

LA VIDA DEL DERECHO

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA *

INTRODUCCIÓN

Se trata en este trabajo de ver cuáles son los principales momentos o etapas en la vida del Derecho. El primero de ellos es, sin duda alguna, el de su creación. El mismo se halla en relación con la teoría de las fuentes del Derecho. Respecto a ella en las líneas siguientes pretendemos ir del concepto más genérico de Derecho al más concreto de ley. Y es que no es lo mismo hablar de términos que, aunque se usan a veces indistintamente, en realidad hay que distinguir, como Derecho en sentido amplio, Derecho positivo, ordenamiento jurídico, norma jurídica, ley y reglamento. En efecto, el Derecho deja fuera otros órdenes normativos como la Moral, la Religión o los usos sociales; el Derecho positivo excluye el Derecho Natural y el Derecho Divino; el ordenamiento jurídico se refiere al Derecho Nacional dejando al margen el Derecho Internacional, especialmente entendido en el sentido amplio y algo impropio que luego veremos; la norma jurídica es una frente al género ordenamiento jurídico y, asimismo, la ley es una especie de norma jurídica, aquélla producida por el Estado, frente a otros tipos de preceptos como la costumbre o los principios generales del Derecho. A su vez, la ley en sentido estricto, como la proveniente del Poder Legislativo, habría que distinguirla de las "leyes" del ejecutivo.

Hablaremos también del siguiente escalón, que sería la aplicación del Derecho. Aquí nos referiremos especialmente a la aplicación-creación de la norma de reconocimiento. Continuaremos con la función de complemento que en el Derecho continental realiza la jurisprudencia. Para terminar habría que hacer una pequeña alusión a lo que Farrell llama la verificación del Derecho, es decir, la constatación o comprobación del mismo poniéndolo en rela-

* Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

ción con los verdaderos hechos, no con una norma jurídica, aunque sea una norma jurídica concreta como es la sentencia.

I. LA CREACIÓN DEL DERECHO. TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO. DEL CONCEPTO DE DERECHO AL DE LEY

1. *El Derecho*

A) El Derecho objetivo frente al derecho subjetivo

La primera precisión que hay que hacer aquí es que cuando hablamos de Derecho nos referimos al Derecho en sentido objetivo, es decir como norma (*norma agendi*), o Derecho con mayúsculas, frente a su opuesto, que es el derecho subjetivo, como facultad (*facultas agendi*), o derecho con minúsculas. No es lo mismo hablar, por ejemplo, del Derecho Constitucional que del derecho a la vida.

El desenvolvimiento doctrinal de la idea de derecho subjetivo, al que, repetimos, aquí no nos referiremos, tiene su primera formulación en Roma, aunque es discutible si en realidad allí existían auténticos derechos de este tipo o simplemente un sistema de garantías procesales. En Guillermo de Ockham¹ la polémica entre los franciscanos y el papado en torno al alcance de la regla de la pobreza evangélica dio lugar a la distinción entre la nuda propiedad de los bienes, entre el *dominium*, y el derecho subjetivo o facultades de uso y disfrute sobre la cosa. Posteriormente, el Iusnaturalismo racionalista, con el paso del estado de naturaleza al de sociedad civil, sitúa en éste el origen de la idea de garantía o derecho subjetivo, frente a la gran inseguridad jurídica existente en aquél. Después el positivismo del siglo XIX y principios del XX elabora ya el concepto, así Austin, como reverso de un deber jurídico, como las dos caras de una misma moneda; Savigny, como poder de la voluntad (*Willensmacht*); Ihering, como interés jurídicamente protegido; o Jellinek, como una síntesis del aspecto subjetivo de la concepción de Savigny y del objetivo de la de Jellinek. Es más adelante cuando se produce la negación de la realidad de los derechos subjetivos, desde posiciones formalistas como la de Bentham, Kelsen o Duguit, que lo consideran quimeras o espejismos jurídicos, y desde las teorías realistas, tanto en su vertiente de realismo jurídico escandinavo como en la de realismo jurídico norteamericano.²

¹ Vid. M. VILLEY: "La gènese du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", en VVAA: *Le droit subjectif en question*, Paris, Sirey, 1964.

² Vid. A. MONTORO BALLESTEROS: *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Murcia, Universidad de Murcia, 1983. Prólogo de Rodrigo Fernández Carvajal R. Alessis: "La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo e i suoi possibili riflessi nel campo del Diritto pubblico", en *Scritti giuridici in memoria de V.E. Orlando*, vol. 1, pp. 1-27. M. Comporti: "Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo", en *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, Jovene, 1972, vol. I, 715-784. N. Daniele: "Questioni vecchi e nuove sul diritto soggettivo e sul'interesse

Esto enlaza con la teoría de la relación jurídica, sus elementos (la causa, el objeto y el sujeto), y su contenido (la posición jurídica de poder —derecho subjetivo, potestad y facultad— y la de deber —carga, sumisión y obligación jurídica—).

3) El Derecho frente a la Moral

Hay que partir aquí del concepto de Derecho como orden normativo de la conducta humana inherente a la sociabilidad del hombre (*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*). Pero esa convivencia humana está regulada también por otros sistemas de normas desde otros puntos de vista. Estos órdenes normativos son, entre otros, la Moral, la Religión y los usos sociales. A continuación vamos a ver cuáles han sido las relaciones entre el Derecho y la Moral, tanto desde una perspectiva dinámica como en el momento actual, es decir desde un punto de vista estático.

a) Perspectiva dinámica

En un primer momento, en fases primitivas, aparecían confundidos el Derecho y la Moral. Esta confusión todavía se daba en Grecia. Así, por ejemplo, para Platón las normas emanadas del Estado, es decir el Derecho Positivo, se entendían como consejos para el recto vivir, para la consecución de la felicidad, unidos a las normas morales.

En Roma el tema de si ya se distinguía o no entre Derecho y Moral no es una cuestión pacífica en la doctrina. Así, están, por un lado, los partidarios de la inexistencia todavía de esa dicotomía. Éstos se apoyan, por ejemplo, en el hecho de que entre los preceptos jurídicos se encuentran los *tria iura praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*), los cuales tienen carácter más bien moral. Además, se fundamenta esta posición en máximas como la de Celso cuando define el Derecho como *ars boni et aequi*. Por el contrario se argumenta que sí que se daba ya en Roma la separación Derecho-Moral entre otras en la conocida sentencia de Paulo, según la cual *non omne quod licet honestum est*. A modo de conclusión podríamos afirmar que los romanos sí conocieron de hecho la distinción, si bien no trazaron aún una construcción teórica de la misma.

Más claro parece el hecho de que la Patrística y la Escolástica no conocieron la escisión entre el mundo, de lo jurídico y el de lo moral. En esta época

legittimo”, en *Annali dell’Istituto di Diritto Pubblico dell’Università degli Studi di Roma*, Padova, Cedam, 1976, págs. 33-100. G. Fassò: “Riflessioni logico-storiche su diritto soggettivo e diritto oggettivo”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Civile*, 1972, Fasc. 2. R. Hernández Marín: “Derecho subjetivo: Análisis lógico de un tema de doctrina general del Derecho”, en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje a Luis Legaz y Lacambra. 1906-1980*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, vol. I, pp. 485-520. M. La Torre: “La teoría del diritto soggettivo nel’primo Kelsen”, en *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1989, 1, pp. 58-95. F. Longchamps: “Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine” y M. Thomann: “Christian Wolff et le droit subjectif”, ambos en *VVAA: Le droit subjectif en question, op. cit.*

ocurrió lo contrario que en Grecia, donde el Derecho fue absorbido por la Moral. Con la Patrística y la Escolástica la Moral es absorbida por el Derecho, adquiriendo forma jurídica, casi legalizada.

Es con Tomasio en 1705 cuando aparece por vez primera una teoría sobre la cuestión, por la necesidad en su tiempo de limitar la acción del Estado, es decir del Derecho, y reivindicar la libertad individual de pensamiento, esto es, la esfera de lo moral. También en Kant se encuentra claramente presente la distinción, la cual es llevada al extremo por Fichte. Posteriormente presenciarnos una reacción de signo contrario, que tiende a reaproximar Derecho y Moral, reacción que llega hasta nuestros días.³

b) *Perspectiva estática. Notas diferenciadoras*

Si tenemos en cuenta la situación actual de la cuestión,⁴ podemos encontrar una serie de notas diferenciadoras entre el Derecho y la Moral, como son las siguientes:

a') *Por el sujeto*

Según este criterio, en el Derecho existiría “bilateralidad” o alteridad, mientras que en la Moral se daría “unilateralidad” o inmanencia.

³ G. DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1974, pp. 330-333. R. Macía Mansó: “Derecho y Moral en Immanuel Kant”, en *Derecho y Moral. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 28, 1988, pp. 353-411. L. Ferry: “Sur la distinction du Droit et de l’Ethique dans la première philosophie de Fichte”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1981, pp. 287 y ss. M. Laclau: “Aproximaciones a la distinción kantiana entre Moral y Derecho”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, IV, 1985. R. Macía Mansó: “El Derecho y su relación con la Moral según la teoría de J. Fichte”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Zaragoza, 1992, 9, pp. 407-442.

⁴ Vid. entre otros: T. GEIGER: *Derecho y Moral*, Barcelona, Alfa, 1982. Trad. cast. de Garzón Valdés. L. Gianformaggio: “Sul senso della giustificazione morale e giuridica”, en *VVAA. Ética e Diritto*, dirigida por L. Gianformaggio y E. Lecaldano, Bari, Laterza, 1986, pp. 151-172. H. L. A. Hart: “Positivism and the separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, 1958, pp. 593-629 y *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962. Trad. cast. de G. R. Carrió. J. Raz: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, México, UNAM, 1982. Trad. de R. Tamayo. J.M. Rodríguez Paniagua: “La diferenciación de Moral y Derecho”, en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977, t. II, pp. 363-371; “Derecho Natural y normas de la Moralidad”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1968, 13, pp. 149-159; *Derecho y Ética*, Madrid, Tecnos, 1977/I. Tebaldeschi: “Normatività e libertà nel discorso etico e nel discorso giuridico”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1975, LII, pp. 268-300. G. Turnbull: “Imperatives, logic and moral obligation”, en *Philosophy of Science*, 1970, 27, pp. 347-390. *VVAA: Law, morality and society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, dirigidos por P. M. S. Hacker y J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1977. W.D. Lamont: *Law and the moral order*, Aberdeen, University Press, 1981. Ph. Jestaz: “Les frontières du Droit et de la Morale”, en *R. R. J. Dr. Prosp.* 1983, Nº 2,

pp. 334-353. M. J. Detmold: *The unity of Law and Morality*, Henley on Thames, Routledge & Kegan Paul, 1984. P. Koller: "Recht-Moral-Gerechtigkeit", en *Juristische Blätter*, 106, 1984, pp. 286-300. Ch. Perelman: "Recht, Moral und Religion", en W. Krawietz-H. Schelsky-G. Winkler-A Schramm. (Hrsg.) *Theorie der Normen*, Berlín, Duncker und Humblot, 1984, pp. 145-150. J.M. Broekman: "La separación entre Derecho y Moral: una estrategia del discurso jurídico", en *Boletín Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 1985, 28, pp. 1-6. S. Cotta: *Le rapport du Droit à la Morale*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 1986. W. Land: "Relacje między prawem i moralnością" (Relaciones entre el Derecho y la Moral), en *Studia Filozoficzne*, 1985, 2-4, pp. 117-144. S. Lee. *Law and Morals*, Oxford, Paperbacks, 1986. E. Fernández: "Las relaciones entre el Derecho y la Moral en H. L. A. Hart", en A. Squella (ed): *H. L. A. Hart y el concepto de Derecho*, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 28, 1986, pp. 401-429. R. L. Vigo: "Vinculaciones entre el Derecho y la Moral en H. L. A. Hart", en A. Squella (ed): *H. L. A. Hart y el concepto de Derecho*, op. cit., pp. 431-471. D. D. Welch (ed): *Law and morality*, Philadelphia, Fortress Press, 1987. K. Greenawalt: *Conflicts of law and morality*, New York, Oxford, 1987. B. W. Baroness. "Morality and the Law", en *Cambrian Law Review*, 1987, vol. 18, pp. 14-24. J. Coleman: "On the relationship between Law and Morality", en *Ratio Iuris*, 1989, N° 1, pp. 66-78. R. M. Baird: *Morality and the Law*, Buffalo, Prometheus, 1989. R. Alexy: "On necessary relations between Law and Morality", en *Ratio Iuris*, 1989, N° 2, pp. 168-184. N. Álvarez: "Derecho y Moral. Anotaciones críticas al criterio de diferenciación", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 1988, 28, pp. 411-422. En el mismo número de dicha revista también A. Cortina Orts: "Límites y virtualidades del procedimiento moral y jurídico", pp. 43-63; N. M. López Calera: "La democratización moral del Derecho", pp. 225-239; E. López Castellón: "De la ética de las sanciones a la ética de las virtudes", pp. 1-27; A. López Moreno: "Moral en el Derecho Positivo. Una dimensión parcial en el estudio de las relaciones moral-derecho", pp. 423-446; L. Martínez Roldán: "Moral y Derecho Positivo", pp. 103-115; A. Montoro Ballesteros: "Sobre las relaciones entre Moral y Derecho", pp. 65-102; A-E Pérez Luño: "Derecho, Moral e ideología", pp. 154-164; L. Rodríguez Molinero: "La Moral en el Derecho vigente", pp. 117-130; R. J. Vernengo: "Moral y Derecho. Sus relaciones lógicas", pp. 29-42; J. Igartúa Salaverría: "La Moral en la justificación de las decisiones judiciales", pp. 165-192. C. F. Suárez: *Derecho y Moral*, Granada, Universidad. Departamento de Filosofía del Derecho, 1988. L. Gianformaggio: "Rapporti tra etica e diritto", en C. A. Viano (ed.): *Teorie Etiche contemporanee*, Torino, Bollati-Boringhieri, 1990, pp. 149-164. C. S. Niño: "Sobre los derechos morales", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Alicante, 1990, pp. 311-326. Ch. Perelman: *Etique et Droit*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1990. R. Vernengo: "El relativismo cultural desde la Moral y el Derecho", en L. Olivé (ed.) *Ética y diversidad cultural*, México, UNAM, 1991; y del mismo autor: "Morales y órdenes jurídicas: problemas lógicos de su aplicación", en *Actas III Congreso Internacional de Filosofía Jurídica y Social. La Plata*, 1991, G. H. Von Wright y A. Aarnio: "On Law and Morality. A dialogue", en *Ratio Iuris*, 1990, 3, pp. 321-330. E. Garzón Valdés: "Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral", en *Doxa*, 1990, 8 pp. 111-130. F. Laporta: "Derecho y Moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista", en *Doxa*, 1990, 8 pp. 131-147. R. J. Vernengo: "Normas morales y normas jurídicas", en *Doxa*, 199, 9, pp. 205-224. L. J. Wintgens: "Law and morality: A critical relation", en *Ratio Iuris*, 1991, 2, pp. 177-201. E. Fernández García: "La obligación moral y la obligación jurídica", en R. Macía (ed.): *Obligatoriedad y Derecho*, XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (28-30 de marzo de 1990), Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991, pp. 41-55. G. Orsi (ed.): *Recht und Moral*, Frankfurt, Peter Land, 1992. J. Habermas: *Morale, Diritto e Politica*, (ed.) por L. Coppa, Torino, Einaudi, 1992. J. Perry: *Morality, politics and law: a Bicentennial essay*, New York, Oxford University Press, 1990.

Cuando decimos que hay bilateralidad nos estamos refiriendo a la existencia como mínimo de dos sujetos distintos (*A-B*). *B* representa la sociedad, el *alter*, el otro. Los actos de estos dos sujetos se contraponen recíprocamente, siendo respectivamente *A* y *B* titulares de un derecho subjetivo y de un deber jurídico. Por el contrario, decimos que en la Moral hay unilateralidad o inmanencia porque nos encontramos ante un solo sujeto *A* es el yo, la *yoidad*. Lo que se contrapone aquí no son ya los actos de *A* y de *B*, sino los del mismo sujeto (*a, b, c, d...*)

b') *Por el objeto*

Teniendo en cuenta el criterio del objeto, puede decirse que el Derecho presta atención al aspecto "externo" de los hechos, mientras que la Moral se adentra en los motivos "internos". Así, por ejemplo, en el pago de una deuda el Derecho tendría en cuenta que se trata del cumplimiento de un crédito, que existe ánimo de lucro, mientras que la Moral podría tener presentes aspectos como la condonación de la misma por móviles como la compasión, aunque legalmente la deuda no estuviese extinguida.

En este punto nos encontramos ante el tema de la división de las acciones en internas y externas. Esta distinción tiene su origen en Tomasio. No obstante, se oponen a ella numerosos pensadores. Tal es el caso de Del Vecchio. Para este autor, aunque hay actos puramente internos, no hay acciones humanas exclusivamente externas. En la misma línea, Francisco Suárez considera que el Derecho, aunque indirectamente, se refiere siempre al factor interno, porque ordena actos humanos y libres. Si esto es así, puede llegarse a la conclusión de que la distinción debe de hacerse, más que entre actos externos e internos, entre actos interiorizados y exteriorizados.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, podríamos hablar del Derecho como enfocado primariamente al aspecto externo o bien a los factores internos cuando se exteriorizan. En otros términos podemos decir que el mismo se ocupa de la vida de relación, mientras que la Moral se encarga de la del pensamiento. En esta parcela existe la tesis de la libertad de conciencia o, en otras palabras, de que "el pensamiento no delinque". No obstante, hay que matizar que esto es así en tanto que sea pensamiento puramente interiorizado. Pero desde el momento en que se exterioriza en forma de artículo, conferencia, panfleto u otro medio de incitación social, susceptible de producir acciones correlativas de otros sujetos, como sediciones o movimientos revolucionarios, es ya susceptible de enjuiciamiento jurídico.

De lo dicho sobre este segundo punto de vista del objeto, como criterio distintivo del mundo ético y del jurídico, se deduce el ámbito más amplio de la Moral respecto del Derecho. Esto es así porque éste no regula toda acción regulada por aquélla. No regula los actos puramente interiorizados. Por el contrario, toda acción regulada por el Derecho cae bajo el ámbito de la Moral, precisamente por no existir actos únicamente externos, en la línea antes apuntada.

Se podrían, por tanto, trazar los ámbitos jurídico y moral como dos círculos concéntricos. El más reducido de ambos sería el del Derecho y el más amplio el de la Moral, que comprendería como zona exclusiva los actos puramente internos.

c') *Por la valoración*

Se dice que la valoración en el Derecho es "objetiva" o intersubjetiva, mientras que en la Moral es "subjetiva".⁵

Así, los actos jurídicos pueden ser ilícitos o lícitos, según que estén o no impedidos por los demás. Por el contrario, los actos morales son debidos o indebidos. Aquí otra vez vemos cómo la Moral tiene un ámbito diferente del Derecho. No todo lo que uno puede hacer debe hacerlo. Por ejemplo, en el supuesto antes visto no se debe desde el punto de vista moral arruinar al deudor aunque jurídicamente se tenga derecho a ello.

d') *Por su carácter coactivo o no*

Idea general

Ésta es la nota principal que distingue el Derecho de la Moral.⁶ Mientras en aquél se da la coactividad, coercitividad, "impositividad inexorable" (Recaséns Siches) o "perseidad" que dicen los escolásticos, en ésta hay total libertad de cumplimiento. No es que la Moral carezca de toda sanción y coacción. Lo que ocurre es que ni una ni otra están implícitas en la estructura misma de la norma ética. Lo que nos lleva a cumplir una norma de este tipo es el puro valor intrínseco de lo que ordena. Todo lo más las sanciones son del tipo del peso de la culpa en la conciencia o la reprobación social que el acto inmoral conllevaría.

Por el contrario, el Derecho es coactivo. Con ello nos referimos a la previsión por la norma jurídica de una sanción. No es necesario que la misma esté realizada en acto, basta con que potencialmente la norma la prevea. La obligación jurídica es establecida por el Derecho de un modo objetivo, es decir, con total independencia de lo que íntimamente piense el sujeto. No obstante, es preciso que el Derecho se corresponda con la manera de pensar de la inmensa mayoría de gentes cuya conducta va a normar, algo especialmente

⁵ Vid. J. S. FÍSCHKIN: *Beyond subjective morality*, New Haven, Yale University Press, 1983.

⁶ Sobre el tema J. A. Ramos Pascua: "Promoción activa e imposición coactiva de la Moral. Examen de la postura de H. L. A. Hart", en *Derecho y Moral, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 28, 1988, pp. 447-467. E. Allorio: "Osservazioni critiche sulla sanzione", en *Rivista di Diritto Civile*, 1956, 1, pp. 1 y ss. F. Benvenutti: "Sull concetto di sanzione", en *Ius*, 1925, pp. 223 y ss. A. E. Cammarata: "Sulla cosiddetta coattività delle norme giuridiche", en *Archivio Penale*, 1953, 3. F. Carnelutti: "Il valore della sanzione nel Diritto", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, 1, pp. 237 y ss. W. Cesarini Sforza: "Norma e sanzione", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1921, 60. C. Mandrioli: "Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale", en *Ius*, 1956, pp. 86 y ss.

importante a la hora de garantizar su posterior obediencia por parte de sus destinatarios primarios y secundarios.

La principal sanción jurídica es la pena. Sin embargo, como veremos, ésta no es sino una manifestación secundaria de la coactividad. Supone el fracaso de la forma normal y primaria de la misma, la cual consistiría en la imposición a todo trance de la conducta debida o el impedimento a toda costa de la conducta prohibida. Además, la pena no existe en todas las parcelas del Derecho. Solamente actúa en la rama penal, en las correcciones administrativas o en las cláusulas penales de determinados contratos. Aquí se hace necesario ver cuáles son el por qué y el para qué de la pena, comparándola con el otro gran tipo de sanción penal, que cada día le gana terreno, las medidas de seguridad.

Fundamento y fines de la pena. Pena y medidas de seguridad

Existen dos grandes tipos de sanciones, la pena y la medida de seguridad. La primera responde a una consideración estática del Derecho, que tiene en cuenta primordialmente los aspectos lógicos; la segunda obedece a una perspectiva dinámica, que toma en consideración los aspectos teleológicos o finalistas.⁷

El fundamento y la justificación en la pena son el libre albedrío y la culpabilidad, como juicio de valor. Puesto que el hombre es libre es susceptible de ser culpable.⁸ Es la idea de imputabilidad moral. Por el contrario, la medida de seguridad se basa en el determinismo y la necesidad social. Se concibe el delito aquí como algo necesario. A la idea de culpabilidad como fundamento de la sanción le sustituye la noción de peligrosidad. Ésta ya no es un juicio de valor sino de probabilidad. Por su parte, en vez de hablarse de imputabilidad moral se hablaría de responsabilidad social.⁹ La idea que justifi-

⁷ Sobre el tema, *vid.* A. H. Goldman: "Toward anew theory of punishment" en *Law and Philosophy*, vol. 1, 1982, pp. 57-76. F. Schockweiler: "Fondement du droit de punir. Réflexions sur l'évolution des conceptions", en *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1982, pp. 467-482. J. L. Vullierme: "La fin de la justice pénale", en *Archives de Philosophie du Droit*, 1983, pp. 155-180. P. Hirst: "The concept of punishment", en *Law in context*, 1984, pp. 73-88. P. F. Hofft: "Filosofía del castigo", en *Boletín AAFD*, 20, 1985. F. D'Agostino: "Giustizia e misericordia. Fondamenti filosofici e teologici della sanzione penale", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1989, 66, pp. 3-23. T. Honderich: *Punishment: the supposed justifications*, Cambridge, Polity Press, 1990, 3ª ed. P. Nelken: "Why punish?", en *The Modern Law Review*, 1990, 33, pp. 829-834. F. D'Agostino: *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1989. M. A. Cataneo: "Un tentativo di giustificazione della pena giuridica. Nota su un libro di Igor Plimoratz", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1991, 2, pp. 414-427. W. Cragg: "H. L. A. Hart and the justification of punishment", en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1992, V, 1, pp. 43-55. H. Begetón: *La justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁸ *Vid.* L. HIERRO: "Libertad y responsabilidad penal", en *Anuario de la Facultad de Derecho. Alcalá de Henares*, 1991.92, 1, pp. 161-173.

⁹ *Vid.* F. EWALD: "Responsabilité et dangerosité", en F., Tulkens (ed.): *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, Bruxelles, Story, 1988, pp. 309-319.

ca la pena es la injusticia, el dar a cada uno lo suyo. La noción que fundamenta la medida de seguridad es la utilidad, el impedir que se vuelva a delinquir. La pena se basa más en el aspecto objetivo, en el delito, considerado, a su vez, en su dimensión jurídica, como infracción de una norma jurídica. Por el contrario, la medida de seguridad acentúa la vertiente subjetiva. Atiende más al delincuente y, dentro del delito, a su aspecto social, es decir al delito considerado como infracción del orden social.

En cuanto no ya al fundamento sino a la función, hay que decir que la pena mira más al sentido, al porqué de la sanción, mientras que la medida de seguridad atiende a la finalidad, al para qué de la misma. Se dice que la función de aquélla es retributiva,¹⁰ Mientras que la de ésta es preventiva. La pena es represiva, se presta a la expiación, a la venganza.¹¹ Es la ley del talión, la idea de remediar un mal con otro mal, de que el que vive por la espada muera por la espada, lo cual se expresa gráficamente en el axioma “ojo por ojo, diente por diente”. Por el contrario, la medida de seguridad se fija más, como el nombre indica, en la idea de seguridad. La pena mira hacia el pasado, la medida hacia el futuro. En la primera se castiga porque se ha delinquido (*punitur quia peccatum est*), en la segunda para que no se vuelva a delinquir (*punitur ut ne peccetur*).¹² Aquella es la *Vergeltungsstrafe*, ésta la *Zweckstrafe*.

Existen una serie de teorías que sirven de soporte a las penas y medidas de seguridad. Las doctrinas que fundamentan las primeras son las teorías absolutas, así denominadas porque en ellas la sanción es un fin en sí misma. Por el contrario, las tesis que basan las medidas de seguridad son las llamadas teorías relativas, en las que el castigo es un medio para alcanzar un fin.

Las principales doctrinas absolutas son las de Kant y Hegel. Para Kant la pena es una necesidad ética. Es un imperativo categórico. Aunque la sociedad se extinguiera, antes debería de castigar al último delincuente, so pena de convertirse en cómplice del delito. En Hegel,¹³ la pena es una necesidad ya no ética, sino lógica. Es una consecuencia del método dialéctico por él consa-

¹⁰ Vid. M. ADAM: “La retribution selon Malebranche”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1983, pp. 79-90. J. Laplanche: “Repartition et retribution: une perspective psychoanalytique”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1983, pp. 109-122. A. S. Lazaridis: “La rétribution dans la Philosophie anglosaxonne d’aujourd’hui”, en *Archives de Philosophie du Droit*, 1983, pp. 91-108. G. Schedler: “Retributive punishment and the fall of Satan”, en *American Journal of Jurisprudence*, 1985, pp. 137-154. W. Cragg (ed.): *Retributivism and its critics*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1990. M. van de Kerchove: “L’intérêt à la répression et l’intérêt à la réparation dans le procès-pénal”, en *Droit et Intérêt*, 1990, III, pp. 83-113. J. G. Murphy: “Retribution reconsider. More essays in the Philosophy of Law”, *Philosophical Studies Series*, 1992.

¹¹ Vid. H. HÄYRY-M HÄYRY: “Revenge and punishment, common morality and the Law”, en A Frändberg-M. Van Hoecke (eds.): *The Structure of Law*, Uppsala, Iustus, 1988, pp. 199-203.

¹² Vid. M. J. A. GLICKMAN: *From crime to rehabilitation*, Aldershot, Gower Publishing, 1983.

¹³ Vid. S. MOCCIA: “Contributo a un studio sulla teoria penale di G. W. F. Hegel”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, N° 1, pp. 131-174. M. E. Tunick: *The justification of legal punishment: Hegel’s ‘Rechtsphilosophie’ as practical Theory*, Godstone, White Swan House, 1990.

grado. Existiría una primera fase o tesis (el Derecho), su antítesis (el delito) y, como síntesis, la pena. La misma sería así la negación de la negación del Derecho. Estas teorías absolutas van generalmente unidas a concepciones religiosas de la vida.

En cuanto a las doctrinas relativas, éstas atienden a la prevención y se subdividen a su vez, en teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial. Las tesis de la prevención general, como su nombre indica, se dirigen a la sociedad en su conjunto y pretenden la intimidación, la coacción psicológica. De ellas son partidarios, entre otros, Feuerbach, Bentham y Schopenhauer. Por el contrario, las tesis de la prevención especial van dirigidas directamente al sujeto activo del delito, al delincuente. Estas doctrinas se subdividen, por su parte, en teorías religiosas y teorías laicas. Las primeras¹⁴ persiguen la corrección o enmienda moral del delincuente. Así ocurre en la *Besserungs Theorie* de Krause o en la Escuela correccionalista española de Silvela, C. Arenal y D. Montero.

Por lo que se refiere a la vertiente laica, en ella hay que distinguir, a su vez, según el tipo de delincuentes¹⁵ tres finalidades. Si se trata de un infractor ocasional,¹⁶ el fin perseguido sería la intimidación individual es decir, persuadirle de que no vuelva a delinquir. Si se trata de un delincuente de estado (*Zustandverbrecher*) lo que se pretendería sería su reeducación, resocialización y reinserción social. Finalmente, si estuviésemos ante un delincuente habitual, incorregible, lo que se intentaría es su inocuización, es decir, evitar que volviese a realizar daño a la sociedad. Éste sería el supuesto en caso de hallarnos ante lo que Lombroso llamó el delincuente nato, *l'uomo delinquente*. Pero no faltan quienes, como Concepción Arenal, antes citada, consideran que el hombre es un ser susceptible siempre de mejora, que una cosa es no haber sido todavía corregido y otra, muy distinta, ser incorregible.

Existirían junto a las tesis absolutas y relativas, un tercer tipo de teorías eclécticas, mixtas o de la unión. Éstas distinguen varios estadios en los que la pena actúa, más en concreto tres: en primer lugar estaría el momento de la conminación o amenaza legal, por parte del legislador; en segundo término, el estadio de la aplicación de la sanción o realización de la justicia, por parte del juez; en último lugar, la fase de la ejecución de la sanción, a cargo de la administración penitenciaria. A cada uno de estos estadios corresponde una función y finalidad predominante de la pena. Así, a la primera fase sería inherente la prevención general, a la segunda la retribución y a la tercera la prevención especial. A veces surgen conflictos entre la primera y la tercera de

¹⁴ Sobre el tema, R. MERLE: *La pénitence et la peine, théologie, Droit canonique, Droit pénal*, París, Cerf-Cujas, 1985.

¹⁵ Al respecto, J. FEINBERG, "El argumento de la graduación moral de los castigos", en A. Squella (ed.): *"H. L. A. Hart y el concepto de Derecho"*. *Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso*, 28, 1986, pp. 355-366.

¹⁶ *Vid.* M. CUSSON: "L'analyse criminologique et la prevention situationnelle", en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1992, 45, pp. 137-149.

dichas finalidades, entre lo que es útil para la colectividad en general y lo que lo es para el delincuente concreto.

Vistas ya las principales teorías soportes de las concepciones de la pena y de las medidas de seguridad, conviene señalar como las mismas han dado lugar a la pugna de escuelas. Así, la llamada Escuela Clásica ha sido la defensora tradicional de la pena y la Escuela Positiva la moderna partidaria de la medida de seguridad.

A su vez, a cada una de las doctrinas vistas corresponde una concepción del Estado. A las tesis absolutas va unida una noción teocrática del Estado, como Estado absoluto. En él el poder viene de arriba a abajo, de la divinidad a la persona del monarca y de éste a sus representantes. A la teoría relativa de la prevención general corresponde una configuración del Estado como Estado Liberal de Derecho,¹⁷ de carácter no intervencionista.¹⁸ En él existiría una libertad negativa, según la cual estaría permitido todo menos lo expresamente prohibido. Finalmente, de la teoría relativa de la prevención especial sería expresión una elaboración del Estado como Estado Social y Democrático de Derecho, consecuencia del concepto de libertad positiva. No basta con no inmiscuirse. Hay que intervenir garantizando la reinserción del delincuentes.¹⁹ En el Estado Absoluto existiría un límite a la intervención punitiva del poder, que fijaría un mínimo (sólo se puede castigar si hay delito) y un máximo (el castigo debe ser proporcional a la gravedad del mismo). Por el contrario, en el Estado Liberal se daría una ilimitación del Estado. En el Estado Social habría una ilimitación del médico, que aplicaría medidas de seguridad como sustitutivos de la pena. Tal es el caso de recursos como el uso de penas de menor gravedad, la suspensión del fallo, la libertad condicional o el internamiento en un centro psiquiátrico o de rehabilitación especial.

Si descendemos del campo de la teoría, en el que hasta ahora nos hemos movido, al de las realidades, en él la situación es la siguiente. Como desviaciones de lo ideal en cada tipo de doctrinas vemos que las teorías absolutas podrían originar una concepción puramente vindicativa y automática de la aplicación del Derecho, que podría llegar a ser impuesto "more geométrico", de una manera casi matemática. La prevención general podría dar lugar al terror penal, a través de la imposición de penas draconianas, en la línea del despotismo ilustrado ("todo para el pueblo pero sin el pueblo"). Por lo que concierne a la prevención especial, la desviación típica en la misma sería el llegar a tratar al delincuente como a una especie de conejillo de indias, caldo de cultivo idóneo para hacer todo tipo de experimentos.

¹⁷ Vid. E. DE VINCENTIS: "Sanzione e prevenzione: concetti puramente teorici o principi di civiltà giuridica e politica, indispensabili per la vita dello Stato di Diritto?", en *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 1992, pp. 461-472.

¹⁸ Vid. W. SADURSKI: "Theory of punishment, social justice and liberal neutrality", en *Law and Philosophy*, 1989, vol. 7, pp. 351-374.

¹⁹ M. VAN DE KERCHOVE: "L'État et la Morale. Pour une étique de l'intervention penale", en *Annales de Droit*, 1986, pp. 187-208.

También en el plano de las realidades, se puede hacer una crítica a las distintas construcciones expuestas. Así, por ejemplo, las teorías absolutas no tendrían sentido respecto a los delitos ocasionales. Además, no frenarían la delincuencia. Por otro lado, supondrían creer en el mito de la existencia de un orden absoluto, metafísico. Por otra parte no es racional que la pena sólo consista en un mal. Distinto es que lo lleve aparejado.²⁰ La crítica que cabe hacer a las doctrinas de la prevención general es que pueden llegar a intimidar a los que no lo necesitan. Tal es el caso de la pena capital o pena de muerte, que produce con su ejecución un efecto desmoralizante sobre la población, aunque logre bien el fin de intimidación general.

En cuanto a la prevención especial, cabría objetar que en ella se atenta contra el principio de seguridad jurídica, tan importante en un Estado de Derecho. En efecto ¿dónde nos legitimamos para castigar?,²¹ ¿para qué y a qué sociedad nos dirigimos?, ¿no estaremos incurriendo en el totalitarismo de la mayoría? Además, la prevención especial exige disponer de grandes recursos. Supone, por otra parte, considerar como inútiles métodos tradicionales como la prisión, que a menudo no es sino una escuela de delincuentes. En este sentido debería de procurarse respetar en ella, en la medida de lo posible, los derechos fundamentales de los presos, por ejemplo a través de regímenes de visitas, estableciendo sistemas abiertos de cumplimiento de la pena, teniendo en cuenta aspectos como la realidad sexual del preso, etcétera.

Además, aunque estas teorías de la prevención especial son humanistas, en cuanto que se dirigen al hombre concreto, no a un ser abstracto, sin embargo no transforman su mismidad, su vida única. Por otro lado, acentúan la ideología de la diferenciación, la distinción tajante blanco o negro, bueno o malo, olvidando que generalmente lo que predominan son los términos medios y la gama de los grises. A ello cabe añadir que a la hora de reeducar al delincuente hay que tener en cuenta que no se debe atentar contra el principio de libertad ideológica reconocido en la Constitución española de 1978, en su artículo 16, que impide que se imponga como dominante un sistema o credo religioso o ideológico de cualquier tipo que sea. Por otra parte, no siempre es necesario resocializar al delincuente. Tal es el caso del delincuente ocasional, del pasional, de sujetos que tienen una socialización perfecta como, por ejemplo, en los delitos económicos los llamados delincuentes de cuello blanco. Es más, aunque necesarias, la reeducación y reinserción sociales no siempre son alcanzables. Presuponen la voluntad e intencionalidad del delincuente de vivir conforme a la ley de la sociedad y no a la suya propia. Hay veces que los sujetos no cooperan y es imposible obtener con los mismos buenos resultados.²²

²⁰ Vid. J. PARAIN-VIAL: "La souffrance infligée par la peine juridique peut-elle être juste?", en *Archives de Philosophie du Droit*, 1983, pp. 141-154.

²¹ Vid. P. PONCELA: "Droit de punir et pouvoir de punir, une problématique de l'État", en *Archives de Philosophie du Droit*, 1983, pp. 123-136.

²² Vid. E. ROTMAN: *Beyond Punishment: a new view of the rehabilitation of criminal offenders*, New York, Greenwood Press, 1990.

Las teorías de la coacción frente a las teorías del reconocimiento

Existen dos grandes bloques conceptuales o de teorías según sitúen el fundamento de la vinculatoriedad del Derecho en la fuerza o en la aceptación. Se trata, respectivamente, de las doctrinas de la coacción y las del reconocimiento.

Las teorías de la coacción se mueven en el plano fáctico, sociológico, empírico, del ser, de los hechos. Su primera manifestación²³ se encuentra en Tomasio. También se sitúan sus antecedentes en Ihering y, ya en el siglo XX, en autores como Kelsen o Binder. Asimismo, es uno de sus representantes Heraud, para quien “la fuerza se hace Derecho si el Derecho pierde la fuerza”.²⁴ La doctrina de la coacción presenta como puntos débiles, por ejemplo, la gran pregunta: *quis custodiet custodes ipsos?* Además, se suele criticar a esta teoría que puede aclarar por qué las normas han sido efectiva, pero no por qué deben ser obedecidas y precisamente tienen que ser obedecidas allí donde no son efectivas. La fuerza puede producir un tener que obedecer (*Müssen*), pero nunca un deber obedecer (*Sollen*).²⁵

En cuanto a las tesis del reconocimiento, éstas tienen una doble manifestación, como reconocimiento individual y como reconocimiento general. Como reconocimiento individual ya en 1813 en la obra de Welcker se sitúan sus antecedentes. Otras tesis al respecto son las de Bierling, a través de su concepción del reconocimiento “indirecto”, y la teoría de Laun del Derecho “autónomo”. Respecto al reconocimiento general, fue Bremer, en 1958, quien consideró que para crear Derecho no llega la voluntad del legislador, sino que se precisa también la de aquéllos a él sometidos. En la misma línea se encuentra

²³ Sobre la evolución histórica de estas teorías seguimos básicamente a H. Welzen: “El problema de la validez del Derecho (una cuestión límite del Derecho)”, en G. Radbruch-E. Schmidt-H. Welzel: *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971. Introducción y traducción de J. M. Rodríguez Paniagua, pp. 73-128; y J. M. Rodríguez Paniagua: “La validez del Derecho desde un punto de vista jurídico, sociopsicológico y filosófico”, en *Sociología y Psicología Jurídicas*, 1975, 2, pp. 49-61, esp. pp. 54 y ss.

²⁴ “Un orden normativo es jurídico, es decir válido, en el sentido de validez global, cuando es sostenido por la mayor fuerza... material: económica financiera y finalmente policial y militar... La sanción, como la mayor fuerza, es el carácter del ordenamiento ‘in globo’ y no de sus elementos ‘uti singuli’”: G. Heraud: “La validité juridique”, en *Melanges offerts a Jacques Maury*, t. II, París, Sirey, 1960, p. 479.

²⁵ “La teoría de la coacción constituiría una parte de la ‘base real’ de la validez fáctica del Derecho en el sentido de que es una ‘condición’ de su efectividad, pero no ‘fundamentaría’ la validez del Derecho, sino que simplemente garantizaría aquélla y suministraría, a la vez, un elemento externo para distinguir el Derecho de otros órdenes sociales normativos, pero no jurídicos”: M. J. Fariñas Dulce, *El problema de la validez jurídica*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991, p. 109. En definitiva, como señala Rodríguez Paniagua, “no basta con la fuerza para que se pueda imponer una norma como válida... Rousseau había también dicho realísticamente en su obra ‘Del Contrato Social’ que el más fuerte no es jamás suficientemente fuerte para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en Derecho y la obediencia en deber... y Talleyrand a Napoleón: ‘Con las bayonetas, Sire, se puede hacer todo, menos una cosa: sentarse sobre ellas’”: J. M. Rodríguez Paniagua: *Ley y Derecho, Interpretación e integración de la ley*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 23.

el pensamiento de Bülow y, sobre todo el de Merkel, que habla de la obediencia voluntaria al Derecho en “el mayor número” de los casos. Von Ferneck, a comienzos del presente siglo, señaló expresamente la diferencia entre el reconocimiento individual y el general: Basa esta distinción, por una parte, en el objeto, según el mismo sea una norma jurídica o bien el ordenamiento en su conjunto o, por lo menos, sus principios rectores; por otro lado, según el sujeto sea una sola persona o bien la mayoría de un pueblo o la clase dirigente —en terminología de Nawiasky y Beling—. Finalmente, hay reconocimiento individual cuando la forma es expresa mientras que el reconocimiento general se produce de manera tácita y muchas veces meramente pasiva.

Otras teorías del reconocimiento general, que es, por otra parte la concepción predominante en nuestros días, son las de Jellinek, Max Weber o el Conde Dohna. Jellinek hablaba de la “fuerza normativa de los hechos”, considerando que en la naturaleza humana está más arraigado el reproducir lo ya realizado que lo nuevo, olvidando, como dice Rodríguez Paniagua, que “hay también en la naturaleza un elemento innovador, un deseo de cambio, una huida de la monotonía y la rutina; pero, además, porque también de ese modo no se puede explicar por qué a veces surge un orden nuevo”.²⁶ En Max Weber la idea de reconocimiento general se articula a través de su noción de “consenso” como probabilidad por término medio de estar de acuerdo. A esto se ha objetado que una norma vale o no al modo todo o nada, pero no de una manera gradual. No puede la decisión de un juez basarse sobre el mayor o menor grado de probabilidad de validez de la misma. Por su parte, el conde Dohna considera que lo decisivo del reconocimiento general del Derecho es la no impugnación del mismo o, dicho de otro modo, la existencia de una presunción de su fuerza de obligar.

A la doctrina del reconocimiento se ha criticado que, como la de la coacción, se reduce al concepto fáctico de la validez del Derecho, no a la validez normativa. En otras palabras, se dice que de sentirnos obligados no podemos derivar la existencia de una obligación. Además, esta teoría parece olvidar que en el fundamento del Derecho también ejerce un papel importante la fuerza.²⁷

Ante la insuficiencia tanto de la teoría de la coacción como de la del reconocimiento, han surgido posturas conciliadoras o mixtas, que articulan ambos componentes, fuerza y aceptación, como dos momentos dialécticos, complementarios de la vida del Derecho. Tal es la posición de Heller o Drath.

e') *Por el carácter heterónomo o autónomo*

Se dice que el Derecho es autárquico o heterónomo, mientras que la Moral es autónoma. El Derecho es heterónomo pues viene impuesto desde fuerza del

²⁶ J. M. RODRÍGUEZ PANIGUA: *Ley y Derecho...*, op. cit., p. 26.

²⁷ “El reconocimiento puede hacer simplemente esto, reconocer que existe una obligación, pero no crearla”: R. Macía Mansó: *Reflexiones sobre la validez jurídica*, Facultad de Oviedo, Secretariado de Publicaciones, 1967, p. 22.

propio sujeto, mientras que hay autonomía en la Moral porque es la voluntad misma del individuo la que se dicta su propia ley, siempre que, como dice Kant, pueda convertirla en una ley universal. No obstante, la diferencia de lo jurídico y lo ético según este criterio debe ser relativizada. Esto es debido a que el Derecho tiene también una dimensión de autonomía pues, en última instancia la vigencia es la base fáctica de la validez y ésta se desvanece desde el momento en que aquélla desaparece más allá de un cierto grado. En efecto, si el Derecho no es obedecido y eficaz puede que llegue a perder su validez mediante el desuso o "desuetudo". De ahí que debamos afirmar que el mismo es primordialmente heterónomo y la Moral primordial autónoma, pero no con carácter absoluto.

Una consecuencia de este carácter autárquico del Derecho y autónomo de la Moral es que la ignorancia del primero no excusa de su cumplimiento, mientras que la ignorancia de la segunda sí. Es el caso del antropófago de una tribu, al que moralmente no se le puede exigir el respeto de la vida del prójimo, puesto que su código ético no considera esta norma como tal, siendo una costumbre el matar a otros para subsistir. Así podemos decir que la Moral ha de ser aceptada para ser válida. Del mismo modo, la rebeldía del Derecho no excusa de su cumplimiento, mientras que la rebeldía de la Moral sí. El sujeto tiene autonomía para considerar en que circunstancias no tiene sentido en su vida la norma ética.

f) *Por el tipo de norma*

La norma jurídica es de carácter "hipotético", mientras que la norma moral es "categórica".²⁸ Decimos que la norma jurídica es hipotética porque es un medio para conseguir un fin. Por el contrario, la norma moral es un fin en sí misma,

A favor de la consideración de la norma jurídica como juicio hipotético se manifestó originariamente Zitelmann, en polémica con Thon, y fue su seguidor Kelsen. Cuando decimos que la norma jurídica es un juicio de este tipo estamos expresando la relación que existe entre una hipótesis y una tesis, entre un hecho condicionante o supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El primero tiene la forma "si es A" (ej. si matas), la segunda la estructura "debe ser B" (ej. debes ser condenado a una pena privativa de libertad). El vínculo que une ambos elementos es una relación de imputación. Es propia del mundo del deber ser (*Sollen*), de las leyes jurídicas. A esta clase de vinculación se opone la llamada relación de causalidad, típica del mundo del ser (*Sein*) y de las leyes físicas, de las proposiciones no prescriptivas, sino descriptivas. La relación de causalidad une a una causa un efecto. La diferencia entre imputación y causalidad es que en la primera el ligamen no es necesario, sino arbitrario y convencional. Por el contrario, en la Moral el vínculo es de necesidad.

²⁸ Sobre el tema, C. W. MARIS: *Critique of the empiricist explanation of morality. Is there a categorical morality?*, Deventer, Kluwer, 1981.

Así, según la ley de la gravedad si soltamos un cuerpo en el aire éste necesariamente experimenta una caída o empuje hacia abajo. Por el contrario, si alguien mata a otro puede ser condenado a pena privativa de libertad, pero también, dependiendo de la cultura, podría serlo a pena capital o a otro tipo de sanción.

g') *Por el fin*

El Derecho se ordena al fin "temporal" del hombre, la Moral mira a su finalidad "última".²⁹ Aquél quiere hacer buenos ciudadanos. Ésta pretende hacer santos. El Derecho ordena la convivencia humana. Es un medio para la sociedad. La Moral, por el contrario, intenta realizar los valores supremos, la bondad. La norma jurídica es emitida en consideración a la persona autorizada para seguir el cumplimiento de la conducta ajena, es decir, al titular del derecho subjetivo. A todo derecho subjetivo corresponde un correlativo deber. Así, el comportamiento humano en relación con el Derecho se divide en conductas neutras (lo permitido como libre) y acciones valoradas positiva o negativamente (derecho subjetivo y deber jurídico, respectivamente). Por el contrario, la norma moral es dictada por razón del sujeto llamado a cumplirla, en atención al titular del deber jurídico, porque en puridad en la Moral no hay siquiera titulares de los derechos subjetivos. Hablar de un "derecho de Dios" a exigir el cumplimiento de los deberes morales sería una expresión metafórica.

El Derecho opera con funciones representadas o desempeñadas por el individuo. Así, se habla del hombre como ciudadano o extranjero, como mayor o menor de edad, como padre o hijo, como marido o esposa, como comprador o vendedor, como deudor o acreedor, etc. La Moral, sin embargo, se enfrenta con el ser humano auténtico y genuino, con el hombre en sí, en cuanto tal hombre.

El valor supremo del Derecho es la justicia, el de la Moral la bondad y la honestidad. Lo jurídico es la máxima forma de organización colectiva, la Moral, por su parte, se preocupa del destino auténticamente personal del hombre. Una consecuencia de lo anterior es que en el Derecho para juzgar hay que colocarse fuera de uno mismo. Es lo que expresa el aforismo *nemo iudex in causa propria*. Por el contrario, no se puede juzgar la moralidad de los actos de otro sujeto sino colocándose idealmente en la conciencia del mismo.

Otra consecuencia de la distinta finalidad del Derecho y de la Moral es que el primero está, en cuanto a la forma, más definido que la segunda, que se presenta como algo amorfo o en "estado difuso", en expresión del Iclilio Vanni.

h') *Por el tipo de sistema*

Se dice que el Derecho es un sistema "dinámico", mientras que la Moral es "estática". Para ver en qué consiste esta distinción hay que partir del concepto

²⁹ Vid. M. A. CIURO CALDANI: "Meditación sobre la virtud en el Derecho", en *Boletín* 3, 1984, Buenos Aires, Centro de Investigación de Filosofía Jurídica, 1985. N. Unwin: "Morality, law and the evaluation of values", en *Mind*, 1985, pp. 538-549.

de sistema. En las culturas modernas los preceptos que forman un ordenamiento concreto no son una mera adición desordenada de normas, sino un todo o conjunto organizado.

Los sistemas estáticos son aquellos cuyas reglas están conectadas porque derivan unas de otras en virtud de su contenido y valor intrínsecos, mediante una operación intelectual de inferencia lógica de lo particular a lo general. Así, por ejemplo, de los preceptos no mentir, no engañar, mantener las promesas, podemos extraer la regla moral más general según la cual se debe ser sincero y de ésta, a su vez, aquélla más genérica aún del deber de amar al prójimo. También hay quien define los sistemas estáticos de normas como aquellos en los que no se pueden crear nuevas reglas por no existir una legislatura moral.³⁰

En los sistemas dinámicos, como los jurídicos, las prescripciones están unidas no por su contenido, por deducción lógica, sino porque han sido emanadas en la forma adecuada y por el sujeto competente, es decir por quien está autorizado y por el procedimiento establecido por una norma superior y así hasta remontarnos a la norma básica o primera. Un supuesto de sistema dinámico sería la orden "vete al colegio" dada por un padre a su hijo, que descansa en la ley más general que autoriza a los padres a dar órdenes a sus hijos y ésta, a su vez, en la autorización dada por la Constitución al Parlamento de crear leyes.³¹

c) Relaciones

En general puede decirse que existe una cierta subordinación del Derecho a la Moral.³² Pero para ver esto con más claridad es necesario distinguir dos acepciones del término Moral. Una es su vertiente formal, la "Moral" como estructura, en expresión de Aranguren. Según dicha acepción, la misma incluirá también lo inmoral y lo no meritorio. El otro sentido es el material, la "Moral" como contenido, que comprendería sólo lo virtuoso.

³⁰ J. ESQUIVEL PÉREZ: *Kelsen y Ros, formalismo y realismo en la Teoría del Derecho*, México, UNAM, 1980, p. 130. Pese a ello "hay un sentido en el que puede hablarse de 'legislatura moral', en ciertos casos en los que al crear normas jurídicas el órgano legislativo crea obligaciones jurídicas". Al respecto R. J. Vernengo: "Validez y verdad en la 'Teoría General de las Normas' de Hans Kelsen", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985, 25, p. 18 afirma que: "También las normas de un Derecho Natural (o de una moral positiva o ideal) son válidas, aunque no pueda señalarse cuáles sean los hechos que las instauran; su validez sería, en todo caso, ajena a actos humanos de producción o tales actos, de existir, serían irrelevantes para juzgar su validez."

³¹ H. KELSEN: *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, trad. cast. de E. García Máynez, 1979, 2ª ed., pp. 131 y 144. E. Pattaro: *Lineamenti per una Teoria del Diritto*, Bologna, Clueb, 1985, pp. 47-51. Hay trad. cast. de I. Ara Pinilla, Madrid, Debate, 1986; e *Introduzione al corso di Filosofia del Diritto*, Bologna, Clueb, 1987, vol. I, pp. 171-173.

³² Vid. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO: "Pertinencia de lo jurídico a lo moral. Reflexiones sobre una teoría iusfilosófica clásica", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1988, 28, pp. 305-329.

Desde el primer punto de vista —la Moral como estructura—, podemos decir que los actos sociales, tales como los jurídicos, son también actos humanos, es decir morales. Desde la segunda vertiente —la moral como contenido—, cabe afirmar que el hombre no puede escindirse en dos, en hombre jurídico y en hombre moral. Por tanto, el Derecho, aunque no puede prohibir coactivamente los actos inmorales, tampoco puede exigir con fuerza vinculante su comisión. De cualquier modo, esta subordinación no debe servir para introducir inseguridad jurídica en las decisiones judiciales.

C) El Derecho frente a los usos sociales

Los usos sociales³³ pueden ser también denominados usos convencionales (si bien el convenio no se da entre las partes, sino que viene preconstituido), costumbres, convencionalismos sociales, normas de decoro, reglas de trato social o reglas de cortesía. Son lo que los alemanes llaman *Sitte* o los franceses *moeurs*. Por su parte, los ingleses distinguen dos tipos de usos sociales: los hábitos (*habits*), y las costumbres (*customs*). Los primeros son costumbres que tiene uno. hacer caso omiso de un hábito sólo acarrea el comentario de los demás. Las segundas, por el contrario, son comunes a la sociedad y su omisión puede conllevar no ser admitido en el círculo de que se trate. Así, sería un hábito levantarse y comer a determinadas horas del día y costumbres, el uso de frac en determinados actos sociales, las fórmulas de las presentaciones o las que se dan en el mundo de los abogados y médicos en el trato con el cliente o paciente.

En cualquier caso hay que distinguir siempre entre estas costumbres no jurídicas, que son usos sociales, y el llamado Derecho consuetudinario. La diferencia entre ambos es doble. Por una parte, las costumbres convencionales no son Derecho, mientras que el Derecho consuetudinario sí. Por otra, las costumbres no jurídicas pueden estar escritas en manuales de reglas de trato social o cortesía. Por el contrario, el Derecho consuetudinario es por definición un Derecho no escrito, frente a la ley, de carácter reflexivo y codificado.

Siguiendo el esquema empleado en la distinción entre Derecho y Moral, podemos decir, en cuanto al sujeto, que si en ésta había unilateralidad y en aquél bilateralidad, en los usos hay multilateralidad. De todos modos los mismos obligan en tanto están vigentes y ser pertenece a determinado círculo social, mientras que la Moral gravita sobre el individuo con independencia de que los otros la cumplan. Lo mismo ocurre con el Derecho, que gira sobre la persona como ciudadano, si bien, eso sí, siempre que esté en vigor.

³³ Seguimos en la exposición básicamente a L. LEGAZ Y LACAMBRA: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 462-479. Vid. también J. M. Rodríguez Paniagua: "Derecho y usos sociales. El Derecho como uso social 'fuerte'", en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica. En memoria y homenaje al Catedrático D. Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)*, II, Madrid, 1985, pp. 467-477. Norberto Álvarez: "Reflexiones en torno al concepto de 'uso social'", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1981, 63, pp. 65-80.

También por lo que respecta al sujeto, puede afirmarse que los usos sociales tienen una especial relevancia en las sociedades modernas. Puede distinguirse, en relación con la estructura del grupo social, entre sociedades comunitarias e individualistas. Sociedades del primer tipo serían, por ejemplo, una aldea, una pequeña capital de provincia o una sociedad primitiva, mientras que sociedades individualistas por excelencia son las modernas sociedades de una gran ciudad. En aquéllas existiría una estrecha vinculación entre los usos convencionales y la Moral. Por el contrario, en las sociedades modernas los primeros sustituyen a la segunda. Son la Moral positiva que reemplaza a la Moral tradicional. Dice Geiger que en las sociedades individualistas la Moral es un lujo que apenas puede permitirse el hombre y que viene sustituido por los usos sociales.

En cuanto al objeto, los convencionalismos sociales, al igual que el Derecho y a diferencia de la moral, regulan la conducta externa del individuo, dejando al margen los móviles o motivos internos.

Respecto a la coactividad o coercitividad, aquí ocurre lo contrario. Los usos sociales se asemejan a la Moral y se diferencian del Derecho, porque carecen de aquélla. Sólo contienen una invitación. En caso de rebeldía únicamente seremos excluidos del círculo de que se trate. Dice Legaz y Lacambra que una norma que comprende sólo una invitación no es realmente una norma. Se puede decir que las reglas de cortesía no tienen ni impositividad forzosa ni retribución, frente al Derecho que fuerza a su cumplimiento o, en su defecto, a una conducta subsidiaria. En este sentido, los usos no contienen una obligación. Ejemplos de esta falta de carácter coactivo son los siguientes. No acudir a la cita de un amigo podrá ser censurado por éste, y podremos ser excluidos de esa amistad, pero no ser obligados a presentarnos. Por el contrario, no acudir si se es citado por la autoridad puede originar ser conducido por la fuerza. Del mismo modo, no pagar una deuda de juego descalifica en el círculo de jugadores, pero nada más. Sin embargo, no pagar una deuda contraída legalmente puede dar lugar a medidas tales como el embargo de bienes. Asimismo, no saludar a alguien no acarrea mayores consecuencias, pero si es el soldado el que no saluda a un superior puede ser obligado a hacerlo o, si no, ser encerrado en el calabozo.

En cuanto al carácter autónomo o heterónomo, una vez más los usos sociales se asemejan al Derecho y se diferencian de la Moral, al ser heterónomos, impuestos desde fuera.

Por lo que concierne a la finalidad, los usos convencionales se caracterizan por la impersonalidad. Representan más bien una pseudovida respecto a la vida auténtica del hombre, que es su trayectoria personal. Ésta es, por ejemplo, la opinión de Ortega y Gasset. A ella se opone Ambrossetti. Lo cierto, como apunta Legaz y Lacambra, es que los usos son manifestación de lo concreto dentro de la totalidad del ser, de la vida de la persona, que se desarrolla en un plano histórico, con exigencias específicas de oportunidad y conveniencia, aun cuando como persona tienda a reinsertarse de un modo directo en la totalidad. Habría así en las reglas de decoro social un elemento personal y un elemento

social. Ortega acentúa la escisión entre la vida individual y la social Ferrater Mora, por su parte, resalta la unidad de la existencia, una e indivisible.

Igual que puede haber un Derecho positivo injusto, hay reglas de decoro inmorales, con lo cual patentizan más su carácter de usos frente a la moral. Por ejemplo, tal es el caso de la costumbre del duelo, existente en épocas anteriores. Podría decirse que los usos no tienen una normatividad autónoma. Como dice Radbruck se hallarían con el Derecho y la Moral, más que en una relación sistemática, en una relación histórica. Son la forma común e indiferenciada en la que se hallan contenidos una Moral y un Derecho en embrión y una Moral y un Derecho degradados.

El valor que predomina en los convencionalismos sociales es el decoro. Así como en el Derecho era la justicia y en la Moral la honestidad, aquí se trata de un tercer valor. El decoro no puede considerarse en un mismo plano axiológico que lo justo y lo honesto, aunque ciertas actitudes contrarias al mismo son, en última instancia, antijurídicas o inmorales. Podríamos incluso afirmar que en rigor sólo hay una casta de valores, que son los éticos, el bien, como señala Platón. La justicia y el decoro no serían sino manifestaciones de los mismos.

D) El Derecho frente a la Religión

En un artículo titulado "La referencia a Dios en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen",³⁴ François Ost y Michel Van de Kerchove hacen un interesante estudio de la relación entre el Derecho y la Religión. Analizan la misma desde dos perspectivas: una primera psicosociológica, que gira en torno a la unión entre los fenómenos jurídicos y los religiosos, en el mundo del ser; y una segunda epistemológica, sobre los vínculos entre la Teoría del Derecho y la Teología, en el plano del conocer. A continuación vamos a estudiar cada uno de estos aspectos por separado.

En cuanto a la conexión entre los fenómenos religiosos y los jurídicos, puede llegarse a la conclusión de que la Religión y el Derecho se confunden en las formas más elementales de sociedad a través de las nociones de legiti-

³⁴ F. OST-M. VAN DE KERCHOVE: "La référence à Dieu dans la Théorie Pure du Droit de Hans Kelsen", en *Qu'est-ce que Dieu? Philosophie/Theologie. Hommage a L'abbé Daniel Coppieters de Gibson, 1929-1983*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 1985, pp. 285-324. Otros estudios son los de J. L. Fernández Fernández: "Experiencia religiosa y experiencia jurídica", en *Miscelánea Comillas*, 1989, 47, pp. 415-426. W. Sadurski (ed.): *Law and religions. The international library of essays in law and theory*, Aldershot, Dartmouth, 1992. J. R. Pennock-J. W. Chapman: *Religion, morality and the Law*, New York, New York University Press, 1988. J. Gordley: "Law and religion: an imaginary conversation with a mediaeval jurist", en *California Law Review*, 1987, 75, pp. 169-183. B. Montejano: "Doctrina social de la Iglesia. Derecho y Moral", en *Prudentia Iuris*, XIII, pp. 11-24. W. Pannenberg: "Recht und Religion", en *Beiträge zur Rechtsanthropologie*, ARSP, Beiheft 22, Stuttgart, Steiner, 1985. CH. Perelman: "Recht, Moral und Religion", en W. Krawietz-H Schelsky-G. Winkler-A. Schramm (Hrsg.): *Theorie der Normen*, Berlin, Duncker und Humblot, 1984, pp. 145-150. St. J. A. Robilliard: *Religion and the Law*, Manchester, Manchester University Press, 1984.

unidad y efectividad, y se separan en las sociedades modernas por lo que respecta a la idea de validez. Desglosemos esta afirmación.

Decimos que Derecho y Religión se funden en las formas elementales de sociedad a través en primer lugar, de la legitimidad. Esto se ve en la obra de autores como Freud, en "Totem y tabú",³⁵ Durkheim, en "Las formas elementales de la vida religiosa",³⁶ o Feuerbach. Para Freud existiría un paralelismo entre la figura del padre, tanto el biológico como el divino y la figura del rey y la obediencia al mismo. También se daría en este autor una ligazón entre el totemismo primitivo y la figura del Estado en sus orígenes. Por otro lado, Freud identifica la sanción con la venganza ejercida por las almas de los muertos, a modo de instrumento de realización del principio de retribución, que en la vida estatal aplican los jueces y tribunales. Durkheim afirma que todas las grandes instituciones sociales nacen de la Religión, que engendraría todo lo que hay de esencial en la sociedad. Así, las leyes que regían las comunidades primitivas no eran dadas por la voluntad humana, sino el reflejo de la voluntad divina de un Dios legislador. Por su parte, Feuerbach une la Religión y su origen con el del patriotismo.

Afirmamos que la relación entre el Derecho y la Religión se da en las sociedades primitivas a través de la noción de efectividad pues el temor que inspira el poderío de una divinidad legisladora produciría y garantizaría una obediencia incondicional al poder.

Por el contrario, separaríamos la Religión y el Derecho en las sociedades modernas a través de la idea de validez formal porque, como ya dijera Freud, al igual que Kelsen, hay que optar por una postura racionalista y laica en la modernidad. Según ella las creencias religiosas hoy en día no conducen sino al oscurantismo y deben dejar paso a representaciones científicas del mundo. Aunque en su génesis mezclados, Derecho y Religión deben ser separados en nuestros días.

En cuanto a la relación epistemológica entre la Teoría del Derecho y la Teología, se podrían distinguir, a su vez, dos etapas. Una sería la correspondiente a la Teoría Clásica, la otra a la Teoría Pura del Derecho, posterior a la obra de Kelsen o situación más moderna. La comparación entre ambas puede hacerse básicamente en tres aspectos: la relación entre el Derecho y el Estado, la conexión entre la validez en el Derecho Natural y en el Positivo, y el vínculo entre el plano del ser y el del deber ser;

Respecto a la primera de estas relaciones, en la Teoría del Derecho Clásica existe una separación entre ambos órdenes, paralela al dualismo que en Teología se establece entre Dios y el mundo. En efecto, este paralelismo se puede observar porque tanto la existencia del Derecho como la de Dios trascienden a la del Estado y el mundo, respectivamente, si bien no son parcelas enteramente independientes. Esta dependencia se manifiesta a través de la idea de autobligación, articulada en el contrato social y en la encarnación a través de

³⁵ S. FREUD: *Totem y tabú*, Madrid, Alianza Editorial, 1982. 11ª ed., Trad. del alemán y notas de L. López Ballesteros.

³⁶ E. DURKHEIM: *Las formas elementales de la vida religiosa. El sistema totémico en Australia*, Madrid, Akal, 1982. Trad. y estudio preliminar de Ramón Ramos.

la persona de Cristo, mediante las que constituyen el orden terrenal y el religioso. En segundo lugar, hay una equiparación entre la idea de la Teología de que el origen del mal no está en Dios, sino en el hombre, en su libertad, y el principio de que los actos ilícitos no se imputan nunca al Estado, sino al órgano estatal del que proceden. Otra muestra de este paralelismo es la idea de que el mal en Teología es condición de un bien mayor querido por Dios. De la misma manera el acto ilícito en la Teoría del Derecho clásica es presupuesto de la aplicación de una sanción, esta vez querida por el Estado. También se percibe semejanza en la manera en que se concibe en Teología la relación entre Dios y el ser humano, el hombre como ser espiritual, y la postura que la Teoría del Derecho adopta en relación entre el Estado y el individuo, como sujeto de derechos. Finalmente, una posición negadora del orden llevaría en ambos casos, el religioso y el jurídico, a situaciones de carencia de reglas, el ateísmo y la anarquía.

En cuanto a la conexión entre Teología y Teoría del Derecho en materia de validez, en la Teoría Clásica ambas se funden. Se fusionan el mundo del Derecho Natural y el del Derecho Positivo. Hay, por tanto, una carga axiológica o valorativa en la teoría de la validez.

Por lo que concierne al vínculo entre el plano del ser y del deber ser, éstos estaban unidos en la Teoría del Derecho y en la Teología, en ésta bajo las formas de animismo o mitología. También se producía esta conexión en la teología judeo-cristiana, gracias a la concepción monoteísta de la existencia de un Dios que es, a la vez, fundamento de la norma moral y explicación de la ley física, principio y fin.

En contraposición a las teorías de carácter clásico de la relación entre el Derecho y la Religión, anteriormente expuestas, a partir de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen la situación se invierte en el triple plano señalado: 1) Frente al dualismo Derecho-Estado y Derecho Natural-Derecho Positivo, se produce un monismo jurídico radical (no hay más Derecho que el Derecho Positivo); 2) Frente a la justificación valorativa del Derecho, surge una validez formal, axiológicamente neutra; 3) Frente a la unión del ser con el deber ser, ambos se escinden como mundos separados e irreconciliables. En este sentido hay un artículo de Kelsen "Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie",³⁷ en el que distingue claramente en el hombre dos parcelas: el hombre como creyente (*als gläubiger Mensch*) y como jurista (*als Jurist*).

2. El Derecho Positivo

A) Ideal general

Al principio de este trabajo dijimos que se trataba en el primer epígrafe de hacer una concreción del concepto más amplio de Derecho al más específi-

³⁷ H. KELSEN: "Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? Antwort auf Dr. Albert Volan then, zu Hans Kelsen Anschauung über die Rechtsnorm", en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1966, XVI, núms. 3-4.

co de ley. El segundo estadio en este proceso es el Derecho Positivo, como más preciso que el Derecho a secas. En efecto, el Derecho Positivo excluye algo que en el concepto genérico de Derecho estaba comprendido: el Derecho Natural. Aunque todo Derecho Positivo es, como su propio nombre indica, Derecho, no todo el Derecho es Derecho Positivo. Junto a éste, válido aquí y ahora, existe un Derecho Natural, vinculante en cualquier coordenada espacio-temporal. A esta cuestión es al que nos referiremos a continuación cuando hablemos del "Derecho Positivo frente al Derecho Natural".

Pero esto es la esfera laica. La vertiente religiosa la trataremos en el siguiente epígrafe cuando contraponamos el Derecho Canónico al Derecho Divino. Conviene aquí hacer la salvedad de que, aunque hablamos de Derecho Canónico, nos estaríamos refiriendo al Derecho de cualquier confesión religiosa reconocida por el Estado. En efecto, en la Constitución española de 1978 se proclama el principio de libertad ideológica, religiosa y de culto. Así, su artículo 16.3 establece que "Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones". De lo que se trata aquí es dejar constancia de que la misma función que el Derecho Positivo realiza respecto al Derecho Natural en el plano laico, la realizan en el plano religioso el Derecho Canónico y el de las demás confesiones en relación al Derecho Divino. Podríamos así afirmar que los Derechos Canónico y de los restantes credos religiosos son el Derecho positivo de dichas confesiones y que el Derecho divino es una manifestación del Derecho Natural. Todo esto será desarrollado con más detenimiento a continuación.

B) *El Derecho Positivo frente al Derecho Natural*

Antes de nada hay que partir de las nociones de Derecho Natural y Derecho Positivo. Entendemos por Derecho Positivo el válido aquí y ahora, en determinado momento histórico y lugar. Por el contrario, el Derecho Natural sería aquel existente en cualquier época y nación. Se trataría de un Derecho atemporal y ahistórico. A lo largo del tiempo han variado, sin embargo, las concepciones del mismo, según donde se pusiese la instancia última de la justicia, es decir, según qué realidad o entidad colocásemos en la cúspide de una imaginaria pirámide iusnaturalista. A este respecto podrían distinguirse tres tipos de justicia, que teniendo en cuenta el orden histórico en que se han sucedido podríamos enumerar como justicia natural, justicia religiosa y justicia racionalidad. La primera corresponde a la Antigüedad clásica, la segunda es propia de la Edad Media y la tercera es predicable del Racionalismo filosófico.

En la Filosofía antigua existió un primer periodo que podríamos denominar cosmológico, en el que los filósofos se preocupaban principalmente de la

naturaleza de las cosas y de la formación del cosmos.³⁸ Es ésta una etapa mítica.³⁹ A su vez, en el periodo cosmológico se puede distinguir un primer momento, en el cual los filósofos indagaban sobre el principio de las cosas, bien sea el principio material del que todo está hecho (milesios), bien el principio formal que a cada cosa le hace ser lo que es (pitagóricos).⁴⁰ Pues bien, de esta idea de principio, de logos, de razón del ser, de naturaleza de las cosas es de donde proceden todos los entes, entre ellos las creaciones culturales como el Derecho Natural, presupuesto de las leyes positivas. En el periodo de oscurantismo que dominó en la Edad Media la cultura queda depositada en los monasterios. De ahí la influencia de las creencias religiosas, más en concreto de la difusión del cristianismo, como eje de la cultura, así como del Derecho Natural. Los Padres de la Iglesia tomaron del Decálogo y del Evangelio los principios supremos del Derecho Natural.⁴¹ Así como en la Grecia clásica la idea última de justicia descansaba en la Naturaleza, con la Patrística y la Escolástica la misma radica en el credo religioso. Posteriormente, el Racionalismo, como doctrina que surge en el continente europeo frente al Empirismo del área anglosajona, pone como centro y culmen de todos los campos, entre ellos el Derecho Natural, la razón, frente a la experiencia sensible y la fe anteriormente dominantes. Los orígenes de este Derecho Natural racionalista pueden encontrarse en Grocio y su Derecho Natural y de Gentes. como teorías sistemáticas de este nuevo Derecho Natural destacan las ideas del estado de naturaleza de Hobbes, Spinoza y Pufendorf. El Iusnaturalismo racionalista, frente al oscurantismo medieval, va unido al Iluminismo o siglo de las luces y a la Ilustración.

De lo dicho se deduce cómo también el Derecho Natural se puede concebir en forma de pirámide normativa, en cuya cúspide se hallarían las ideas de naturaleza, divinidad o razón como fuentes o fundamentos generadores de la validez de ese Derecho Natural y, especialmente, del Derecho Positivo.

Vistos ya los conceptos de Derecho Natural y Derecho Positivo, a continuación vamos a referirnos a la relación entre ambos.⁴² Caben varias posibili-

³⁸ A este periodo sucederá una etapa "antropológica" en la que la consideración filosófica se centra en el "hombre", sus actividades y su destino: M. MINDÁN MANERO: *Historia de la Filosofía de las Ciencias*, Madrid, Anaya, 1964, pp. 7 y ss.

³⁹ E. CASSIRER: *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 64-73.

⁴⁰ Ese principio de la Escuela pitagórica será el número como principio formal de cada cosa y en la Escuela de Mileto, que buscó el principio material común a todas las cosas, será el agua (Tales), el *apeiron* o lo infinito (Anaximandro) o el aire (Anaximenes).

⁴¹ G. DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1980, 9ª ed., corregida y aumentada, p. 28.

⁴² S. CASTIGNONE: "Il problema della validità nelle dottrine giusnaturalistiche e giuspositivistiche", en S. Castignone-G. Tarello: *Introduzione Teorica allo Studio del Diritto. Lezioni*, Genova, Ecig, 1979, pp. 164 y ss. distingue el Derecho Positivo del Derecho Natural en base a diversos factores: "1) Sobre todo, el proceso histórico de la codificación del Derecho positivo y, por tanto, de la progresiva unificación de éste y sus fuentes en la sola voluntad del soberano (y sucesivamente del parlamento), con la consiguiente exclusión a la equidad, a la justicia, al Derecho Natural..., 2) La crisis del racionalismo ético, esto es, de la

dades.⁴³ En primer lugar pueden adoptarse o una postura moderada o una actitud extrema. Es una posición moderada aquélla que reconoce el dualismo jurídico, es decir la existencia junto al Derecho Positivo del Derecho Natural. Son posturas extremas, por el contrario, aquellas partidarias del monismo jurídico, así el Iusnaturalismo extremo —sólo existe y todo lo que existe el Derecho Natural— y el Positivismo estricto —sólo existe y todo lo que existe es Derecho Positivo.

Un ejemplo de positivismo moderado lo tenemos en la concepción de Hart de la existencia de un “contenido mínimo de Derecho Natural” en el Derecho Positivo. Dicho contenido sería la prescripción del uso de la violencia sobre las personas, exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas y la prohibición de destruir cosas o de apoderarse de ellas en perjuicio de otros. Hart se pregunta qué ocurriría con las normas inicuas, es decir aquellas que vulneran estos contenidos mínimos de Derecho Natural. La respuesta para este autor sería afirmar no que el Derecho inmoral no es Derecho, sino que es Derecho, pero inmoral. Dice Hart: “El Derecho no es la Moral; no permitamos que la reemplace”.⁴⁴

Por otro lado, hoy en día, como señala Ramos Pascua, se habla de la disolución o superación de la tradicional y vieja controversia entre positivistas e iusnaturalistas. Dice este autor: “El positivismo jurídico atraviesa una crisis profunda, con la particularidad, en relación a otras épocas (pues en puridad siempre ha estado en crisis) de que ahora existen poderosas construcciones teóricas alternativas...”⁴⁵

convicción de que sea posible el conocimiento (y para algunos también la existencia) de valores objetivos”. Por su parte A. ROSS: “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV, pp. 47-93, esp. p. 93 “diferencia entre el Iusnaturalismo y el cuasipositivismo, que son las dos formas de pensamiento iusnaturalista. La primera que atribuye una validez supraempírica a algunas normas porque encarnan determinados valores últimos; la otra que atribuye la misma validez supraempírica a las normas, por el mero hecho de su vigor o positividad”.

⁴³ Al respecto R. MACÍA MANSÓ: *Problemas de Derecho Natural. Disertación crítica*, Oviedo, Universidad. Servicio de Publicaciones, 1976, pp. 3-41, esp. pp. 46-47.

⁴⁴ H. L. A. HART: “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la Moral”, en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962. Trad. cast. de G. R. Carrió, p. 45.

⁴⁵ En esta línea C. S. NINO: *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 172, 173 y 209 afirma que “si no todos los positivistas (así Bentham) niegan la posibilidad de una demostración racional e intersubjetiva de los juicios de valor acerca de las reglas y principios que el Estado debe reconocer, y si los antipositivistas serios (así Dworkin) no niegan la factibilidad y relevancia de una descripción valorativamente neutra de las reglas y principios que, de hecho, son reconocidos por el Estado, la controversia entre ellos no versa sobre cuestiones de más profundidad filosófica que el mero reconocimiento de que hay varias alternativas legítimas para definir el Derecho”. Carrió, por el contrario, objeta al intento de conciliar el positivismo y el iusnaturalismo que uno defiende un concepto “descriptivo” de Derecho y el otro un concepto “normativo” del mismo. Además, dice J. A. Ramos Pascua: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configurar el Derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989,

A su vez, dentro de las concepciones moderadas, es decir aquellas que reconocen el dualismo jurídico, hay que distinguir según estemos ante un Iusnaturalismo moderado o ante un Positivismo moderado. El primero supondría la subordinación del Derecho Positivo al Derecho Natural, mientras que el segundo implicaría la jerarquía inversa, supeditando el Derecho Natural al Positivo.

En realidad, ya se dé una u otra jerarquía u orden, lo cierto es que el Positivismo tiene una estructura de sistema inductivo, mientras que el Iusnaturalismo es más bien un sistema deductivo. Sistema inductivo es aquél cuyas normas proceden por generalización o abstracción a partir de casos particulares, extrayendo sus notas esenciales o comunes. De varias especies nos elevamos formando familias o géneros, cada vez más amplios. Este orden es el propio de la concepción positivista y la Escuela Histórica del Derecho. En estos sistemas inductivos se va de lo menos a lo más. La pirámide normativa en el positivismo se representaría hacia arriba, es decir, colocada normalmente. Un ejemplo de esto sería si de los hechos Juan es inteligente, Pedro es inteligente, María es inteligente, etc., obtenemos la norma general el ser humano es inteligente.

Por el contrario, un sistema deductivo es aquél en el que las normas proceden por conclusión a partir de unas premisas (premisa mayor y premisa menor) hasta llegar a una conclusión cuya verdad está suficientemente garantizar. En el ejemplo visto procederíamos del siguiente modo: Premisa mayor: el ser humano es inteligente; premisa menor: María es un ser humano; conclusión: María es inteligente. Este tipo de sistemas es el propio de la concepción iusnaturalista o filosófica del Derecho. En ello se va de lo más amplio a lo más concreto y la representación gráfica en forma de pirámide normativa sería colocando ésta en posición invertida, es decir con la base hacia arriba.

C) *El Derecho Canónico frente al Derecho Divino*

Tomamos como paradigma el Derecho Canónico, pero hecha la salvedad de que lo mismo podría predicarse respecto del Derecho de cualquier otra confesión religiosa reconocida por el Estado. El Derecho Canónico es el ordenamiento jurídico de la Iglesia católica. En cuanto a su relación con el ordenamiento jurídico estatal o, lo que es lo mismo, con el Derecho positivo laico, la cuestión varía según adoptemos la óptica canonista o la del ordenamiento jurídico del Estado.

Desde la perspectiva canonista, el Derecho Canónico está por encima del estatal, porque deriva su validez de un poder espiritual superior a los poderes puramente mundanos. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico estatal caben tres posibilidades: la supremacía del Derecho Canónico, su paridad con el Derecho estatal, o su inferioridad respecto a éste. La primera postura es

p. 233 que es posible objetar que se llegara a crear una comunidad supranacional con un Derecho común "reproduciéndose así la misma situación que hasta ahora correspondía a cada Estado singular, con lo que el positivismo jurídico volvería a cobrar pleno sentido y vigor".

mantenida en los estados teocráticos, por ejemplo en los Estados Pontificios. La igualdad de ambos órdenes es sostenida cuando el Estado reconoce la recíproca independencia de los poderes, cada uno en su orden, en relación con la denominada "teoría de las dos espadas". Esta doctrina fue formulada en el siglo V por el Papa Gelasio y distinguía la esfera civil y la religiosa. En el Evangelio la escisión entre ambas era absoluta en base a la máxima "dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios". La Patrística, por el contrario, sostuvo que no hay más poder que el de los hombres, aunque sean reyes o emperadores, pues lo son exclusivamente por la gracia de Dios. La Escolástica, así Santo Tomás de Aquino en la "Suma Teológica", aceptaba que el brazo terrenal desobedece las leyes injustas, que serían más que leyes actos de violencia, salvo en caso de escándalo o disturbio (*propter vitandum scandalum vel turbationem*). Exigía este autor además que dichas leyes contrariasen el Derecho divino y que la desobediencia a la ley no produjese mayores males que su cumplimiento.⁴⁶ En cuanto a la inferioridad del Derecho Canónico respecto al estatal, ésta se produce cuando las actividades religiosas se regulan por el Derecho común, en relación con la teoría del Derecho Eclesiástico del Estado.

Visto ya un poco el tema del Derecho Canónico, pasamos a ocuparnos del Derecho Divino. Tal como en línea anteriores hemos descrito el Derecho Natural, especialmente en su vertiente religiosa medieval, podría ahora surgirnos la duda de si el Derecho Divino no es sin un tipo histórico de Derecho Natural. La respuesta es que aunque ambos tienen en común que sus preceptos proceden de la revelación a partir de una instancia superior, la divinidad, sin embargo su contenido es en un caso, el Derecho Divino, religioso y en otro, el Derecho Natural, jurídico. Podríamos decir que el Derecho Divino haría el mismo papel respecto al Derecho Canónico y al Derecho en general de cualquier religión (islámico...), que el Derecho Natural hace respecto a los distintos Derechos positivos. El Derecho Divino, al igual que el Derecho Natural, es uno e inmutable frente a la pluralidad y contenido cambiantes del Derecho de las diferentes confesiones religiosas y a los Derechos positivos de los diversos Estados.

Vista ya su naturaleza separada y con función paralela a la del Derecho Natural, es preciso rechazar que en materia de validez el Derecho Divino se superponga al Derecho Natural, al modo que éste lo haría al Derecho Positivo para un iusnaturalista, y la cadena de validez pase del Derecho Natural al Derecho Divino. Parece más lógico concebirlo con una estructura en materia de validez similar a la del Derecho Natural. Así dice Kelsen⁴⁷ respecto al Derecho Divino que en la religión católica existe una norma positiva en la "Epístola a los Romanos" de San Pablo en la que se dice que "todos han de estar sometidos a las autoridades superiores, pues no hay autoridad sino bajo

⁴⁶ R. GARCÍA COTARELO: *Resistencia y desobediencia civil*, Madrid, EUDEMA, 1987, pp. 18-23.

⁴⁷ H. KELSEN: "Quel est le fondement de la validité du Droit?", en *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 1956, p. 164. Hay trad. it. de G. Arangio-Ruiz: "Il fondamento della validità del Diritto", en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1957, XL, pp. 497-511.

Dios; y las que hay por Dios han sido establecidas, de suerte que quien resiste a la autoridad resiste a la disposición de Dios y los que la resisten atraen sobre sí la condenación”.⁴⁸ Las palabras de San Pablo significan que los hombres deben someterse al Derecho Positivo (se entiende que al Canónico o de la Iglesia y al Eclesiástico del Estado), porque deben obedecer los mandatos de Dios y Dios ha ordenado obedecer ese Derecho Positivo.

En consecuencia, es imposible que la norma según la cual los hombres tienen el deber de someterse a los mandamientos de Dios sea enunciada por una autoridad. La misma no puede ser sino presupuesta por la Teología, de la cual es la hipótesis metafísica, la norma fundamental. Ocurre lo mismo que con el Derecho Natural en la hipótesis según la cual los hombres deben someterse a las órdenes de la naturaleza. Esta norma no puede ser enunciada por la naturaleza. No puede ser sino presupuesta por la doctrina del Derecho Natural y tiende a fundar la validez del Derecho sobre un orden jerárquicamente superior al Derecho Positivo, sobre un orden divino natural. Según ambas doctrinas, el Derecho Positivo no posee ningún elemento de validez intrínseca. Es la validez del orden divino o del natural la que es objeto verdadero de ambas. Y el fundamento de esta validez es para estas dos teorías una norma fundamental, no dada por la autoridad del orden divino o natural, sino presupuesta como hipótesis. Esta idea no es aceptable para el positivismo, para el cual el derecho Positivo es un ordenamiento “soberano”. La estructura es, pues, paralela en la validez del Derecho Positivo y del Derecho Natural, por un lado, y del Derecho Canónico como Derecho Positivo y el Derecho Divino, por otro: una última constitución material y una norma fundamental.

Aparte del Derecho Canónico en la religión católica se encuentra el Derecho hebreo, que es el Derecho del pueblo judío plasmado en el Antiguo Testamento.⁴⁹ Dicho Derecho tiene un contenido no limitado al ámbito jurídico, como el Derecho Positivo, ni al religioso, al modo del Derecho Divino, sino que comprende todas las normas en el sentido más amplio. Tiene origen en la divinidad. Es el Derecho dado por Dios en el Monte Sinaí. Pero, aunque está basado en la revelación se considera cambiante. Es esta mutabilidad la que lo distingue radicalmente del tradicional Derecho Divino no hebreo, así como del Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII. Si la creación legal del Sinaí se acepta como un hecho histórico, entonces este acontecimiento se convierte en lo que Kelsen llamó la primera Constitución histórica y la norma básica al modo kelseniano se enunciaría como: “Haz lo que Dios ha mandado en el Monte Sinaí”. Se ve así como en el Derecho hebreo la validez es de carácter mixto y *sui generis*. Se conjugan un fundamento positivista, que habla de primera constitución histórica, y un fundamento de Derecho divino, que lo basa en la divinidad.

⁴⁸ Epístola de San Pablo a los Romanos 13, v. 1-3, que sería la primera constitución positiva histórica en el orden religioso.

⁴⁹ Sobre el tema seguimos a O. BONDY: “The validity problem in Hebrew Law”, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1968, LIV/2, pp. 217-232.

Algo similar pasa con la validez en el Derecho Canónico.⁵⁰ Éste, a diferencia del Derecho hebreo, no está basado sobre el Antiguo Testamento sino sobre el Nuevo. Es como aquel Derecho Positivo y, por tanto, con una primera constitución escrita. Ya no es lo que Dios dijo a Moisés en el Monte Sinaí sino el legado de Cristo a los apóstoles, más en concreto a Pedro cuando le dijo: "Tú eres Pedro y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia." A su vez, esta primera constitución se basa en la norma básica fundamental, presupuesta por el Derecho Divino, del deber de obedecer a Dios, si bien aquí no se trata de la obediencia a Dios Padre, sino a Dios Hijo.

3. El ordenamiento jurídico

A) Idea general

Al igual que del concepto de Derecho en general al de Derecho Positivo se da un paso, una concretización, lo mismo ocurre en el tránsito del mismo al ordenamiento jurídico. Aunque éste es siempre Derecho Positivo, no todo el Derecho Positivo es ordenamiento jurídico. Esta cuestión se halla en relación con el tema de la distinción entre el Derecho Nacional y el Internacional. En efecto, si el ordenamiento jurídico es el Derecho válido en determinada nación y momento histórico, nos estamos refiriendo en sentido estricto al Derecho Nacional. Queda, por tanto, excluido el Derecho Internacional, mientras, eso sí, no sea recibido o reconocido por el ordenamiento interno, por ejemplo los tratados internacionales mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Por tanto, el Derecho Positivo incluye, tanto el Derecho Nacional como el Internacional, mientras que el ordenamiento jurídico "en principio" se refiere al primero. Hay que señalar que cuando hablamos aquí de Derecho Internacional estamos aludiendo tanto al Derecho Internacional en sentido estricto, es decir al de la comunidad de Estados, como, y especialmente al Derecho Internacional en sentido amplio, algo impropio, es decir al privativo o Derecho Interno de los restantes países que no son el propio.

B) Etimología y acepciones del término ordenamiento jurídico

La utilización lingüística de la palabra ordenamiento jurídico es relativamente reciente. Primero se usaban los términos *ius* y *lex*, empleando la palabra ley en sentido amplio, como legislación (por ejemplo legislación civil o penal). El constitucionalismo y la codificación hicieron más acuciante la necesidad de contar con un enunciado que designase el conjunto de normas. Surgen así las expresiones *Rechts Ordnung*, *ordinamento giuridico* (fue Santi Romano en una obra del mismo título quien en 1917 popularizó la expresión), *system, legal order* u *ordre juridique*, para designar lo que en castellano co-

⁵⁰ H. MCSORLEY: "Determining the 'validity'", en *The Jurist*, 41, 1981, p. 397.

nocemos como ordenamiento jurídico. Hay que decir que la terminología *ordre juridique*, como señala Bobbio, es poco afortunada por ser el término orden demasiado genérico.

Existen básicamente las siguientes concepciones de la palabra ordenamiento jurídico: En primer lugar están las teorías normativistas, en segundo término, las antinormativistas y, en tercer puesto, las mixtas. Dentro de las primeras destacan la concepción del ordenamiento como pirámide normativa de Kelsen, la teoría del mismo como sistema normativo complejo de Bobbio y la tesis de éste como conjunto de reglas primarias y secundarias de Hart. Entre las concepciones antinormativistas resalta la teoría de la institución de Romano y Hauriou. En cuanto a las posturas mixtas o intermedias, encontramos aquí la construcción principal de Dworkin. Pasamos a continuación al análisis separado de cada una de ellas.

a) Teorías normativistas

Kelsen, entre otras obras, en su "Teoría Pura del Derecho"⁵¹ concibe el ordenamiento jurídico como un conjunto sistemático, no como un mero agregado, de reglas que regulan el comportamiento humano y que tienen una estructura gradual, escalonada, piramidal, en forma de lo que los italianos llaman construcción *a gradini* y los alemanes, así Merkel, *Stufenbau*. En la cúspide de dicha pirámide estaría la *Grundnorm*, como norma hipotético-fundamental, no histórica, sino presupuesta. Después se hallaría la constitución positiva y más abajo las demás normas, unidas entre sí por el concepto de validez, que cada una recibe de la superior, siendo ésta una validez formal.

La teoría del sistema normativo complejo de Bobbio⁵² parte de la distinción entre dos tipos de normas secundarias, las de conservación y las de transformación. Teniendo en cuenta esta división, Bobbio considera la posibilidad de existencia de tres clases de sistemas normativos: a) Los simples, que se componen sólo de normas primarias; b) Los complejos, que están formados por normas secundarias de ambos tipos, y c) Los semicomplejos, que se integran de normas primarias y secundarias de uno u otro tipo. Ejemplos de los primeros serían las reglas de un juego, las técnicas para el aprendizaje de un oficio, la gramática de una lengua, las reglas de una sociedad primitiva, o las del

⁵¹ Vid. H. KELSEN: *Teoría Pura del Derecho*, trad. cast. de la 2ª ed. en lengua alemana de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1980; *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1983, trad. cast. de E. García Máynez, pp. 129-135; "On the basic norm", en *California Law Review*, 1959, vol. 47, núm. 1, pp. 107-110; "On the basis of legal validity", en *The American Journal of Jurisprudence*, 26, 1981, pp. 178-189, trad. ingl. por S. L. Paulson; "The concept of the legal order", en *The American Journal of Jurisprudence*, 1982, 27, pp. 64-85. Trad. por S. L. Paulson; *Teoría General de las normas*, manejamos la trad. it. de M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1985, pp. 216 y ss.

⁵² N. BOBBIO: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia, Ed. Fernando Torres, 1980. Trad. cast. de Ruiz Miguel pp. 325-332.

estado de naturaleza de que hablan los iusnaturalistas. Supuestos de sistemas normativos semicomplejos serían ciertos deportes, en los cuales sólo hay normas de conservación, o un sistema de informática, que sólo contiene normas de transformación. La máxima expresión de sistema normativo complejo es el ordenamiento jurídico.

¿Cómo se produce el paso de un sistema simple a uno complejo? El mismo tiene lugar cuando aquél no consigue ser eficaz, es decir cuando hay una separación entre lo que las normas dicen y lo que los destinatarios hacen. Esta situación puede obedecer a dos causas: a) A que no hay sanciones eficaces para las reglas; b) A que las mismas se han vuelto inadecuadas para la realidad social. En el primer caso el remedio es actuar sobre los comportamientos, para lograr que lo que los individuos hacen se corresponda lo más posible con lo que las reglas dicen. En el segundo hay que incidir sobre las reglas, para obtener que lo que las mismas dicen se corresponda lo más posible con lo que los individuos hacen. En la primera operación institucionalizaríamos la sanción, en la segunda, la producción normativa. En aquella actuaríamos sobre el juez, en ésta sobre el legislador. Obtendríamos respectivamente normas que proveen a la conservación del sistema y reglas que miran a su transformación.

Por lo que se refiere a Hart, éste habla del ordenamiento jurídico como conjunto de normas primarias y secundarias. Como señala Bobbio en su "Contribución a la Teoría del Derecho"⁵³ existen varios criterios en el lenguaje común para distinguir lo primario de lo secundario. Un primer elemento sería el temporal o neutro. Según el mismo primario es lo que va primero en el tiempo y secundario lo que va después, por ejemplo la enseñanza primaria y secundaria, la era primaria y secundaria. Un segundo punto de vista es el axiológico o valorativo. Éste, a su vez, se subdivide en axiológico-funcional y axiológico-jerárquico. El primero es el que tiene en cuenta la mayor o menor importancia. Según él, primario sería lo principal y secundario lo accesorio, por ejemplo carretera primaria y secundaria. En cuanto a la perspectiva axiológico-jerárquica, de acuerdo con la misma lo relevante es la posición de los términos en un conjunto. Así, primario sería lo superior y secundario lo inferior, por ejemplo en una obra de teatro personajes de uno u otro tipo.

Trasladando estos criterios al campo jurídico, obtenemos la existencia de varias teorías en torno a la distinción entre normas primarias y secundarias. En primer término se encuentra la concepción tradicional, que sigue el punto de vista temporal neutro. Según ella reglas primarias serían las que regulan la conducta, son anteriores en cuanto al momento de promulgación y sus destinatarios son los ciudadanos. Por el contrario, normas secundarias serían aquellas cuyo contenido es una sanción para el caso de incumplimiento de las anteriores, su formulación es posterior en el tiempo y sus destinatarios los órganos del poder judicial.

⁵³ N. BOBBIO: *Contribución a la Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 317 y ss.

Una segunda doctrina es la innovadora o revolucionaria de Ihering, Kelsen y Ross. La misma sigue el criterio axiológico-funcional de distinción. Parte de la idea de que el Derecho es fundamentalmente un ordenamiento coactivo, siendo la coercitividad su característica más importante. Si esto es así, las normas jurídicas principales, las primarias funcionalmente, serían las que establecen la sanción y no las de conducta, que podrían incluso llegar a suprimirse. Las reglas secundarias cronológicamente serían primarias funcionalmente y viceversa. Se invierte el orden de la clasificación.

Hart sigue en este punto una postura conciliadora entre las concepciones tradicional e innovadora. Para él lo secundario funcionalmente lo es también temporalmente. Esta solución es posible si se conciben las normas secundarias como aquellas que resuelven un defecto de las primarias. Podrían ser de tres tipos: de reconocimiento, cuando corrigen la falta de certeza; de cambio, cuando enmiendan la ausencia de dinamismo; y de adjudicación, que son las que reparan su falta de efectividad. Un ejemplo de cada uno de estos tres supuestos normativos serían, respectivamente, el artículo 1º del Código Civil, que establece que son fuentes del Derecho la ley, la costumbre y los principios generales del mismo; el artículo 2º de dicho cuerpo legal, que dispone cuáles son los límites espacio-temporales de entrada en vigor de las leyes; y el artículo 3º del Código Civil, que se refiere a los criterios de aplicación e interpretación. Se ve que las normas secundarias lo son tanto temporalmente, porque van después que la norma cuyo defecto tratan de subsanar, como funcionalmente, pues son menos importantes que ella.

Además de estas doctrinas, existe la teoría constitucionalista, que aplica el otro criterio en juego en la distinción entre lo primario y lo secundario, el axiológico-jerárquico. Según esta tesis norma primaria sería la que en una hipotética pirámide normativa estaría situada en un plano superior. Señala Amato que esta relación de subordinación se manifiesta en que lo primario puede modificar lo secundario y, sin embargo, no puede ser modificado por ello.

b) *Teorías antinormativistas*

Las principales teorías antinormativistas son las doctrinas de la institución. El ordenamiento jurídico es para ellas una institución e inversamente toda institución es un ordenamiento jurídico. Existiría una correspondencia absoluta entre ambos conceptos.

El sistema jurídico no sería aquí un agregado de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad por sí, algo diverso de los elementos materiales que lo componen. Sería una organización, una estructura que constituye la sociedad en su unidad, estructura que no excluye las normas, pero que las avanza y supera. El concepto clave es el de organización, la cual es anterior a las normas. Es el fin del Derecho. Según Bobbio esta teoría ha tenido que recurrir a un concepto tan vago como el de organización porque le ha faltado la noción de normas de segundo grado. Santi Romano habría parti-

do según este autor de la insuficiencia del Derecho como norma considerando sólo las normas de conducta o primarias.

En palabras de Hauriou, uno de los máximos representantes en Francia del institucionalismo, todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad de individuos determinados es una institución. Ésta es fruto de una voluntad subjetiva que la inventa, pero se independiza de ella y se objetiviza, perdurando más allá de la vida de quienes la integran y la sirven. Es anónima y estable, aunque no permanente. Para ver esta característica no hay más que pensar en instituciones clásicas como el Parlamento o el Tribunal Constitucional. Otras doctrinas institucionalistas son las de Georges Gurvitch (1894-1965) y Georges Renard (1876-1943).⁵⁴

c) *Teorías mixtas*

Dentro de las doctrinas eclécticas o mixtas cabe destacar en el mundo anglosajón la tesis principal de Dworkin. Es ésta una crítica a la concepción de su maestro Hart del ordenamiento jurídico como formado por normas primarias y secundarias y, en general, al normativismo jurídico. Para Dworkin el sistema jurídico estaría integrado, además de por normas, por principios o directrices políticas (*policies*). Mientras las primeras serían aplicables al modo "todo o nada", estos segundos tienen una dimensión de peso e importancia. Si dos normas entran en conflicto, una de ellas no será aplicada. En cambio, un conflicto de principios se resolverá por "comprensión y expansión", según el peso de los principios en juego, sin que el que sucumbe en un caso venga por ello eliminado del ordenamiento jurídico.⁵⁵

C) *El Derecho Nacional frente al Derecho Internacional*

Se trata aquí de ver cuál es la relación entre el Derecho Nacional o interno y el Derecho Internacional. Al respecto caben básicamente tres posturas: el monismo, el dualismo y el pluralismo jurídicos, representados en el positivismo básicamente por Kelsen, Hart y Rigaux. En el primer caso,⁵⁶ Derecho Internacional e interno forman un solo sistema jurídico, dándose la primacía de uno y consiguiente subordinación del otro o viceversa. Kelsen contempla am-

⁵⁴ Al respecto, R. MENEGHELLI: *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, Cedam, 1975, pp. 110-119. M. Hauriou: "L'institution et le Droit statutaire", en *Recueil de Legislation de Toulouse*, 1906, pp. 13 y ss.; "La theoria de l'institution et de la fondation", en *Cahier de la Nouvelle Journée*, 1925, IV, pp. 10 y ss. N. Bobbio: "Sulla filosofia dell'istituzione", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1940, pp. 100-107.

⁵⁵ J. A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., p. 203. R-Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. Trad. cast. de M. Guastavino, esp. pp. 95-1000.

⁵⁶ H. KELSEN: "The concept of the legal order", cit., p. 7; "¿Quel est le fondement...", cit., pp. 167 y ss. H. L. A. Hart: "Kelsen's doctrine of the unity of Law", en H. L. A. Hart: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 309-310.

bas posibilidades sin decantarse por ninguna, lo cual implicaría una valoración, contraria a la pureza metódica por él predicada.

En el caso de primacía del Derecho Internacional sobre los Derechos internos existiría primero una norma básica presupuesta, que conferiría validez al peldaño superior del Derecho Internacional positivo (el Derecho consuetudinario o Derecho Internacional general), que a través de la regla *pacta sunt servanda* atribuiría validez al segundo escalón de aquél (el Derecho convencional o Derecho Internacional particular), el cual sería la norma intermedia,⁵⁷ que otorga validez a los Derechos internos, concretamente a su Constitución primera, a través del principio de efectividad⁵⁸ en aquel contenido como auténtica norma internacional, *conditio per quam* de validez. Según él, un gobierno independiente que controla un territorio y su población constituyendo un Estado tiene una Constitución válida.

En el caso de primacía del Derecho interno sobre el Derecho Internacional la cadena de validez partiría de la norma básica presupuesta, que confiere validez al Derecho estatal positivo, más en concreto a su Constitución, siempre que sea eficaz. La eficacia ya no es una norma jurídica, sino un hecho externo al ordenamiento jurídico y *conditio sine qua non* (no *per quam*).⁵⁹ Esta Constitución eficaz adjudicaría validez al resto del Derecho interno y al Derecho Internacional (en sentido amplio —los demás Derechos internos nacionales— o estricto —el común a ellos) a través del reconocimiento del mismo por el Estado soberano.

Por lo que respecta al pensamiento de Hart,⁶⁰ éste señala que “el Derecho Internacional es Derecho, pero de una naturaleza distinta a la de los Derechos internos”. Afirma su carácter jurídico frente a posibles objeciones como la carencia de sanciones institucionalizadas del Derecho Internacional, la limitación que impone a la soberanía estatal o su carácter próximo a la Moral, pues puede sancionar, contraer las obligaciones voluntariamente y, a diferencia de la Moral, ser neutro y modificarse legislativamente. En cuanto a las diferencias con los Derechos internos, en Derecho Internacional ningún tribunal tiene jurisdicción compulsiva para juzgar sobre actos hechos en defensa propia; en él

⁵⁷ Sobre el tema A. LA PÉRGOLA: “La transformación del Derecho Internacional en Derecho interno y la teoría de Hans Kelsen”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 14, 1961, pp. 467-516.

⁵⁸ Sobre el mismo R. W. TUCKER: “The principle of effectiveness in international Law”, en *Law and politics in the world community*, Ensayos sobre la Teoría Pura de Hans Kelsen y los problemas conexos del Derecho Internacional, recogidos y editados por G. A. Lipsky, Berkeley-Los Ángeles, 1952, pp. 39; y G. Ottolenghi: “Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale”, en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1, 1936, pp. 3-33; 2-3, pp. 152-171; 4, pp. 163-164.

⁵⁹ E. PATTARO: *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica*, Madrid, Reus, 1980. Trad. y notas de J. Iturmendi Morales, p. 199; *Introduzione...*, cit., pp. 171-180 y *Lineamenti...*, cit., pp. 51 y ss.

⁶⁰ Siguiendo a J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 259 y ss.

son válidos los acuerdos obtenidos por la fuerza y, sobre todo, el Derecho Internacional es asistemático, carece de regla de reconocimiento (bastaría el *pacta sunt servanda*), existiendo sólo normas jurídicas primarias.

Frente a este monismo y dualismo, Rigaux, seguido por Ost y Van de Kerchove, postula un pluralismo no jerárquico-lineal, sino lleno de interacciones cruzadas, en el que cada Estado tiene también reglas de reconocimiento de los demás sistemas jurídicos.⁶¹

D) *Problemas que resuelve la consideración del Derecho desde la perspectiva del ordenamiento jurídico*

Siguiendo a Peces-Barba,⁶² puede decirse que considerar el Derecho desde el punto de vista del ordenamiento resuelve una serie de problemas que plantea el estudio del mismo desde la óptica de la norma aislada y favorece la construcción positiva de otras cuestiones. Entre los problemas se encuentran: el de los destinatarios de las normas, el de las normas sin sanción, el de la relación entre la validez y la eficacia, el del Derecho consuetudinario, el de las antinomias y el de la insuficiencia del positivismo legalista. Entre las cuestiones cuya configuración teórica favorece se sitúan la de la relación entre Derecho y poder y la de la construcción unitaria del mundo jurídico.

Por lo que respecta al problema de los destinatarios de las normas, según la teoría tradicional éstos eran, como hemos visto, los ciudadanos, mientras que según la tesis innovadora de Kelsen e Ihering, los jueces y funcionarios. Esta contradicción se resuelve desde el prisma del ordenamiento, porque éste estaría formado tanto por normas de conducta, cuyo destinatario sería la ciudadanía, como por reglas de organización, dirigidas a los poderes públicos en general. Estas segundas, a su vez, pueden ser reglas de regulación de órganos o de producción de otras normas. En un sistema democrático en algunos supuestos en las normas de organización son excepcionalmente destinatarios los ciudadanos. Tal es el caso, en cuanto a la producción normativa, del referéndum y la iniciativa legislativa popular (artículos 92 y 87 de la Constitución española de 1978) y, respecto a la formación de órganos, por ejemplo, de la elección de miembros del Parlamento.

En cuanto a la cuestión de las normas sin sanción, la misma está vinculada al tema de la coactividad del Derecho. Ya Kelsen se había preguntado sobre la posibilidad de existencia de obligaciones jurídicas sin castigo y, en el mismo sentido que Bobbio, contestaba que sería a través del ordenamiento jurídico, como conjunto de preceptos, como se puede explicar la misma. Sería el sistema en su conjunto el que tendría carácter coactivo, lo cual no implica que

⁶¹ F. RIGAUX: "Le Droit au singulier et au pluriel", en *Revue Interdisciplinaire D'études Juridiques*, 9, 1982, pp. 51; y "Droit et pouvoir ou la quête de la validité", en *Droit et pouvoir*, t. I, *La validité*, Estudios publicados bajo la dirección de F. Rigaux y G. Haarscher por P. Vassart, Bruselas, Story Scientia, 1987, pp. 3-25.

⁶² G. PECES-BARBA: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983, pp. 89 y ss.

todas sus normas tengan sanción, sino solo la mayor parte. Aquí surge el tema de las llamadas "leyes imperfectas" (en una clasificación inspirada en el jurista Korkounov), cuya existencia es una consecuencia de la limitación del ordenamiento. En efecto, cada norma sancionadora debería estar garantizada por otra y así sucesivamente, pero ello es imposible. Estas reglas imperfectas o sin sanción son muy abundantes en el Derecho Internacional. Junto a ellas estarían las *leges perfectae*, cuya sanción es la inexistencia o nulidad del acto de vulneración del Derecho, las *leges minus quam perfectae*, que se contentan con el castigo del infractor, y las *leges plus quam perfectae*, que añaden al mismo una reparación o compensación pecuniaria.

Por lo que se refiere al problema de la relación entre la validez y la eficacia, al nivel de la norma aislada no hay situación de interdependencia entre ambas. Una norma jurídica es válida y aunque no sea eficaz hasta un momento dado puede llegar a serlo si los elementos de presión de que dispone el ordenamiento se lo proponen. Por ejemplo, en el Derecho español la norma que obliga a la policía a comunicar en un plazo determinado a la autoridad judicial los nombres de los detenidos que obran en su poder no se cumple habitualmente, pero sería exigible a través del delito paralelamente previsto en el Código Penal que sanciona con una pena al funcionario que incumple esta obligación. Por el contrario al nivel del ordenamiento jurídico sí hay relación. La ineficacia global de éste condiciona su validez. Existe una excepción a dicha regla, mencionada en la segunda edición de la "Teoría Pura del Derecho" de Hans Kelsen, en la que se hacen depender validez y eficacia también en el plano de la norma individual, al considerar que si la misma es inaplicada de manera constante y duradera puede perder su validez mediante el desuso, *desuetudo* o suerte de costumbre negativa.

En cuarto lugar está el tema del Derecho consuetudinario de saber cuando una costumbre es Derecho y cuando estamos simplemente en el ámbito de los usos sociales. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, iniciado por Bentham, la práctica no reconocida por los tribunales y apoyada por el poder del Estado, por su aparato sancionador e institucionalizado, es solamente un convencionalismo social. La distinción entre la costumbre jurídica y el uso no jurídico derivaría así de la pertenencia o no al ordenamiento.

En quinto lugar, en cuanto a la cuestión de las antinomias o contradicciones contrarias a la coherencia del Derecho, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico se excluirían las mismas a través de la aplicación de criterios como el jerárquico, el cronológico, el de especialidad, el de competencia y, en última instancia, mediante la acción de los tribunales. Por último, la práctica del positivismo legalista de identificar Derecho y ley es claramente inadecuada, porque el sistema de producción normativa desde el punto de vista del ordenamiento jurídico es más complejo y abarca las costumbres, las normas delegadas, etcétera.

Entrando en las aportaciones positivas de la consideración del Derecho desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, por lo que se refiere a la relación entre Derecho y poder, éste es un hecho que se legaliza y confunde parcial-

mente con aquél. El apoyo del ordenamiento jurídico por el poder del Estado puede excepcionalmente en una situación revolucionaria sustituirse provisionalmente por un poder social distinto, que pretende reemplazar al Estado. Sin embargo, generalmente esta evolución del poder de hecho se realiza a través de las propias reglas establecidas en el ordenamiento sin ruptura, a través de lo que Hart llama "reglas de cambio".

Finalmente, la consideración del Derecho como ordenamiento jurídico confiere unidad al mismo a través de la teoría de la validez. Se trata de una unidad formal, propia del Positivismo, frente a la cohesión material, típica del Iusnaturalismo. Existiría una estructura jerárquica del ordenamiento como conjunto de reglas, todas las cuales, salvo la norma fundamental, sólo de producción, y las normas del último escalón, sólo de ejecución, son a la vez instancias de ejecución de las superiores y de producción de las inferiores. El vértice de la pirámide es la norma fundamental, la base son los actos ejecutivos. Los actos de producción jurídica se contemplan desde una perspectiva de arriba a abajo y expresan un poder. Los de ejecución jurídica se expresan desde una óptica de abajo a arriba y muestran un deber. Raz prefiere a hablar de pirámide normativa, hacerlo de "cadena de validez".

4. La norma jurídica

A) *Idea general. La norma jurídica como especie del género ordenamiento jurídico*

Hasta aquí hemos realizado un proceso de concreción desde el Derecho en abstracto hasta el Derecho Positivo y de éste al ordenamiento jurídico. Otro escalón vendría constituido por la distinción entre ordenamiento jurídico y norma jurídica. Es ésta una distinción puramente cuantitativa. Se puede decir que la norma jurídica es una especie del género ordenamiento o, lo que es lo mismo, que éste es el conjunto de aquéllas.

Dice Aarnio que cabría hablar de validez interna, o dentro del sistema, y validez externa, o del sistema en sí, que a su vez podría ser formal, cuando se trate de fundar la de la norma fundamental, o material, cuando sea la del sistema.⁶³ Es precisamente en este tema donde se dice que la validez en el Positivismo adolece de circularidad.⁶⁴

Por otra parte, la cuestión de si un ordenamiento jurídico puede generar su propia validez está en relación con la posibilidad o no de autorreferencia, por ejemplo en el tema de la reforma de la Constitución: ¿Podría la norma que prevé el procedimiento de reforma de aquélla reformarse ella misma de

⁶³ Esta misma distinción se encuentra en N. JAREBORG: "Some conceptions of valid law and legal system", en *Rechtstheorie*, vol. 2, Berlín, Duncker & Humblot, 1981, p. 260; y G. Heraud: *La validité juridique*, cit., pp. 478-479, esp. 484.

⁶⁴ E. GARZÓN VALDÉS: "Algunos modelos de validez normativa", en *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, México, UNAM, 1980, p. 396.

acuerdo con ese procedimiento? Ross lo niega: 1) Por carecer las normas autorreferentes de significado alguno, y 2) Porque, si no, la nueva norma derivaría su validez de otra, la antigua, con ella incompatible. Hart objeta a lo primero que dicha norma de reforma sería sólo autorreferente en la parte relativa a sí misma y a lo segundo que ambas reglas tendrían ámbitos temporales de validez diferentes.⁶⁵ Ross replica: 1) Que al menos en dicha parte de autorreferencia pura la norma carece de sentido, y 2) Que no por ello las normas dejan de ser contradictorias, aunque no jurídica, sí lógicamente.⁶⁶ Respecto a la norma talón de Aquiles, más que de derogación habría que hablar de inaplicabilidad por agotamiento de su ámbito material u objeto.

B) Estructura y caracteres de la norma jurídica

En cuanto a la estructura de la norma jurídica, ésta se compone básicamente de tres elementos: *la ratio*, la consecuencia jurídica y el supuesto de hecho, incardinados respectivamente en el plano del valer, del deber ser y del ser; en el de la idealidad, en el de la lógica y en el de los hechos, la facticidad o mundo empírico.

La *ratio* o *ratio legis* puede tener las siguientes acepciones:

a) El significado de finalidad, ya en el sentido subjetivo de fin del legislador,⁶⁷ ya en el sentido objetivo de fin de la ley.⁶⁸ Se trata del “para qué”.

b) El significado de principio que sirve de fundamento a la ley, *id propter quod lex lata est et sine quod lata non est*,⁶⁹ es decir, el *anima legis* o *medulla legis*,⁷⁰ como contrapuestos a la *ocassio legis*.⁷¹ En este caso se trataría del “porqué”. También, en otros términos, hay autores que hablan de la razón suficiente,⁷² expresión ésta manejada por Leibniz y ampliamente estudiada por Schopenhauer⁷³ y Heidegger.⁷⁴ Se entiende por tal “no sólo aquello por lo cual una cosa es, sino aquello por lo cual una cosa es de una determinada manera

⁶⁵ Sobre el tema E. BULYGIN: “Time and validity”, en A. Martino (ed.): *Deontic logic, computational linguistics and legal information systems*, vol. II, Amsterdam-New York-Oxford, North-Holland Publishing Company, 1982, pp. 76-77.

⁶⁶ Esta polémica es recogida por C. S. NINO: *La validez del Derecho*, op. cit., pp. 69 y ss.

⁶⁷ D. DONATI: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Società Editrice Libreria, 1910, pp. 47 y ss. Frente a esta interpretación G. Galloni: *La interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 138. J. Esser: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 327.

⁶⁸ B. BIONDI: Voz *ratio legis* en el *Novissimo Digesto Italiano*, p. 896 habla de *mens legis*.

⁶⁹ F. C. DE DIEGO: “La analogía en el Código Civil español”, en *R.D.P.*, 1913-14, p. 373.

⁷⁰ N. BOBBIO: *L'analogia nella logica del Diritto*, Istituto della R. Università, Memoria, XXXVI, Serie II, Turín, 1938, p. 105.

⁷¹ B. BIONDI: Voz *ratio legis*, cit., p. 896 y en el *Nuovo Digesto Italiano*, p. 1121.

⁷² N. BOBBIO: *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1958, pp. 174-175.

⁷³ A. SCHOPENHAUER: *De la cuádruple raíz del principio de razón suficiente*, Madrid, Gredos, 1981, trad. y prólogo de L. E. Palacios.

⁷⁴ J. FERRATER MORA: *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1981, pp. 2780 y ss.

y no de otra distinta.⁷⁵ Figa Faura distingue, a este respecto, dos tipos fundamentales de razón suficiente, la razón del ser y la del deber ser, y afirma que de un ser no puede pasarse a un deber ser, ni a la inversa, es decir, que un hecho no puede ser nunca razón suficiente de una norma. Según este autor, la razón suficiente de una norma no puede ser más que otra norma, con sus dos partes, fáctica y normativa. Frente a esta opinión, Feliciani distingue entre *ratio legis* y *lex*, de acuerdo con la mayoría de la doctrina canonista, y afirma que *non tutto ciò che risponde alle esigenze della 'ratio' è legge*.⁷⁶ Figa Faura recoge como acepción usada de la *ratio legis* la de *causa legis* (pues, como la causa debe ser razonable, convergen los conceptos de *ratio* y de causa), pero señala que mientras uno tiene carácter subjetivo y es un elemento dinámico, que mira al futuro, el otro tiene carácter objetivo y es un elemento estático, que mira al pasado. Para Figa Faura, la *ratio legis* es la causa final, pero no la *última ratio* o causa última. A diferencia de ésta, que puede ser jurídica, política, moral, religiosa..., la *ratio legis* ha de ser siempre jurídicas.⁷⁷

c) La *ratio legis* como el objeto de la ley. Ya no se trataría ni del por qué ni del para qué, sino del “qué”. Se buscarían los intereses jurídicamente protegidos, teniendo en cuenta, además de la construcción lógica de la norma, el ambiente social en el que la misma está destinada a operar.⁷⁸

Por lo que respecta al supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica, como ya dijimos al hablar de la norma jurídica como juicio hipotético, éstos son de la forma “si es A” (supuesto de hecho)... “debe ser B” (consecuencia jurídica). El vínculo que une ambos es una relación de imputación frente a las leyes físicas, en las que el vínculo es de causalidad.

Las características diferenciadoras de la norma jurídica son, según Albaladejo,⁷⁹ las siguientes: la coercitividad, la imperatividad, la generalidad y, aunque

⁷⁵ L. FIGA FAURA: “La analogía”, en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil*. Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1975, pp. 47 y ss.

⁷⁶ G. FELICIANI: *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 50 y ss.

⁷⁷ Como exponente de una concepción intermedia entre la a) (para qué) y la b) (por qué) puede citarse la de Betti, el cual distingue según se considere la ley como hecho histórico, en cuyo caso su *ratio* viene dada por el fin en vista del cual fue promulgada, o como expresión actual de una exigencia perenne no agotada. Entonces la *ratio* viene dada por su fundamento actual, ya lógico ya axiológico: E. Betti: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos (Teoría General y Dogmática)*, Madrid, Edersa, 1975, trad. cast. de J. L. De los Mozos, pp. 158-161.

⁷⁸ G. GALLONI: *L'interpretazione della legge*, op. cit., p. 140. M. Calvo García: “Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. III, 1986, p. 106. J. Esser: *Principio y norma...*, op. cit., p. 327: “En la jurisprudencia continental es un mérito de WACH haber descubierto la autonomía de la *ratio legis* frente a la *intentio legislatoris*. Interpretar la ley no significa escudriñar y descubrir una voluntad que ha sido la fuente de la palabra, sino una voluntad que constituye el contenido de la ley”.

⁷⁹ M. ALBALADEJO: *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. vol. 1º Introducción y Derecho de la persona*, Barcelona, Bosch, 1989, pp. 22-24.

ello es discutible, la legitimidad. De la coercitividad hemos hablado ya al distinguir la norma jurídica de la moral. Es precisamente el carácter coactivo o no la principal diferencia entre ambos tipos de normatividades. La imperatividad deriva de que la norma jurídica es un precepto, que manda o prohíbe algo. Ello no quiere decir que la misma genere sólo deberes de cumplir lo mandado, sino normalmente también derechos a que se cumpla lo debido (*Ius et obligatio sunt correlata*). En este sentido puede hablarse de dos tipos de eficacia de la norma: la obligatoria, que implica el deber de cumplirla, y la sancionadora, que conlleva una reacción en caso de incumplimiento, a través de una conducta sustitutoria.

Por lo que se refiere a la generalidad,⁸⁰ la norma es un mandato general (*Ius est commune preceptum. Iura non in singulas... sed generaliter*). Esto implica abstracción, hipótesis no individualizada para una persona particular o para un caso o relación determinados. Cuando falta la generalidad no hay norma o disposición, sino acto o resolución, aunque adopte la forma de las leyes en sentido verdadero o material. De aquí la distinción entre leyes en sentido material, las normativas, y leyes en sentido formal, las no normativas, cuyo contenido es un mero acto administrativo individual. Por ejemplo, la ley que concede una pensión extra a la viuda X o el decreto nombrando gobernador a Y.

Por el grado de generalidad cabe distinguir varios tipos de reglas. En primer lugar está la distinción entre normas generales e individuales,⁸¹ según la extensión del precepto por razón del sujeto. Las primeras se dirigen a toda clase de individuos que se encuentren en la misma situación (“Si es A —a+b+c...— deber ser B —a'+b'+c'...—”). Las segundas, por el contrario, se destinan a un sujeto determinado. Se llaman también mandatos u órdenes. Son de la forma “Si es A —a, b, c,...— debe ser B —a', b', c',...—” La generalidad responde a una exigencia de igualdad frente a la arbitrariedad y la injusticia. Ejemplos de normas generales serían la constitución, las leyes ordinarias, los reglamentos, etc. Cada acto de concreción establece un “plus” de contenido sobre la regla más general. Ejemplos de disposiciones individuales serían los contratos, que en nuestro Derecho, según el artículo 1091 del Código Civil, son ley entre las partes contratantes; las disposiciones administrativas o una sentencia judicial. La existencia de normas individuales ha sido discutida. Así Suárez consideraba la generalidad como carácter de todo precepto jurídico. Aunque las reglas individuales han tenido gran trascendencia histórica en la elaboración del Derecho, por ejemplo en el Derecho Pretorio, es mérito de Kelsen su aceptación. También tuvo importancia en su recepción la llamada Escuela del Derecho Libre.

Asimismo cabe distinguir por el grado de generalidad entre las normas abstractas y las concretas. La distinción se hace aquí en atención no al sujeto,

⁸⁰ Sobre el tema vid A. MONTORO BALLESTEROS: “Significación y límites del carácter general y abstracto de la norma jurídica”, en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, II, Universidad de Valencia, 1977, pp. 1-30.

⁸¹ G. LUMIA: *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, Madrid, Debate, 1973, pp. 38-40.

sino al objeto, según que el precepto regule toda clase de acciones que tengan el mismo contenido o una acción particular. La abstracción responde a la exigencia no ya de igualdad, sino de certeza del Derecho.

De la misma manera, el grado de generalidad permite diferenciar la norma normal, común, regular o general de la norma excepcional o singular, por un lado, y de la especial, por otro. La diferencia entre el Derecho especial y el Derecho excepcional puede hacerse fundamentalmente en base a tres criterios: el cualitativo, el cuantitativo y el de la extensibilidad. Según el primero la norma excepcional deroga, se opone al principio de la norma general, mientras que la especial se aparta del supuesto ordinario para mejor aplicar el principio que lo preside. Desde el punto de vista cuantitativo, las normas excepcionales son, como su propio nombre indica, unas pocas reglas al margen, mientras que las especiales pueden ser un nutrido grupo, un pequeño subsistema dentro del sistema general, por ejemplo la Ley Hipotecaria dentro del Derecho Civil. En cuanto al tema de su extensibilidad, mientras las normas excepcionales no pueden ampliarse por analogía, si bien sí por interpretación extensiva, las especiales también admiten la aplicación analógica.

Un tipo particular de norma excepcional es el privilegio. Existen dos acepciones del término. En sentido amplio significa norma jurídica favorable, por concesión de una ventaja o exención de una carga, por ejemplo determinadas exenciones fiscales. En su vertiente estricta supone una disposición individual (*lex in privos data*), sea favorable u odiosa. El Derecho medieval se basaba mucho en los privilegios. Después de la Revolución francesa, con el lema "libertad, igualdad, fraternidad", son de carácter menos frecuente.

Decíamos al principio, por lo que respecta al cuarto carácter de las normas, la legitimidad, que ésta es una nota discutible. En efecto, todo depende de si adoptamos una perspectiva iusnaturalista o positivista. Para un iusnaturalista el Derecho injusto no es Derecho, sino un mandato tiránico. Para un iuspositivista, por el contrario, la norma injusta es Derecho, aunque injusto. La concepción positivista estima que la legitimidad, o conformidad de la norma con la idea de justicia, es una nota que sólo se requiere para que la misma sea justa, pero no para que sea Derecho positivo. Sería una visión amplia del Derecho, que consideraría como tal todas las normas jurídicas que se ajusten a los criterios formales de validación, aunque puedan atentar contra la moral de la sociedad. El concepto iusnaturalista sería un criterio más restringido, que exigiría también en cuanto al contenido una inspección material que certifique que la norma no es moralmente ofensiva. Las ventajas de inclinarse, como buen positivista, por el primer criterio son que adoptar el punto de vista restringido excluiría del campo del conocimiento jurídico las normas inicuas. Además, no sólo desde una consideración gnoseológica, sino también a la hora de fundar la desobediencia al Derecho cuando la Moral lo exija es mejor el primer planteamiento, pues no por ser válida una cosa se resuelve de forma definitiva la cuestión de su obediencia, lejos de servir a la observancia incondicional del orden establecido.

C) *Consideración analítico-lingüística de la norma jurídica en relación con las funciones del lenguaje*

Este epígrafe estudia las normas desde una óptica meramente formal, para hacer referencia exclusiva a su estructura lógico-lingüística. La norma jurídica estudiada desde esta perspectiva constituye el objeto de la Teoría General del Derecho, frente al punto de vista del contenido, que es tratado por la Dogmática Jurídica, la cual tiene una tarea exegética del significado de las normas, y sistemática, de reagrupación de las mismas. Desde la perspectiva lingüístico-formal la norma jurídica es una proposición, es decir una secuencia de palabras dotada de significado. Cosa diferente son los enunciados, como conjunto léxico-sintáctico de signos lingüísticos con los que se expresa la proposición. Una misma proposición puede expresarse con enunciados distintos y un mismo enunciado puede expresar proposiciones diferentes.⁸²

El problema de las normas jurídicas remitiéndose a las teorías del lenguaje⁸³ y a sus diferentes funciones es una vía de estudio de la que cada vez se hace más uso en Italia, especialmente desde la introducción, principalmente por Bobbio y Scarpelli en la década de los cincuenta, de la temática del análisis del lenguaje, propia de las diferentes filosofías neoempiristas, desde el Positivismo Lógico a la Filosofía Analítica. Esta perspectiva lingüística de abordar el problema de la norma jurídica no es una novedad sustancial, sino que presenta sólo alguna singularidad, pues ya en un pasado muy lejano se hablaba del Derecho como conjunto de mandatos y órdenes y de la imperatividad como una de sus características diferenciadoras, siendo esta tarea preceptiva una de las funciones del lenguaje. Pero sólo ocasionalmente se han ocupado los juristas de la imperatividad separándola de la obligatoriedad. Es precisamente uno de los objetivos de este estudio de la norma desde el punto de vista de las funciones del lenguaje distinguir la noción empírica de función prescriptiva de las nociones-idea de deber ser, norma y obligatoriedad, pues una noción fáctica no puede reemplazarse nunca por una noción-idea.

Desde esta óptica puede decirse que la norma es un enunciado lingüístico preceptivo. Existen además otra serie de cometidos del lenguaje como son la función semántico-representativa, la emotiva y la expresiva. Haciendo un estu-

⁸² G. LUMIA: *Principios de Teoría...*, op. cit., pp. 27 y ss.

⁸³ Sobre el tema de la relación Derecho y lenguaje *vid.* entre otros J. R. CAPELLA: *El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Barcelona, Ariel, 1968. R. Badenet Gasset: "Lenguaje y Derecho", en *Revista Jurídica de Cataluña*, I, 1973, pp. 63-82. R. Carrión-Wan: "Una semiótica del discurso jurídico", en *Cuadernos de Semiótica Jurídica*, 1984, 4, R. Guastini: *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Torino, Giappichelli, 1985; "Intorno all'uso di 'norme' nel linguaggio giuridico", en *Nuova Civiltà delle Machine*, 1985, N° 3-4, pp. 47-54. K. Opalek: "Les normes, les énoncés sur les normes et les propositions deontiques", en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 17, 1972, pp. 355-372. Z. Ziembinski: "Le langage du Droit et la langue juridique. Les criteres de leur discernement", en *Archives de Philosophie du Droit*, XIX, 1974.

do paralelo de cada una de ellas, podemos afirmar lo siguiente: La función preceptiva actúa sobre la voluntad, suscita impulsos de actuar, hace hacer; la función semántico-representativa incide sobre la fantasía, suscita imágenes y conceptos, hace saber; la función emotiva opera sobre el sentimiento, provoca estados de ánimo, hace sentir; y la función expresiva actúa sobre el intelecto y hace creer. La principal diferencia entre la función expresiva y la emotiva es que la primera revela sentimientos del emisor, mientras que la segunda suscita los mismos en el receptor. Aunque normalmente suelen coincidir, no necesariamente lo que se suscita es lo que se pretende. Una proposición descriptiva puede ser verdadera o falsa, mientras que de las proposiciones prescriptivas se habla como válidas o inválidas, eficaces o ineficaces, justas o injustas. Son válidas cuando emanan del sujeto provisto de autoridad y en la forma establecida al efecto, eficaces cuando son obedecidas por los destinatarios primarios y secundarios, y justas cuando su valor intrínseco se adecua a la idea de justicia, cuando son conformes a un hipotético Derecho Natural. Tradicionalmente, desde Karl Bühler en su *Sprachtheorie* de 1918, las funciones del lenguaje eran tres: descriptiva, preceptiva y expresiva. Esta otra clasificación que hemos reproducido se debe a Pattaro en Italia,⁸⁴ y tiene como peculiaridad el tomar como punto de vista para caracterizar las mismas no al emisor, sino al receptor.

Las expresiones preceptivas tipo son los imperativos, aunque también cumplen tal función el futuro de indicativo, o el presente de indicativo con el verbo deber, si bien el indicativo es más típico de las expresiones lingüísticas descriptivas. El precepto sería la expresión lingüística idónea para suscitar directamente impulsos volitivos en el receptor. Un tipo del mismo es la orden o mandato, que es una expresión lingüística producida por uno o varios emisores determinados, que se dirige a uno o varios destinatarios igualmente determinados, concerniendo a uno o varios comportamientos, y que suscita en el receptor un impulso inmotivado de observar el comportamiento representado por la misma. El mandato es apodíctico, irrelato e inmotivado. La diferencia entre el mandato u orden y la norma jurídica ha sido estudiada, entre otros, por la Escuela de Uppsala, fundada por Axel Anders Hägerström, así como por el profesor de la Universidad de Lund Karl Olivecrona. La conclusión a que llegan estos autores es que las normas jurídicas son imperativos impersonales. No se basan en una relación personal entre quien los emite y quien los recibe. Por el contrario, los mandatos son de persona a persona (*face to face*). Además aquéllas son juicios hipotéticos, frente a éstos, de carácter categórico, en los cuales carece de sentido su conversión en juicios. Por otro lado en el mandato resulta determinante la utilización de expresiones lingüísticas típicamente preceptivas como el modo imperativo, más que en las normas jurídicas, que, como hemos visto, admiten otras posibilidades.

⁸⁴ E. PATTARO: *Filosofía del Derecho...*, op. cit., pp. 127-166.

5. La ley

A) *Idea general*

Llegamos finalmente al punto de destino que quedamos alcanzar, la ley. La misma es una especie del género norma jurídica. En efecto, aunque toda ley es norma jurídica, no toda norma jurídica es ley. No lo son, por ejemplo, la costumbre y los principios generales del Derecho. Mientras la primera procede del Estado de manera reflexiva y solemne, las costumbres provienen del pueblo de manera espontánea y fáctica, y los principios generales de los jueces y tribunales, que son los que los elaboran al aplicar el Derecho. Por otro lado, el concepto de ley tiene un significado amplio, como norma de Derecho Positivo estatal que abarcaría tanto las disposiciones del legislativo como las del ejecutivo. Pero existe una acepción estricta de ley. Según ésta la misma es la norma estatal de primer rango. Sólo la que emana del órgano legislativo, no los reglamentos del ejecutivo.

B) *La ley en sentido amplio frente a la costumbre y a los principios generales del Derecho*

La ley es la principal fuente del Derecho en los sistemas romano-germánicos, frente a los sistemas anglosajones, en los cuales destaca el papel de la jurisprudencia, del precedente judicial del *case law*. En dichos sistemas continentales fue decisivo en la elaboración del concepto un doble fenómeno, la codificación y el constitucionalismo. La primera se refiere al Derecho privado, mientras el segundo se ocupa del Derecho público. Pueden señalarse una serie de fases previas a la codificación. En primer lugar, la legislación, como presupuesto de ella, pero que no la comprende. En segundo término, la compilación o recopilación, como fenómeno históricamente previo, que consiste en la mera aglutinación o yuxtaposición de normas por orden cronológico, pero no sistemático. Finalmente, llegamos como último estadio a la codificación, como reunión de todas las leyes de un país y rama jurídica en un solo cuerpo legal con una unidad y una forma sistemática, como se manifiesta en la estructura de los códigos en libros, secciones, capítulos y artículos; en su lenguaje preciso, definitivo, no descriptivo, *more geométrico demonstrato*. La codificación entraña ventajas e inconvenientes. Entre los segundos se encuentra el hecho de que la aparición de un Código suele ir unida a la creencia en la omnipotencia del legislador, que paraliza las otras fuentes de producción del Derecho. Se origina así un desfase entre la realidad jurídica y la realidad social, una estatificación del Derecho, frente a la dinámica social. Aunque haya modificaciones y revisiones actualizantes a través de leyes especiales, éstas quiebran la unidad del sistema. Por el contrario, como ventaja, la codificación presenta la seguridad jurídica, puesto que facilita el conocimiento y aplicación prácticos del Derecho y la elaboración de los principios generales.

Como causas tanto de la codificación como del constitucionalismo en el siglo XIX se encuentran doctrinas filosóficas y jurídicas como el Racionalismo, el iusnaturalismo, la Ilustración, como fenómeno político y modo de sentir la vida; una concepción sistemática del Derecho manifiesta, por ejemplo, en la Jurisprudencia de Conceptos de Puchta y Windscheid o en las obra de Leibniz y Wolff, frente al casuismo analítico de los siglos XIII a XVII; la Revolución francesa y su motor, el individualismo; y asimismo la constitución de las grandes nacionalidades modernas. La clase impulsora de estos movimientos es la burguesía. Estos fenómenos, codificación y constitucionalismo, no se consideran como culminación de un proceso, como antes el Código de Hammurabi o el *Corpus Iuris* de Justiniano, sino el punto de partida para un Derecho mejor, para un Derecho nuevo. Ambos se caracterizan por ser movimientos de secularización y sistematización del Derecho, donde se da un predominio de la ley escrita, fruto de la razón. Se basan en la soberanía del poder legislativo como directamente representativo de la soberanía nacional.

Manifestación de este predominio de la ley en los Derechos romano-germánicos es el principio de legalidad. Por tal podemos entender en sentido amplio y algo impropio aquel común a estos sistemas, frente a los del *case law*, de carácter jurisprudencial. En sentido más estricto este *regne de la loi* tiene diversas manifestaciones: 1) Como principio de legalidad penal, ya enunciado por Beccaria en su obra "De los delitos y de las penas": *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale*, según el cual nadie puede ser condenado por algo que en el momento de cometerse no estuviese tipificado penalmente; 2) Como principio de legalidad administrativa, conforme al cual la actividad de la Administración Pública no puede ser arbitraria sino que debe someterse a la ley; 3) Finalmente, en su sentido más típico el principio de legalidad supone la sumisión del poder legislativo, de la ley a la constitución, tarea por la cual vela el Tribunal Constitucional.

C) La ley en sentido estricto frente a los reglamentos

La ley en su acepción técnica es la que proviene del poder legislativo. Se opone así a las "leyes" del Ejecutivo como los reglamentos. Éstos, a su vez, se subdividen en decretos, cuando provienen del Gobierno, y órdenes ministeriales cuando lo hacen de la Administración. No hay que confundir estos decretos a secas con los llamémosles decretos "con apellido", como son los decretos-ley y los decretos legislativos. La principal diferencia entre ellos es que su rango jerárquico es distinto. Mientras los decretos sin más son, como hemos dicho, reglamentos, los decretos-ley y legislativos tienen rango de ley ordinaria. Esta mayor jerarquía se explica por la situación en que se han dado. En un supuesto, el del decreto-ley, es en circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad. En el otro, el de los decretos legislativos, es en un caso de delegación legislativa, delegación que habrá de otorgarse de forma expresa, para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio, y que se agota con el uso que de ella se haga, no cabiendo la subdelegación.

II. LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Para responder a este enunciado coherentemente es adecuado partir de un postulado positivista, el de la regla de reconocimiento como clave de la validez del Derecho.⁸⁵ Según la concepción clásica de la misma ésta es una costumbre y, como tal, crea Derecho. De aquí que podamos afirmar que el problema de la validez jurídica se reconduce, a la postre, al tema de las fuentes del Derecho.

Como tal costumbre, la regla de reconocimiento comprende en sí dos elementos, la *opinio iuris* y el uso. Por su parte, la *opinio iuris* puede reconducirse al concepto tradicional de *Grundnorm* kelseniana, como postulado teórico, a modo de convicción de que ese uso es Derecho.⁸⁶ Esto puede hacernos cuestionar el carácter normativo de la *Grundnorm* y llevarnos a considerarla como un postulado en el plano cognoscitivo, de carácter lingüístico y formal, más que material.

La norma básica así entendida, como costumbre, cumple su función en la argumentación jurídica desplegada por los órganos aplicadores del Derecho. No se aplicaría directamente, porque para que el uso o hecho caiga dentro del ámbito jurídico es preciso que se configure como supuesto de hecho de una norma, al que se atribuya una consecuencia jurídica. El problema es simple a la hora de aplicar una costumbre ya existente, pero entendemos que la labor del juez va más allá de la mera subsunción, hasta la elaboración de auténticos test de validez sobre la propia existencia de esa costumbre potencial.

Podríamos pensar que la norma fundamental es producto teórico de los científicos del Derecho, que a lo largo de la historia del pensamiento jurídico han venido sosteniendo su existencia. Es la primera posibilidad.⁸⁷ Pero podemos también considerar que dicha regla es el resultado práctico de aplicar el

⁸⁵ Son de destacar en este tema tres estudios, uno el ya mencionado de J. A. RAMOS PASCUA sobre la regla de reconocimiento; otro de D. Cracogna: Regla de reconocimiento y norma básica, en H. L. A. Hart y el concepto de Derecho. Revista de Ciencias Sociales. Valparaíso, 28, 1986, pp. 367-387; y el tercero de J. R. de Páramo: "La regla de reconocimiento en la teoría de H. L. A. Hart", en Anuario de Filosofía del Derecho, 1990, pp. 559-566.

⁸⁶ De este modo se soluciona el problema planteado por RAZ (en N. E. Simmonds: "Legal validity and decided cases", en Legal Studies, 1981, vol. I, pp. 34-35 de que como la regla de reconocimiento es en sí misma una costumbre judicial no puede conferir ningún *status* especial a las demás costumbres jurídicas. Si lo podría hacer ya que, a diferencia de éstas, en aquella la *opinio iuris* sería la *Grundnorm*.

⁸⁷ A este respecto dice C. S. NINO: *La validez del Derecho*, op. cit., p. 23: "Un punto crítico en el cual Harris se aparta de Kelsen es en su tesis de que no sólo los juristas sino también los jueces deberían presuponer la norma básica. Aun cuando Kelsen no es muy claro sobre esto, dudo mucho que le entusiasmara la extensión de la clase de personas que deberían aceptar la norma básica; una cosa es 'razonar' teóricamente de acuerdo con la presuposición de que un sistema eficaz está justificado y otra cosa es 'actuar' según esa prescripción".

juez una determinada práctica como jurídica.⁸⁸ El carácter primero, de tipo teórico, correspondería a la *Grundnorm*. El carácter segundo, de tipo práctico, a la *rule of recognition*. La primera sería el elemento espiritual de la segunda.

No se trata, por tanto, de que el juez aplique la regla de reconocimiento, a modo de costumbre ya existente, sino de que aplique la *Grundnorm*, creando en ese momento una costumbre antes inexistente, la regla de reconocimiento. La *Grundnorm* tendría función más bien identificadora, la *rule of recognition* da un paso más y crea un Derecho hasta entonces sólo existente potencialmente. Una se sitúa antes del Derecho o, al menos, fuera de él. La otra lo hace en el propio nacimiento del Derecho. La primera es una norma presupuesta, al modo en que Kelsen la configura. La segunda es una norma puesta, una norma positiva, como Hart quería.

Esto nos permite, hasta cierto punto, dar una salida satisfactoria al problema de la circularidad de la validez, al de su regreso al infinito y al de basar el deber ser en el ser. Mientras el Derecho no es tal se identifica respecto de algo exterior a él. Una vez nacido, existe como tal en virtud de algo intrínseco a él.

Hay que aclarar que por ahora nos hemos referido únicamente a la que podríamos calificar como fase primera de la vida del Derecho, su creación. Aquí es donde se verifican las pruebas de acceso a la categoría de Derecho. Una vez nacido el Derecho se pasa a la segunda etapa, que, también protagonizada por el juez, se refiere a la aplicación en sentido estricto, es decir, a la respuesta por el Derecho a las necesidades de la vida real. Podríamos preguntarnos aquí cuál es la misión del legislador y si no le corresponde más a él que al juez crear el Derecho. Es cierto que es el órgano legislativo, a través de determinado procedimiento, el que crea el Derecho. Pero esto no supone nada nuevo. Ya Kelsen configuraba la validez como la producción por el órgano competente y en la forma adecuada. Lo hasta aquí dicho se refiere a la hora de fundar la validez de la última norma, o si se prefiere, de la primera. Y esto, aunque parezca paradójico, lo realiza constante, aunque tal vez inconscientemente, el aplicador del Derecho. En efecto, cada vez que aplicamos el Derecho legal, indirectamente estamos aplicando toda la cadena de validez y, como tal, también su norma última.

Puede distinguirse, así, entre una aplicación-creación o recreación de la regla de reconocimiento, como Derecho consuetudinario, a la que aquí nos hemos referido, y una aplicación-aplicación del resto del ordenamiento jurídico como tal. En el estudio de esta última no entramos por exceder del ámbito de este trabajo.

⁸⁸ R. J. VERNENGO: "Validez y verdad en la 'Teoría General de las Normas' de Hans Kelsen", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1985, 25, p. 16: "Ello significa... que la cadena de validez puede consistentemente remontarse a una *Grundnorm* aceptada por la jurisprudencia teórica dominante (o a una regla de reconocimiento vigente, según otra versión corriente del positivismo)".

III. LA COMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO POR LA JURISPRUDENCIA

Pero habría incluso una tercera fase, producto de las dos anteriores. La misma estaría protagonizada no por el Derecho legal, ni por el Derecho consuetudinario, sino por el, en una acepción amplia y algo impropia, llamado Derecho jurisprudencial. En este sentido, ¿qué es la jurisprudencia sino una costumbre judicial? Esto es más claro en los sistemas de Derecho anglosajón, en los que el precedente es no sólo fuente del Derecho, sino la principal fuente del mismo. Por el contrario, en sistemas de Derecho Continental, como el español, su función es la de mero complemento. Hay que llamar la atención sobre el hecho de que el Código Civil en su Título preliminar, tras la reforma de 31 de mayo de 1974, habla de complementar y no de completar como función de la jurisprudencia.

Es decir, que la tarea del juez, sería en tres sentidos: 1) Creando la *rule of recognition*; 2) Aplicando el Derecho legal y consuetudinario; 3) Complementándolo a través del Derecho jurisprudencial. Esto es válido tanto si consideramos la jurisprudencia como ciencia (Roma), como fenómeno judicial (Francia), o como método (Inglaterra).

Además, hay que tener en cuenta que la regla de reconocimiento, al configurarse como una costumbre judicial incorpora ya en sí, como tal una serie de pautas de validez. Así, por ejemplo, su racionalidad; su proyección hacia el pasado, como justificación, y hacia el futuro como predicción, al modo entendido por los realistas norteamericanos; su carácter de *standard* jurídico, que evita las decisiones basadas en convicciones morales o políticas personales; el principio de "justicia formal" (que casos semejantes sean tratados de manera semejante); y el principio de jerarquía entre los diversos tribunales.⁸⁹ Todo esto va implícito en el concepto de *rule of recognition* como costumbre judicial.

Otros puntos inherentes a la misma como tal son, según Nino, los siguientes: 1) La resolución judicial sobre si una norma concuerda con otra superior es constitutiva de tal hecho y no declarativa de un hecho preexistente; 2) Las normas sobre las que no se ha pronunciado ningún juez serían, al menos temporalmente, válidas; 3) Las normas generales no pueden ser invalidadas de forma completa por vía judicial, sino solo para el caso concreto de que se trate.⁹⁰

Vemos así conjugados los distintos planos del Derecho, el del deber ser y el del ser. Podríamos preguntarnos en qué momento y lugar intervienen los valores en el proceso descrito. La respuesta sería nunca, en un sentido material, y siempre, en un sentido formal. En efecto, para no caer en los inconvenientes del Iusnaturalismo, no debemos confundir la validez, o existencia del Derecho, con su justificación, o existencia como Derecho bueno. Pero, tanto la costumbre, a través de la *opinio iuris*, como la argumentación jurídica, a través de la *ratio legis o iuris*, o la jurisprudencia, mediante la *ratio decidendi*,

⁸⁹ N. E. SIMMONDS. "Legal validity and decided cases", cit., pp. 35-36.

⁹⁰ C. S. NINO: *La validez del Derecho*, op. cit., p. 31.

incorporan al Derecho el elemento valorativo, en la medida en que toda elección supone, aunque sólo sea formalmente, una toma de posición.

IV. LA VERIFICACIÓN DEL DERECHO

Pero observemos bien que la jurisprudencia, obtenida a través de la argumentación jurídica, no es una norma jurídica, sino una máxima de decisión, es decir, la combinación de un hecho y una consecuencia jurídica, pero que no constituye ni una ley, ni una costumbre, ni un principio general del Derecho. Es sólo una máxima judicial. Podríamos, por tanto, en la línea de Farrell, ir más allá del Derecho válido y del Derecho vigente y buscar el auténtico Derecho verificado, es decir, confrontado con los verdaderos hechos. La clave no es la sentencia, sino que parte de ella. Habría, pues, una cuarta fase, junto a las de creación, aplicación y complemento, la de verificación. Ésta se situaría ya en el plano de los hechos en sentido estricto, pero considerando éstos no como principio del Derecho, sino como constatación *a posteriori* del mismo.

Martín Diego Farrell⁹¹ ensaya una nueva teoría realista, superadora de las insuficiencias del realismo jurídico hasta entonces existente, así como de las de la norma básica. Según su concepción dicha norma sería un axioma, lo que en griego significa raíz de un desarrollo evidente por sí mismo, cuya validez no puede ser probada dentro del mismo sistema. Además, con el carácter de axioma se explicaría la característica de la norma básica de convertirse en determinado momento en norma positiva, al igual que un axioma de un sistema determinado puede convertirse en teorema de otro, es decir, en una proposición que afirma una verdad demostrable. Esto ocurriría, por ejemplo, cuando se consideran conjuntamente el ordenamiento jurídico nacional y el internacional. Para Farrell el orden internacional tendría mayor jerarquía que los sistemas nacionales, siendo la norma básica de un orden nacional (axioma), norma positiva del Derecho Internacional (teorema). Se la conoce como principio de efectividad y estipula el reconocimiento de aquellos gobiernos que hubieran conseguido obediencia generalizada. No obstante, esto no eliminaría el problema de la norma básica, el cual seguiría existiendo, aunque referido ahora al orden internacional.

Otras ventajas de la teoría del axioma de Farrell son que los axiomas dan unidad al sistema, pudiendo derivarse de ellos deductivamente los demás enunciados del mismo. Además, al poder elegirse los axiomas arbitrariamente y sin un contenido determinado, la norma básica hubiera evitado su contaminación fáctica. Pero, aún como axioma, la teoría de la norma básica estaría

⁹¹ Seguimos básicamente las siguientes obras del autor: M. D. FARRELL: *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea, 1972, pp. 14 y ss., esp. 61-67; *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979; y M. D. Farrell-E. Grün: "Problemas de verificación en el Derecho", en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 55-75.

viciada para el realismo, por moverse en el plano normativo. Farrell va más lejos y afirma que incluso el realismo de Ross sería incorrecto, pues relaciona una norma jurídica no con un hecho, sino con otra norma. La diferencia sería que en el positivismo ésta sería una norma jurídica superior (la Constitución), mientras que en el realismo sería una norma jurídica inferior (la Sentencia).

Pero esta tesis, a primera vista sostenible, sería, a nuestro juicio, susceptible de crítica al menos en tres sentidos. En primer lugar, respecto a aquellos sistemas jurídicos continentales en los que, a diferencia de los países anglosajones, la jurisprudencia, y por tanto la sentencia, no es fuente del Derecho. En segundo término, cabría preguntarse qué pasaría con las sentencias absolutorias, que sólo aplican y no crean Derecho. Si se entiende como criterio distintivo del mundo jurídico la sanción, sólo las sentencias condenatorias serían fuente del Derecho y, por tanto, verdaderas normas jurídicas. En tercer puesto cabe cuestionarse igualmente el carácter de norma jurídica de las sentencias obedecidas, pues las mismas no serían sino duplicación de una norma jurídica ya existente y no normas en sí. Sólo las sentencias desobedecidas serían válidas como normas jurídicas, pero entonces no tendrían relación con los hechos.

Ajeno a esto, Farrell, a la vista de lo que él consideraba el falso realismo jurídico, se lanza a la búsqueda de un tipo de realismo auténtico, basado en verdaderos hechos. El fundamento filosófico de su teoría se sitúa en el Positivismo lógico de Schlick o Ramsey, para los cuales las leyes naturales son modelos o esquemas abstractos, funciones proposicionales, que se concretan en proposiciones singulares, que pueden ser verificadas. Si esto se aplica al campo del Derecho, las leyes jurídicas serían también funciones proposicionales inverificables. Las leyes, normas generales, no se verificarían por medio de sentencias, normas individuales ("fenómenos" de Ross), sino a partir de aquéllas. Habría, por tanto, que ver lo que ocurre después de la decisión judicial para hallar los verdaderos hechos, de modo que las proposiciones acerca de las sentencias se verificarían confrontándolas con la realidad, no con otras proposiciones.

Como conclusión podemos afirmar que para Farrell una ley es válida cuando sirve de modelo para construir sentencias que resultan luego verificadas al confrontarlas con los hechos. La ley sería útil para efectuar predicciones. Así como Kelsen hablaba de Derecho válido y Ross de Derecho vigente, Farrell habla de Derecho verificado.