial no puede configurarse exclusivamente como la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, de un Derecho natural o de ciertos principios

¹²¹ Se está utilizando aquí la expresión “Poder judicial” en un sentido amplio que incluiría, además, de los tribunales ordinarios, los tribunales internacionales y comunitarios y también a los Tribunales Constitucionales.

¹²² Vid. ASÍS, R. de., *Jueces y Normas*, obra citada, pp. 89 y ss.

¹²³ Vid. ITURRALDE SESMA, V., *El predente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1995.

¹²⁴ Vid., en este sentido, MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. De Vega, Tecnos, Madrid, 1985, p. 156 y BECCARIA, C., *De los delitos y de las Penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 76.

¹²⁵ Vid. PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 7, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5 y ss.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

morales¹²⁶. Más bien habría que afirmar, como hace Kelsen, que se trata de un órgano productor de normas cuyo papel, a la vez aplicador del Derecho y creador del mismo, no difiere esencialmente de la actividad del legislador entendida como aplicación de la constitución¹²⁷.

Ahora bien, incluso después de reconocer que el Poder judicial puede ser calificado como autoridad normativa, de nuevo se plantea otro problema, relacionado ahora con los tipos de normas que crea¹²⁸. Parece claro, que crean normas individuales y concretas, cuya eficacia tiene sólo lugar *inter partes*. La cuestión es si, además, están habilitados para producir también normas generales con eficacia *erga omnes*¹²⁹, algo a lo que se va a hacer referencia a continuación a través del análisis tanto de los tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional y ciertos tribunales internacionales¹³⁰.

Respecto a los tribunales ordinarios, esta cuestión se plantea conectada a la labor del Tribunal Supremo en la medida en que el artículo 1.6 del Código Civil señala que aunque la jurisprudencia no es fuente del Derecho, complementará el ordenamiento de acuerdo con la doctrina que de modo reiterado establezca este tribunal al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Evidentemente, por muy limitado que quede el papel del precedente en nuestro sistema jurídico, la conclusión última de este artículo del Código Civil no puede ser otra que el reconocimiento de la facultad del Tribunal Supremo de elaborar normas generales, especialmente si como afirma Guibourg se considera a la

¹²⁶ Sobre la discrecionalidad judicial y las diferentes posturas al respecto, *vid.* IGLESIAS, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

¹²⁷ KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *ID. Escritos sobre democracia y socialismo*, trad. J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 108-155, en concreto, p. 110. En este sentido, afirma PRIETO, L., que «la expresión “órganos de producción jurídica” (...) expresa con bastante exactitud la naturaleza de la función jurisdiccional y la posición de los tribunales, mostrando su carácter de creadores del Derecho, pero sugiriendo asimismo la responsabilidad que ostentan como órganos del sistema jurídico y político», *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 108.

¹²⁸ Evidentemente, este no es el único problema, sino que pueden analizarse otros muchos como, por ejemplo, la legitimidad del poder judicial para crear normas jurídicas en una sociedad democrática. *Vid.*, a este respecto, SAAVEDRA, M., «Notas sobre la legitimación democrática de la elaboración judicial del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 16, 1976, pp. 199-212.

¹²⁹ Sobre la creación por los tribunales de normas generales, *vid.* BULYGIN, E., «Sentencia judicial y creación del Derecho», en ALCHOURRON, C. E., y BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

¹³⁰ *Vid.* PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento», *Poder judicial*, núm. 6, 1983, pp. 22-23.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

jurisprudencia como una costumbre, a la que nuestro ordenamiento si califica como fuente del Derecho¹³¹.

Por lo que respecta al Tribunal Constitucional, en relación con el control de constitucionalidad de las leyes, éste opera, en principio, conforme al modelo kelseniano de legislador negativo¹³². No obstante, en la práctica del Tribunal Constitucional ha producido normas generales a través de lo que se conocen como sentencias interpretativas y aditivas. Las sentencias interpretativas son aquellas en las que el Tribunal Constitucional emite un juicio favorable a la constitucionalidad de la norma jurídica cuestionada siempre que ésta se interprete en el sentido en el que el Tribunal considera como adecuado a la Constitución; En cuanto a las sentencias aditivas son aquellas en las que el Tribunal Constitucional juzga la violación del principio de igualdad por parte del legislador, cuya disposición legal excluye, sin fundamento, ciertos casos idénticos a otros supuestos que sí son incluidos. En éstas, el Tribunal Constitucional suele crear otra disposición, cuya eficacia es *erga omnes*, con la que se incluye el supuesto no incluido por el legislador.

Finalmente, se hace necesario incluir en este apartado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyos fallos judiciales poseen cierta incidencia en la elaboración normativa del sistema jurídico español a través de la afirmación realizada por el poder constituyente en el artículo 10.2 C.E, y al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

C.- Otras formas de producción normativa.-

Dentro del resto de formas de producción normativa, hay que hacer referencia, de forma destacada al Gobierno y la Administración, cuya producción normativa más tradicional consiste en los reglamentos, es decir, disposiciones normativas de carácter general, que carecen de categoría de ley,

¹³¹ En relación con la cuestión de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho y su consideración como fuente formal, GUIBOURG, R. A., afirma que «ser á posible hallar una solución de compromiso apelando al fenómeno consuetudinario. Quien admita que existen *normas generales* originadas en la *costumbre*, as í como que los *jueces* se limitan a reconocerlas ya a aplicarlas, est á probablemente en condiciones de aceptar tambi én que la actividad judicial, en tanto conducta, se halla sujeta a sus propias *costumbres*. Como los jueces tienen habitualmente un alto grado de prestigio social y de autoridad efectiva, las costumbres que ellos adopten traen aparejada la aceptación social (ya que, si as íno fuera, la reacción de la comunidad impedir á en cada caso el establecimiento de la costumbre judicial). De este modo, la *jurisprudencia* no sería otra cosa que un modo específico de generar *derecho consuetudinario*, modo al que –acaso en atención a su mayor celeridad y a su relativa certeza- se prefiere elevar a la categoría de fuente autónoma», «Las fuentes del Derecho», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la justicia*, obra citada, pp. 185-186.

¹³² KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en ID. *Escritos sobre democracia y socialismo*, obra citada, p. 109 y ss.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

dictadas por el Poder ejecutivo en virtud de su propia competencia.

Dichos reglamentos pueden ser ejecutivos (en cuyo caso se presentan como desarrollo de una ley), independientes (cuando no se presentan como desarrollo de una ley concreta, aunque evidentemente estén sometidos a ellas) y de necesidad (es decir, fruto de una situación coyuntural de tipo especial)¹³³.

En nuestro sistema jurídico, debido a la división territorial del poder, pueden distinguirse los reglamentos de la Administración del Estado, de las Administraciones autonómicas y de las Administraciones locales. En la Administración del Estado, la potestad reglamentaria la ostentan el Gobierno, los ministros y otras autoridades inferiores, que la ejercen, respectivamente, a través de Reales Decretos, Órdenes Ministeriales y Resoluciones o Circulares. En las Administraciones autonómicas, ostentan la potestad reglamentaria los gobiernos autonómicos –a través de Decretos-, los consejeros –mediante Ordenanzas de la Consejería-, y algunas autoridades inferiores –a través de Resoluciones-. No obstante, en algunas de ellas también el presidente de la Comunidad Autónoma posee dicha potestad. Finalmente, en cuanto a las Administraciones Locales, es decir, Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, pueden producir reglamentos tanto el pleno de ambas, como el Alcalde, mediante la forma de reglamentos orgánicos, ordenanzas, el presupuesto y el bando.

Pero además, junto con el Gobierno y la Administración, nuestro sistema jurídico también atribuye la capacidad de creación de normas jurídicas a los particulares, tanto de forma indirecta –a través del peso de la opinión de grupos sociales representativos en la formación de la voluntad de los distintos centros de producción normativa- como directa. Esta última se refiere a aquellos casos en los que los particulares –bien se trate de grupos o de individuos- se convierten en verdaderos centros de producción normativa gracias a la voluntad de alguno de los centros de producción del Estado –entendido en el sentido más amplio del término- expresada en una norma jurídica que delega en ellos dicha capacidad. El ejemplo paradigmático lo constituyen los convenios colectivos, cuya fuerza vinculante queda reconocida por el poder constituyente en el artículo 37.1. de la Constitución española. Pero existen otros ejemplos, como las normas corporativas o, incluso, los contratos y negocios jurídicos¹³⁴.

¹³³ Vid., en este sentido, PAREJO, L.; JIMÉNEZ-BLANCO, A., y ORTEGA, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 114.

¹³⁴ Cuando dos personas celebran un contrato, como afirma NINO, C.S., «estipulan derecho, obligaciones, potestades y hasta sanciones, para ambas partes o para una sola de ellas, de modo que es razonable considerar el contrato (...) como una norma jurídica o conjunto de ellas», *Introducción al análisis del Derecho*, obra citada, p. 150.



Lección 8.- La interpretación y la aplicación del Derecho

- A.- Interpretación y aplicación del Derecho.
- B.- Criterios de interpretación.
- C.- La interpretación Constitucional.
- D.- La argumentación jurídica

A.- Interpretación y aplicación del Derecho.-

Hasta ahora, se ha analizado el proceso de creación del Derecho pero sin hacer ninguna referencia a los procesos de interpretación y aplicación. Sin embargo, esta división entre creación, por un lado, e interpretación y aplicación, por otro, aunque pueda ser útil desde un punto de vista pedagógico, no es cierta en la práctica. Evidentemente, estas labores son diferentes, pero se producen en el proceso de decisión de los operadores jurídicos de forma entremezclada, resultando difícil su separación.

Lo primero que se quiere resaltar es que el proceso de interpretación y aplicación del Derecho no sólo es predicable de los jueces, sino de cualquier operador jurídico. Así, por citar sólo un ejemplo, cuando el legislador elabora una ley en desarrollo de un precepto constitucional, está aplicando la Constitución Española y una determinada interpretación de la misma. No obstante, es cierto que, normalmente, cuando se habla de aplicación e interpretación del Derecho, se está pensando en la labor judicial, que supone el ejemplo paradigmático de interpretación y aplicación.

Interpretar una norma jurídica supone atribuirle un determinado significado a un enunciado jurídico que, posteriormente, será aplicado por el juez a un supuesto de hecho concreto que tenga que resolver, creando así una nueva norma jurídica.

Pueden resaltarse dos sentidos de interpretación jurídica, uno estricto y otro amplio¹³⁵. En sentido estricto, la interpretación por el juez de una norma jurídica sólo es necesaria cuando la misma no es clara, es decir, en determinados “casos difíciles”. Sin embargo, en sentido amplio, la interpretación es necesaria en todo caso, de forma que siempre que un

¹³⁵ Vid., en este sentido, WROBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990, p. 130. En el mismo sentido, GUASTINI, R., *Le Fonti del Diritto e L'interpretazione*, obra citada, pp. 326-328.



operador jurídico aplica un enunciado jurídico es porque, previamente, le ha atribuido un determinado significado. Los presupuestos de partida de ambos sentidos de interpretación son muy distintos, porque en el primer caso, la actividad interpretativa del juez se observa como algo más o menos coyuntural, derivado de determinadas disfunciones en el momento de la creación jurídica, concentrada en el legislador. Sin embargo, en el segundo, la interpretación forma parte esencial del proceso judicial, de forma que la “lectura” del Derecho pasa a ser considerada, por utilizar el símil utilizado por Jerome Frank, como un arte a dos tiempos¹³⁶.

Ya se ha hecho referencia, en varias ocasiones, a cómo era considerada la función judicial por el positivismo teórico que surgió a los inicios del Estado Liberal de Derecho con la Escuela de la Exégesis y apoyada en el pensamiento de autores como Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Beccaría, etc.

Desde un punto de vista teórico bastante radical, los jueces no podían ni interpretar las normas jurídicas, limitándose exclusivamente a la aplicación de las normas. La interpretación, en aquellos casos en los que hubiera alguna duda, debía corresponder al cuerpo legislativo –al menos en las leyes penales– pues otra cosa sería abrir la puerta a la incertidumbre¹³⁷. Por otro lado, se consideraba que, por lo general, los enunciados jurídicos eran lo suficientemente claros como para que, en caso de necesitar interpretación por parte del juez, éste pudiera llevarla a cabo de forma que no pudiera, salvo infracción de su deber de aplicar el Derecho, salirse del contenido de los mismos. La justicia «se entenderá como una “función lógica”, y no como poder»¹³⁸, de forma que el juez podía seguir considerándose como el aplicador mecánico-silogístico del Derecho elaborado por el legislador, aunque éste tuviese, en algunos casos, que ser interpretado.

Sin embargo, los movimientos antiformalistas del siglo XIX y el propio positivismo del siglo XX dieron buena cuenta de la dificultad de mantener los diferentes presupuestos en los que se basaba este positivismo “exegético”. Así, en la actualidad, las notas, por poner sólo algunos ejemplos, de plenitud y coherencia como predicables de los sistemas jurídicos, ya no pueden mantenerse sin una visión de la función judicial como creadora de Derecho y como una labor intelectual complicada o, al menos, imposible de realizarse de forma mecánica. El Derecho utiliza como vehículo de expresión el lenguaje

¹³⁶ Vid. FRANK, J., «Palabras y música», trad. de R. J. Vernengo, en VV.AA., *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1951, pp. 181 y ss.

¹³⁷ Vid., por ejemplo, BECCARIA, C., *De los Delitos y de las Penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 31 y ss.

¹³⁸ SAAVEDRA, M., «Jurisdicción», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, p. 224.



natural, del que puede predicarse su “textura abierta”¹³⁹, y esto tiene importantes consecuencias tanto para la función judicial como para la interpretación. La última no puede entenderse más que en sentido amplio, es decir, como una actividad creadora que se desarrolla por los órganos judiciales en todos los casos, dejando de tener sentido la máxima latina del positivismo decimonónico “in claris non fit interpretatio”¹⁴⁰. El significado atribuido no puede considerarse como una labor de “descubrimiento” de un significado objetivo fijado por el legislador, sino como una “creación” de Derecho inevitable desde el entendimiento de una “discrecionalidad judicial” situada en la vigilia entre el noble sueño de la seguridad jurídica y la pesadilla de su destrucción¹⁴¹.

Por otro lado, es cierto que esa labor de interpretación que realizan los operadores jurídicos, especialmente los jueces, convirtiéndose en intérpretes del Derecho, se produce también en otros muchos procesos intelectuales, como en el mundo de la literatura y el teatro, el de la música, etc. También un actor, al leer un guión y posteriormente actuar conforme a él, tiene que “interpretar” qué es lo que dice el personaje, de la misma forma que un músico tiene que “interpretar” una partitura para poder tocarla. Pero a pesar de estas similitudes, la interpretación jurídica tiene una serie de peculiaridades que no se dan en otros contextos y que la condicionan.

Por un lado, y ya se ha insistido en varias ocasiones en este punto, el Derecho no tiene un lenguaje formalizado, sino que se basa en el lenguaje natural, existiendo de esta forma normas jurídicas que utilizan términos vagos, ambiguos y emotivos. Todo ello, significa que la interpretación jurídica se encuentra con problemas sintácticos, lógicos y semánticos en las normas, que deben ser salvados¹⁴².

En segundo lugar, la interpretación jurídica está sujeta a una serie de reglas y presunciones que no tienen por qué darse en otros contextos y que hacen que el ámbito de libertad del intérprete esté delimitado, de forma que todas las opciones no son posibles. En cualquier caso, las reglas que delimitan la interpretación jurídica necesitan a su vez, ser interpretadas, por lo que los

¹³⁹ Vid. HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, obra citada, p. 169.

¹⁴⁰ Vid. en este sentido, RECASENS, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, México, 1980, cap. V: “La Función judicial es siempre y necesariamente creadora”, pp. 221-259.

¹⁴¹ Vid. HART, H. L. A., «Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño», trad. de J. J. Moreso y P. Navarro, en CASANOVAS, P., y MORESO, J. J., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, Critica, Barcelona, 1994, pp. 327-350.

¹⁴² Vid. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, obra citada, pp. 158-171. también puede consultarse CARRIÓ, G., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, obra citada, 2 parte: “Sobre la interpretación en el Derecho”, pp. 49-72. Igualmente, NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, obra citada, pp. 259 y ss.



límites tampoco quedan perfectamente marcados.

Además, la interpretación jurídica es una actividad problemática, dialéctica y, sobre todo, valorativa. Esto supone que ante un determinado problema jurídico pueden darse diferentes interpretaciones enfrentadas, primando la que se encuentre mejor argumentada o la del órgano con mayor autoridad. Ahora bien, en este proceso es inevitable que tienen cabida también las valoraciones del intérprete que tiene que elegir entre diversos significados posibles y está condicionado por el momento jurídico, tanto en la interpretación de los hechos que tiene que juzgar como en la interpretación de las normas jurídicas aplicables a los mismos.

B.- Criterios de interpretación.-

Los criterios de interpretación son las pautas que los operadores jurídicos utilizan para dotar de significado a los enunciados lingüísticos que componen las normas. Muchos de esos criterios de interpretación fueron acuñados ya en el siglo XIX por parte del positivismo decimonónico, que de esta forma eran considerados como instrumentos a través de los cuales llegar a descubrir el significado objetivo de las normas jurídicas fijado en ellas por el legislador. Hoy, siguen en vigor, más elaborados y acompañados por otros, como guías para la actividad interpretativa del juez a la que, no obstante, no se niega ya su capacidad creadora y justificativa de normas jurídicas¹⁴³.

Algunos de ellos aparecen recogido en el artículo 3.1 del Código Civil, aunque otros –en su mayor parte derivación de éstos o referidos a ámbitos específicos del sistema jurídico- pueden encontrarse en diferentes decisiones judiciales y en ciertos trabajos elaborados por la dogmática jurídica. En cuanto a los del Código Civil, que prácticamente coinciden con los formulados por Savigny¹⁴⁴, son el gramatical, sistemático, histórico, teleológico y sociológico.

El gramatical, promovido por el literalismo, consiste en la interpretación de las normas de acuerdo con el sentido propio de sus palabras. Este criterio está siempre presente en la interpretación jurídica, pues no parece que pueda atribuirse significado a una norma jurídica sin analizar el sentido de las palabras que lo componen. Sin embargo, el mismo no resulta muy útil por sí sólo si se tiene en cuenta la “textura abierta” del lenguaje que impide afirmar que éstas tengan –al menos en determinados casos- un

¹⁴³ Como afirma IGARTUA J., los criterios de interpretación cumplen tanto una función heurística como justificatoria del significado de las normas jurídicas aplicadas por el juez, *Teoría analítica del Derecho (la interpretación de la ley)*, IVAP, Oñati, 1987, p. 79.

¹⁴⁴ Vid., SAVIGNY, F. C., VON, «Los fundamentos de la Ciencia jurídica», en VV.AA, *La Ciencia del Derecho*, trad. de W. Goldschmidt, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 82-84.



significado unívoco¹⁴⁵.

El sistemático exige que atribuya a las normas un significado relacionado con el texto, la rama o incluso el sistema jurídico en el que se insertan. De esta forma, el criterio sistemático, que está presente en toda actividad de los intérpretes del Derecho, actúa de dos formas¹⁴⁶. Por un lado, como guía para su actividad, permitiendo atribuir a la norma un significado conforme con el texto, el sistema jurídico o la rama del ordenamiento en que ésta se inserta. Pero también opera como límite a la actividad interpretativa, impidiendo la atribución a la norma de un significado que sea contrario al texto, sistema jurídico o rama del ordenamiento al que pertenece, lo que, evidentemente, tiene bastante que ver con los criterios materiales de validez de las normas jurídicas.

El histórico se centra en los antecedentes históricos como instrumento adecuado para dotar de significado a las normas. Ahora bien, atender a los antecedentes históricos de la norma puede hacerse desde diferentes dimensiones. Así, el intérprete puede tener en cuenta cómo se ha entendido dicho enunciado por quienes lo redactaron, o por la sociedad, o incluso, por los operadores jurídicos que con anterioridad han tenido que aplicarlo, y evidentemente, dentro de estas diferentes posibilidades las soluciones no tienen por qué ser las mismas.

En cuanto al criterio teleológico consiste en dar a las normas un significado conforme al espíritu y finalidad de las mismas, ya sea el del sistema (teleológico objetivo) o el perseguido por el legislador (teleológico subjetivo); Se trata de un criterio utilizado muy habitualmente por los intérpretes del Derecho, especialmente por su fácil combinación con los otros.

Finalmente, el criterio sociológico permite dotar a las normas de un significado conforme a la realidad social en la que ha de ser aplicada y, de esta forma, es el criterio que reconoce una mayor capacidad creadora a la función judicial, adaptando el contenido de las normas a las circunstancias de cada momento histórico.

Además, junto a estos criterios de interpretación recogidos por el Código Civil existen también otros muchos, la mayoría establecidos por la dogmática entre los que pueden citarse, por ejemplo, el criterio consecuencialista –de especial relevancia en la interpretación constitucional–, que supone atribuir un significado a una norma jurídica sólo después de analizar las consecuencias que el mismo puede generar. Junto a éste, otros que son especificaciones del criterio sistemático (como el de conformidad con la constitución, el de

¹⁴⁵ Sobre la interpretación literal y gramatical de las normas puede consultarse VERNENGO, R., «Interpretación del Derecho», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, pp. 242-246.

¹⁴⁶ TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.



conservación de las normas, el de la plenitud, el de la no-redundancia, el de la analogía o del lugar material), del consecuencialista (el de la reducción al absurdo), del teleológico (el de la naturaleza de las cosas), etc.

C.- La interpretación Constitucional.-

El tema de la interpretación constitucional tiene una relevancia especial si se tiene en cuenta que en el Estado constitucional, las constituciones se han convertido en auténticas normas jurídicas dotadas de la máxima jerarquía dentro del sistema jurídico y que, además, incluyen los criterios básicos de validez para la producción normativa del resto de las normas jurídicas¹⁴⁷. En primer lugar, merece aclararse que una cosa es la interpretación desde la Constitución –es decir, el papel de la Constitución en toda actividad de interpretación jurídica- y otra diferente la interpretación de la Constitución, es decir, la atribución de significado a las cláusulas constitucionales¹⁴⁸.

Por lo que respecta a la interpretación desde la Constitución, si se tiene en cuenta lo dicho al hablar del criterio sistemático y de algunas de sus especificaciones como el criterio de conformidad con la Constitución, resulta evidente que la norma fundamental opera como criterio límite y guía de toda la actividad de interpretación jurídica. De esta forma, resulta inválida cualquier norma cuyo significado atribuido por el intérprete sea contrario a la misma. Pero no sólo eso, sino que éste debe atribuirle aquél significado que mejor favorezca los contenidos de las normas constitucionales.

Ahora bien, el objeto de este apartado no lo constituye la interpretación desde la Constitución sino la interpretación de la Constitución, que puede abordarse desde dos dimensiones, la técnica y la política.

Desde el punto de vista técnico, suele mantenerse que la interpretación constitucional es diferente del resto de la interpretación jurídica tanto por la estructura de los enunciados constitucionales –cuya estructura es la de principios y no reglas- como por la ausencia de un marco normativo que sirva de referencia al intérprete constitucional en su labor¹⁴⁹. La primera de las razones no parece demasiado convincente, ya que los principios no sólo aparecen en la interpretación constitucional, sino también en la interpretación

¹⁴⁷ Sobre la significación jurídica y política de la justicia constitucional puede consultarse KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en ID., *Escritos sobre democracia y socialismo*, obra citada, pp. 150 y ss.

¹⁴⁸ Vid. PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, pp. 268 y ss.

¹⁴⁹ Sobre la peculiaridad de la interpretación constitucional puede consultarse GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, obra citada, pp. 287 y ss. y WROBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la Interpretación*, trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1988, pp. 102 y ss.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

de otras normas jurídicas que, incluso en el caso de reglas, encuentra problemas para llevarse a cabo a través del método tradicional de interpretación. Además, la diferenciación entre principios y reglas, como ya se vio, no es está basada en la estructura de unos y otras, sino en su grado de determinación, es decir, en su generalidad y vaguedad. Esto, evidentemente, nos lleva a la segunda razón técnica aludida de la “especialidad” de la interpretación constitucional: la ausencia de un marco normativo de referencia para el intérprete constitucional¹⁵⁰.

Ciertamente, los enunciados constitucionales tienen la máxima jerarquía dentro del sistema jurídico y, por tanto, su interpretación no puede hacerse con referencia a enunciados de un rango jerárquico mayor que la delimiten. Así, el único límite que encuentra el intérprete constitucional está en la mayor determinación o indeterminación del texto constitucional. Si se mantiene que los enunciados constitucionales tienen un significado determinado, aunque sea mínimo, que no es susceptible de polémica, el intérprete constitucional estará limitado por el mismo. Ahora bien, si se defiende que el texto constitucional es absolutamente indeterminado, su intérprete actuará con total discrecionalidad.

Por otro lado, desde la perspectiva política, lo que se plantea es la cuestión de la legitimidad de la justicia constitucional y cuál debe ser su actitud en el control de constitucionalidad. Así, de un lado, puede defenderse que el intérprete constitucional tiene una legitimidad democrática menor que la del legislador, y que, por tanto, su actitud ante la interpretación de la constitución recogida en la ley tiene que ser de *autorestricción* judicial¹⁵¹. Por otro lado, puede defenderse que la justicia constitucional tiene algún otro tipo de cualidad, normalmente de carácter funcional, que legitima su prevalencia frente al legislador y que hace que ésta deba tener una actitud *activista* frente a éste.

Ahora bien, la toma de postura en el plano técnico no determina la postura en el plano político, sino que son independientes. Así, si mezclamos

¹⁵⁰ PRIETO, L., se ha referido a esta característica del Estado consuetudinario afirmando que «el mantenimiento de un sistema jurídico que se quiera coronado por una Constitución como la descrita tiene que pagar ese precio, un precio que supone confiar a los jueces la última palabra sobre la ley y, en general, sobre la legitimidad de toda norma o decisión», *Ley, principios, derechos*, obra citada, p. 43.

¹⁵¹ Como afirma PRIETO, L., «el intérprete constitucional ha de asumir que se halla en presencia de un sujeto “libre”, el legislador, y, por tanto, que su tarea ha de ser más bien delimitar el camino dentro del cual la “interpretación política” resulta admisible o no arbitraria», «Notas sobre la interpretación constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, p. 177.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

ambos planos, nos encontramos con cuatro posibles posturas¹⁵².

En primer lugar, la de aquellos que mantienen un significado unívoco de los preceptos constitucionales, aquél fijado por la voluntad de quienes los redactaron y aprobaron. Para quienes mantienen esta posición, el *activismo* contiene una carga negativa, y sirve para referirse a aquellos jueces que, retorciendo la Constitución, al interpretarla de forma diferente a la voluntad -históricamente determinable- de los padres constituyentes, pretenden estar construyendo a partir de la misma lo que en realidad no son más que sus puntos de vista personales, usurpando de esta manera funciones que no les corresponden y creando un intolerable gobierno de los jueces. Por el contrario, la *auto-restricción judicial* se refiere a la actitud positiva de los jueces que se limitan a declarar la inconstitucionalidad de las normas que contradicen aquél significado unívoco de la Constitución, absteniéndose de imponer de forma camuflada sus propios valores a través de la interpretación constitucional¹⁵³.

La segunda postura, mantiene también la existencia de un significado unívoco de los preceptos constitucionales, pero que no es el fruto de la investigación histórica de la voluntad de los constituyentes, sino el resultado de un proceso de construcción cuyas premisas proceden de la Constitución. En esta postura, la *auto-restricción judicial* es algo negativo, ya que supone una actitud de pasividad por parte de unos jueces que sólo actúan cuando se vulnera el significado explícito de la Constitución, y en concreto de los preceptos de la misma que recogen derechos fundamentales, cruzándose de brazos cuando se contradice el significado implícito de dicho documento. Por el contrario, el *activismo* se valora positivamente, como la actitud de aquellos jueces que se esfuerzan por descubrir y atribuir ese significado implícito a los preceptos constitucionales¹⁵⁴.

Por otro lado, estarían aquellos que defienden que dentro de la Constitución hay algunos preceptos claros y otros vagos o indeterminados, y que el juez sólo debe declarar inconstitucionales las normas que vulneran los preceptos con un significado claro. Cuando nos encontremos ante cláusulas vagas o imprecisas de la constitución, como suelen ser especialmente los

¹⁵² Vid. DORADO, J., *El debate sobre el control de Constitucionalidad en los Estados Unidos: una polémica sobre la interpretación constitucional*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n.º 3, Dykinson, Madrid, 1997.

¹⁵³ Esta es la posición de lo que suele denominarse como movimiento originalista, basado en la “intención original” de los padres constituyentes. Vid., ALONSO, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 137 y ss.

¹⁵⁴ Esta es, por ejemplo, la posición de Ronald Dworkin, en la que esa labor de reconstrucción del significado implícito de la Constitución la tiene que realizar la justicia constitucional actuando como un «juez hércules». Vid., en este sentido, DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984 y *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

valores, principios y derechos fundamentales, el juez no está legitimado para imponer una de las interpretaciones meramente posibles, ya que esta competencia reside en quien ha sido democráticamente elegido para gobernar, el legislador. Aquí el *activismo* vuelve a tener una valoración negativa, y la *auto-restricción* judicial, positiva.

Finalmente, está la postura aquellos que -pensando que el texto constitucional tiene enunciados con un significado claro y otros indeterminados, o bien que todos son indeterminados- consideran que el juez constitucional debe establecer una interpretación única en cada caso, aunque ella no provenga enteramente de la Constitución. De esta forma, la *auto-restricción* judicial pasa a tener de nuevo una connotación negativa, mientras que el *activismo* pasa a valorarse positivamente.

D.- La argumentación jurídica.-

Todas estas posiciones que acaban de estudiarse mantienen entre sí diferencias importantes, bien en el plano técnico o en el político, pero en cualquier caso, creo que todas ellas, que no son teorías descriptivas sino prescriptivas de la interpretación constitucional, estarían de acuerdo en la importancia que, en todo caso, tiene la argumentación jurídica. Esta supone aportar razones, es decir, justificarse y, por tanto, legitimarse, algo realmente importante, especialmente cuando la decisión jurídica no es la única que puede adoptarse e incluso cuando, ficticiamente, lo es.

La argumentación jurídica es uno de los grandes logros del Estado de Derecho, una de las dimensiones en que se concreta la idea de que también los poderes públicos están sometidos al “imperio del Derecho”, de forma que las decisiones de cualquier operador jurídico –y no sólo los jueces- deben estar «racionalmente justificadas, es decir, que a favor de las mismas se aporten argumentos que hagan que la decisión pueda ser discutida y controlada»¹⁵⁵.

No obstante, en las decisiones judiciales esta obligación de fundamentación o argumentación se hace todavía más patente ya desde el surgimiento del Estado liberal de Derecho, especialmente frente al poder legislativo. Éste es el legítimo representante de la “voluntad general”, el órgano a través del cual se expresa el pueblo soberano, que goza por tanto, de una legitimidad democrática basada en las urnas. Sin embargo, el poder judicial basa su legitimidad exclusivamente en su función, en ser un mero aplicador de la ley que no puede atenuar su rigor ni aumentarlo, por lo que frente al legislativo y el ejecutivo –que retiene la espada- se configura como “la

¹⁵⁵ ATIENZA, M., «Argumentación jurídica», en GARZÓN VALDÉS, E., y LAPORTA, F. J. (editores), *El Derecho y la Justicia*, obra citada, p. 232.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

rama menos peligrosa”¹⁵⁶. Evidentemente, en esa visión del positivismo decimonónico en la que la labor judicial se describe a través de la teoría de la subsunción, la justificación del poder judicial se limita a mostrar que el supuesto de hecho que tiene que resolver el juez coincide con el supuesto normativo y que, por tanto, la imposición de la sanción establecida en la norma no es nada más que el derivado lógico o la conclusión inevitable de ese “silogismo perfecto” realizado por el juez.

Sin embargo, desde una perspectiva como la que aquí se está defendiendo, basada en la “textura abierta” del lenguaje y en un margen –más o menos amplio- de discrecionalidad judicial, parece evidente que para que las decisiones de los tribunales se entiendan como argumentadas o justificadas no basta con la mera coherencia lógica entre la norma utilizada y el fallo emitido. Puesto que el significado de esta norma no aparece perfectamente definido en el sistema jurídico con anterioridad a la actividad judicial, ésta debe mostrar que el significado escogido es el más adecuado. Ahora bien, la labor de justificación de la actividad judicial, es decir, de argumentación, no puede limitarse a la interpretación de las normas sino que debe alcanzar a otros momentos del proceso judicial. Así, puesto que el juez nunca conoce directamente los hechos que se enjuician en un determinado proceso judicial, los antecedentes de hecho recogidos en la sentencia pueden definirse como una “verdad artificial” que debería –aunque no siempre es así- coincidir con lo que en realidad ocurrió. Para ello, es decir, para que la decisión judicial esté justificada también en cuanto a los hechos, y no sólo a las normas, se hace necesario que se ofrezcan argumentos de que esa “verdad artificial” o “versión de la verdad” deriva de los medios de prueba admitidos en Derecho.

Las teorías de la argumentación jurídica –y en especial de la argumentación judicial- han cobrado especial relevancia en los últimos años y pueden clasificarse desde diferentes criterios.

Por un lado, podemos distinguir las teorías descriptivas de la argumentación de las prescriptivas o normativas. Las últimas, trata de establecer modelos de racionalidad a los que debe someterse la argumentación real elaborada por los jueces. Por el contrario, las primeras tienen una pretensión meramente descriptiva de los diferentes tipos de argumentaciones utilizados por los jueces y tribunales.

Por otro lado, se pueden distinguir ciertas teorías retóricas de la

¹⁵⁶ *Vid.*, en este sentido, la clásica obra de BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1986.



Unión de Estudiantes de Ciencias Jurídicas

argumentación de otras que podrían denominarse procedimentales. Mientras que las primeras se ocupan de los argumentos que de hecho se presentan –descriptivas- o que deben presentarse –prescriptivas- para que la decisión sea aceptada en un determinado contexto, las segundas intentan establecer los parámetros necesarios para que dicha decisión aceptada, sea, además, aceptable de un modo “racional” o “razonable”, lo que supone incluir ciertas dimensiones de “universalidad” como un ingrediente necesario en dichas teorías. Dentro de las primeras podría incluirse a Perelman, Toulmin y, en España, Rafael de Asís¹⁵⁷, mientras que las segundas se han elaborado, por ejemplo, por MacCormick, Alexy¹⁵⁸, Aarnio o M. Atienza¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Vid. AS Í, R. de., *Jueces y Normas*, obra citada, pp. 105 y ss y *Sobre el Razonamiento judicial*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1998.

¹⁵⁸ Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, obra citada, especialmente, pp. 203 y ss.

¹⁵⁹ Vid. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 235-252.

