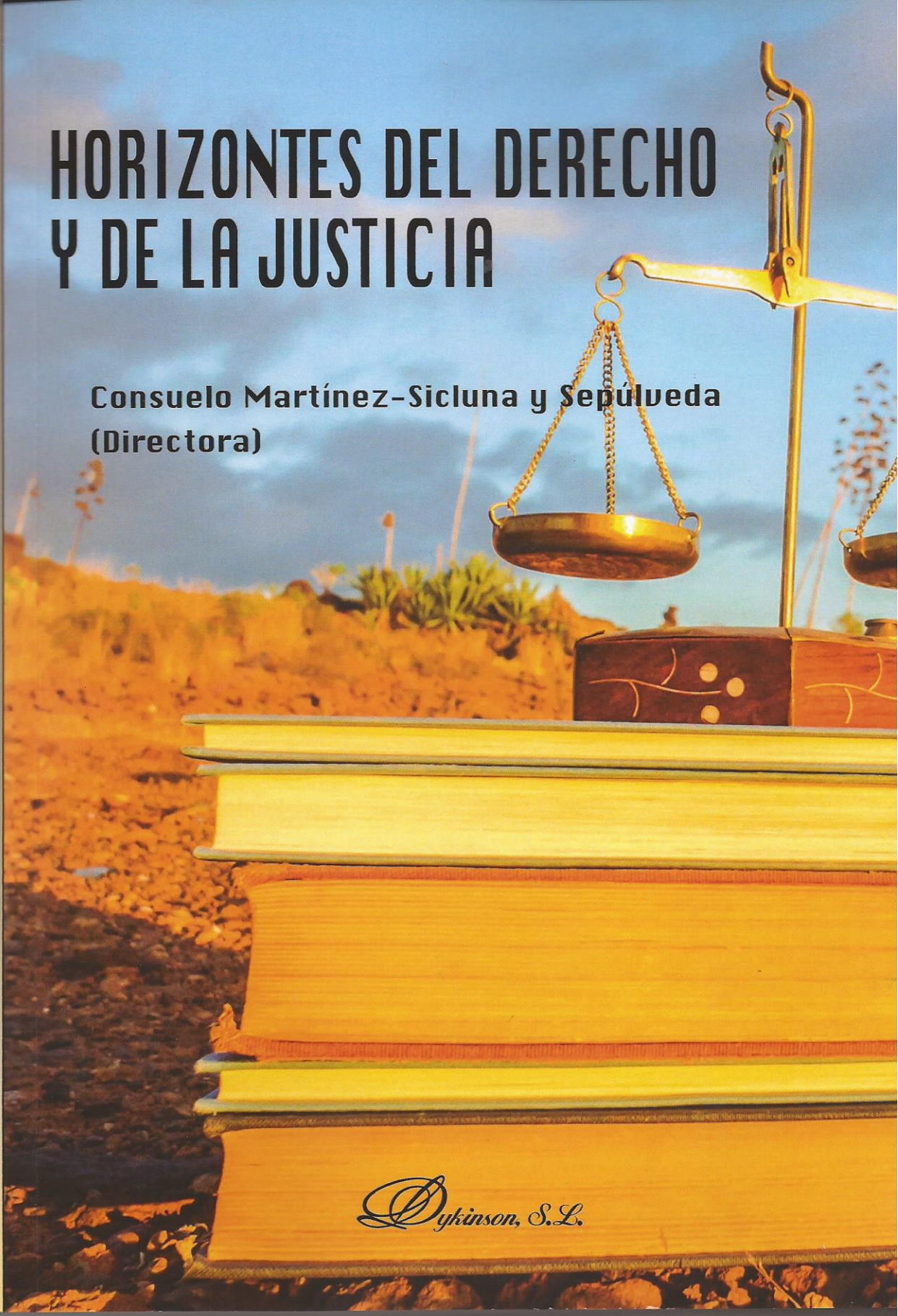


HORIZONTES DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA

Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda
(Directora)



Dykinson, S.L.

HORIZONTES DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA

CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA

(Directora)

LUIS BUENO OCHOA

JUAN LUIS JARILLO GÓMEZ

ANA LLANO TORRES

JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ

M^a CONCEPCIÓN RAYÓN BALLESTEROS

CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA

JOSÉ M^a CARABANTE MUNTADA

JESÚS VÍCTOR ALFREDO CONTRERAS UGARTE

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

© Copyright by
Los autores
Madrid, 2021

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>
Consejo Editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-1377-707-8
Depósito Legal: M-23894-2021

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Impresión: Copias Centro

TEMA I. CONCEPTO DE DERECHO

Consuelo Martínez-Sicilia

- A. CONCEPTO DE DERECHO
 - 1. Concepto de derecho
 - 2. Origen del derecho
 - 3. La relación jurídica
 - 4. La esencia del derecho
- B. EL DERECHO COMO CIENCIA
- C. LOS TEMAS DE FUNDAMENTO
 - 1. Teoría General del Derecho
 - 2. Axiología jurídica
 - 3. Teoría de la norma jurídica

TEMA II. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO

Luis Bueno Ochoa

- A. INTRODUCCIÓN
- B. CONTROVERSIAS EN LAS DEFINICIONES
- C. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO
- D. EL DERECHO COMO CIENCIA
 - 1. El Derecho como ciencia
 - 2. El Derecho como técnica
 - 3. El Derecho como arte
- E. DECÁLOGO DE PRINCIPIOS
- F. PRINCIPALES ÁREAS DEL DERECHO
 - 1. Derecho Constitucional
 - 2. Derecho Administrativo
 - 3. Derecho Penal
- G. CONCEPTOS BÁSICOS

Tema II

Una aproximación conceptual al Derecho

LUIS BUENO OCHOA

A. INTRODUCCIÓN

El recorrido que se va a ver plasmado, como tentativa, para llevar a cabo una aproximación conceptual al Derecho bascula entre la *indefinición* y la *polisemia*. La acción de los contrastes y la sucesión de pistas, tildadas como fiables, desembocan en un muestrario de conceptos cuya aspiración es dar concreción y conferir claridad a eso que podríamos llamar los *rudimentos del Derecho*.

B. CONTROVERSIA EN TORNO AL CONCEPTO DE DERECHO Y SUS POSIBLES DEFINICIONES

Las dos citas colocadas al final del actual epígrafe enmarcan la expresada tentativa de definir al Derecho. Antes, sin embargo, nos limitaremos a tratar de contextualizar y problematizar, tanto desde el flanco de las etimologías como del de las definiciones, la anunciada aproximación al mundo del Derecho.

La acción de contextualizar la cosmovisión jurídica pasa por traer a colación las claves de la civilización occidental así como, en particular, el origen de la *razón práctica*. Xavier Zubiri (1898-1983) fue suficientemente explícito en *Naturaleza, Historia y Dios* (1944) a este respecto: «La metafísica griega, el derecho romano y la religión de Israel (dejando de lado su origen y destino divinos) son los tres productos más gigantescos del espíritu humano [...] Solo la ciencia moderna puede equipararse en grandeza a aquellos tres legados».

La problematización mencionada conllevará dejar «en suspenso», siquiera sea por el momento, la definición de Derecho. Como el análisis etimológico remite, luego de su castellanización, a la voz *directum*, es decir, al «sentido normativo» (mientras la voz *ius* acogería el «sentido subjetivo»), en estos primeros compases ya ha hecho acto de presencia, *mutatis mutandis*, el binomio orden-

justicia. Sin embargo, si problematizar implica, entre otras cosas, ralentizar, no convendrá pasar por alto lo que Martin Heidegger (1889-1976) poetizó: «Toda pregunta, un placer; toda respuesta, un displacer».

La primera cita alerta de la dificultad, si no de la insatisfacción, de la que no consiguen zafarse las definiciones:

La filosofía está llena de definiciones defectuosas, especialmente de las que, si bien contienen, de hecho, elementos de una definición, no los incluyen todos. Si no pudiese utilizarse en absoluto un concepto antes de haberlo definido, mal se presentarían las cosas para todo filosofar. Ahora bien, desde el momento en que pueden utilizarse bien y con seguridad los elementos (de la descomposición) hasta donde alcancen, también pueden emplearse con gran provecho las definiciones defectuosas, es decir, las proposiciones que no constituyen aún definiciones propiamente dichas, pero que son, por otro lado, verdaderas y, por consiguiente, aproximaciones a una definición. En las matemáticas, la definición pertenece ad esse; en la filosofía, ad melius esse. Lograr una definición es algo hermoso, pero suele ser difícil. Los juristas buscan todavía la del concepto de derecho. (Kant, I.: Crítica de la razón pura, Madrid, Taurus, 2005, p. 425).

La segunda cita nos prepara para afrontar la oscuridad que se desprende de las supuestas revelaciones que, entre la elocuencia y la pasión, tratan de convencernos sobre las verdades del Derecho:

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta "¿qué es derecho?". Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medioeval acerca de la "naturaleza" del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas "¿qué es química?" o "¿qué es medicina?", como la hay para responder a la pregunta "¿qué es derecho?". Unas pocas líneas en la primera página de un manual elemental es todo cuanto debe considerar el estudiante de aquellas ciencias; y las respuestas que se le dan son de un tipo muy diferente al de las que recibe el estudiante de derecho. Nadie ha pensado que es esclarecedor o importante insistir en que la medicina es "lo que los médicos hacen respecto de las enfermedades", o "una predicción de lo que los médicos harán", o declarar que lo que comúnmente es reconocido como una parte característica, central, de la química, por ejemplo, el estudio de los ácidos, no es en realidad parte de ella. Sin embargo, en el caso del Derecho, se han dicho con frecuencia cosas que a primera vista parecen tan extrañas como esas, y no solo se las ha dicho sino que se ha insistido en ellas con elocuencia y pasión, como si fueran revelaciones de verdades sobre el derecho, oscurecidas desde tiempo atrás por representaciones

groseramente falsa
Derecho, Buenos A

C. CONTENIDO Y

*La polémica acerca
y/o arte constituye, en
punto de partida, a la b
se esbozará un decálogo*

D. EL DERECHO C

*Tres hitos, o tres
exponerse:*

1. El Derecho c

*La posición de Frie
ca mantenida con Anto
tradición con la famo
(1802-1884) -«tres pa
cas enteras en basura-
cia (1847) y da inicio a
(1881-1973) y, más en*

*Esta hipótesis sobre
noción de pseudocienci
tencia como, por ejemp
píritu, humanas- prece
Rickert (1863-1936).*

2. El Derecho c

*Constituye la hipóte
Derecho se identifica c
ilustrativa la posición
del Derecho de la Univer*

*Apoyándose en las
Mario Bunge, diferen
nológica del Derecho se
gicas no son tan abierta*

groseramente falsas de su naturaleza esencial. (Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 1-2).

C. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO

La polémica acerca de la consideración del *Derecho como ciencia, técnica y/o arte* constituye, ciertamente, un tema de discusión muy socorrido, como punto de partida, a la hora de plantear la definición del Derecho. A continuación se esbozará un decálogo de una (in)definición (i)limitada de Derecho.

D. EL DERECHO COMO CIENCIA, TÉCNICA Y/O ARTE

Tres hitos, o tres hipótesis, son las que, en el orden enunciado, pasan a exponerse:

1. El Derecho como ciencia

La posición de Friedrich Karl Savigny (1779-1861), más allá de la polémica mantenida con Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), entra en contradicción con la famosa alocución del fiscal prusiano Julius von Kirchmann (1802-1884) –«tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura»– en su conferencia titulada *La jurisprudencia no es ciencia* (1847) y da inicio a una senda que culmina, posiblemente, con Hans Kelsen (1881-1973) y, más en particular, con su célebre *teoría pura del Derecho*.

Esta hipótesis sobre la científicidad del Derecho ha de resguardarse de la noción de pseudociencia y cuenta, a su vez, con asideros de innegable consistencia como, por ejemplo, la versión *soft* de las ciencias –de la cultura, del espíritu, humanas– preconizadas por Wilhelm Dilthey (1833-1911) y Heinrich Rickert (1863-1936).

2. El Derecho como técnica

Constituye la hipótesis que cuenta, posiblemente, con más adhesiones. El Derecho se identifica con una “*tékhne*” (τέχνη) y, a este respecto, resulta muy ilustrativa la posición mantenida por Manuel Atienza, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante.

Apoyándose en las características que pasan a relacionarse que, según Mario Bunge, diferencian a la ciencia de la tecnología, la hipótesis técnica/tecnológica del Derecho se va haciendo sitio; a saber: a) Las comunidades tecnológicas no son tan abiertas como las científicas. b) A diferencia del conocimiento

científico, el tecnológico es una mercancía. c) El tecnólogo es básicamente un pragmático. Le interesa la verdad objetiva, no como fin, sino como medio para un fin útil o utilizable. d) Los objetivos de la ciencia incluyen el descubrimiento o uso de leyes, la sistematización en teorías de hipótesis y el refinamiento de métodos. e) La tecnología tiene un componente del que carecen las ciencias: un conjunto de juicios de valor acerca de cosas o procesos, que se formulan a la luz de las metas u objetivos. f) La tecnología moderna se funda en una o más ciencias. Los miembros que componen el campo de la tecnología, cambian, aunque sea lentamente, como resultado de investigaciones y desarrollos.

Así pues, el modelo técnico, en detrimento del científico, exige desplazar el centro de interés de la actividad dogmática de la filosofía de la ciencia a la filosofía de la técnica puesto que el Derecho es un tipo de saber técnico en el que, también al decir de Enrico Pattaro, lo crucial es la "técnica de interpretación".

3. El Derecho como arte

Cabe citar, entre otras, referencias varias a partir, por ejemplo, del *Ars de iure* (1304) de Ramón Llull (1232-1315 ó 1316) para enlazar con autores como Rudolf von Ihering (1818-1892), Francesco Carnelutti (1879-1965), Biondo Biondi (1888-1966) y el romanista español Juan Iglesias (1917-2003).

Refirámonos, sucintamente, a los autores mencionados: a Ihering y a su "ley de la belleza jurídica" cuyo significado sintetizó en las notas de sencillez, claridad, transparencia y naturalidad. A sendas obras de los precitados juristas italianos, *Arte del Derecho* (1949), de Carnelutti, y *Arte y ciencia del Derecho* (1953), de Biondi, que conectan con la definición de Derecho de Ulpiano (¿170?-228) como *Ius est ars boni et aequi* en la que convergen *bonum* (valor moral) y *aequum* (lo proporcional, lo justo). Y, por último, al profesor Iglesias que destacó, digámoslo a modo de colofón, las consideradas herramientas del jurista romano (*intuición, sensibilidad jurídica, sentido realista de la aequitas y experiencia*) en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación titulado *Espíritu del Derecho Romano* (1980), sin que sea discutible el hecho de que, cuanto menos, dos de ellas, la intuición y la sensibilidad jurídica, están sasonadas de cariz artístico.

* * *

Si hubiera que decantarse por alguna de las tres hipótesis objeto de exposición podría ser oportuno hacer una llamada a los *convencionalismos adaptativos*. Y pese a la admonición de Gabriel Marcel (1889-1973), según la cual,

«cuando uno no vive e adaptación aboca al p
mento -idealista- de s

E. DECÁLOGO DE

Se expone un plan
ofrece un catálogo de p
qué no es, el Derecho.

- i) *Law in Books* (1870-1964).
es, para emper
pio de la teoría
el "Derecho p
ticia. El desdo
que recuerda
puede servir p
- ii) *La imagen icón*
ñora con la ven
za y en el otro
del fenómeno
negocial a que
las partes (cfr.
en cambio, la e
coerción, la fue
- iii) *La idea de orde*
la apelación a l
el análisis etim
está recto, dere
den y la justici
tienen por que
Wolfgang von C
te admonición
idea de orden u
nismo innegabl
- iv) *La teoría tradi*
Derecho, a par
norma y/o com
decir, apelando
Iusnaturalismo
constituye una
de proponerme
bido quién ha p

«cuando uno no vive como piensa, acaba pensando cómo vive», la fuerza de la adaptación aboca al predominio –realista– de *se piensa como se vive* en detrimento –idealista– de *se vive como se piensa*.

E. DECÁLOGO DE UNA (IN)DEFINICIÓN (I)LIMITADA DE DERECHO

Se expone un planteamiento que, cobijado bajo la expresión *obiter dicta*, ofrece un catálogo de pistas fiables acerca de qué es y, como acción de contraste, qué no es, el Derecho.

- i) *Law in Books versus Law in Action*. La distinción de Roscoe Pound (1870-1964), comprendida en un famoso artículo aparecido en 1910, es, para empezar, muy reveladora: el “Derecho de papel”, el que es propio de la teoría, el Derecho de los profesores, por una parte; y, por otra, el “Derecho práctico”, el real, el de las salas de administración de justicia. El desdoblamiento entre la teoría y la práctica del Derecho, algo que recuerda a ese otra fractura entre la visión idealista y la realista, puede servir para introducir qué es y qué no es el Derecho.
- ii) *La imagen icónica de la justicia*. La clásica imagen de la justicia, una señora con la venda en los ojos que sujeta en uno de sus brazos una balanza y en el otro una espada, puede, igualmente, arrojar alguna luz acerca del fenómeno jurídico: la balanza, afín a la idea de pacto, a la libertad negocial a que se contrae el principio de autonomía de la voluntad de las partes (cfr. art. 1.255 del Código Civil), remite al Derecho privado; y, en cambio, la espada, que representa la imperatividad y, más todavía, la coerción, la fuerza regulada, nos remite, claro está, al Derecho público.
- iii) *La idea de orden en el Derecho*. La idea de orden, más allá incluso que la apelación a la justicia, es una señal de identidad del Derecho. Incluso, el análisis etimológico proveniente de *Directum* incide, pues, en lo que está recto, derecho; es decir, en lo que no está torcido, desviado. El orden y la justicia, dicho sea de paso, no tienen por qué coincidir, o no tienen por qué hacerlo necesariamente. Bastaría remitirse a Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832) para traer a colación su inquietante admonición: «Prefiero la injusticia al desorden». En conexión con la idea de orden una vez transportada al orbe jurídico, cobra un protagonismo innegable el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).
- iv) *La teoría tridimensional del Derecho*. La teoría tridimensional del Derecho, a partir de la consideración del Derecho como *valor*; como *norma* y/o como *hecho* (o sociedad); o planteado de otra manera, es decir, apelando a las tres grandes tradiciones jurídicas occidentales, *Iusnaturalismo*, *Iuspositivismo* y *Realismo jurídico*, respectivamente, constituye una aportación de indudable impronta pedagógica a la hora de proponernos saber qué es y qué no es el Derecho. Con todo, ha habido quién ha preferido referirse a una *teoría tetradimensional* en lu-

gar de a la teoría tridimensional aludiendo a una cuarta dimensión, el tiempo, inspirándose en la teoría de la relatividad de Albert Einstein (1879-1955). Según Pérez Luño, en el sentido previamente indicado, más que «espacializar el tiempo» la propuesta habría de consistir en «temporalizar el espacio»; de manera que la experiencia jurídica quedase no solo integrada por las dimensiones antedichas –valor, norma, sociedad– sino también por una cuarta, el tiempo o, si prefiere, la historia. La historia habría de ser, por tanto, la que permitiría «temporalizar» a las otras tres dimensiones, contextualizándolas históricamente.

- v) *Impronta de los tria iuris praecepta*. Aun a riesgo de incurrir en un reduccionismo cabría plantear un paralelismo entre los *tria iuris praecepta* de Ulpiano y la mencionada teoría tridimensional del Derecho. Como señala el profesor Sánchez de la Torre en *El Derecho en la aventura europea de la libertad* (1987), «el conjunto de los *tria iuris praecepta* constituye el arquetipo conceptual, y también el arquetipo fundamental, del Derecho». No será difícil advertir, pues, correspondencias entre las tres concepciones –o dimensiones– del Derecho y los tres preceptos de Ulpiano: «Los preceptos del derecho son: vivir honestamente [*Honestae vivere*], no hacer daño a otro [*Alterum non laedere*] y dar a cada uno lo suyo [*Suum cuique tribuere*]» (Justiniano: *Instituciones*, I, 1, 3). El *iusnaturalismo* y la visión axiológica del Derecho se identifican con el primero de los preceptos, *vivir honestamente*. El segundo de ellos, *no hacer daño a otro*, enlaza con la «equidad contractual» y, específicamente, con la visión fáctica y/o sociológica del Derecho a que se contrae la tradición del *iusrealismo*; y, por último, la dimensión distributiva presente en *dar a cada uno lo suyo* tendería a aproximarse, llegado al caso, a una visión normativa del Derecho exteriorizada a través del *iuspositivismo*.

- vi) *El pragmatismo inherente al Derecho*. La llamada al sentido práctico, en conexión, por ejemplo, con la filosofía genuinamente estadounidense –en cuyo caso, deviene obligado citar a Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) y a Oliver Wendell Holmes (1841-1935), entre otros–, debe ocupar un lugar en la actual reseña, o tentativa de itinerario, que hemos llamado decálogo. La idea-fuerza –o *slogan*– de la visión pragmatista podría quedar representada por el axioma «es verdad lo que funciona»; que habremos de asociar, ciertamente, al carácter instrumental o finalista del Derecho. Incluso se podría añadir, para tratar de restar dramatismo y solemnidad, que «el Derecho es para el hombre» y no, desde luego, en sentido contrario, que «el hombre es para el Derecho». La evolución de Ihering, esto es, el tránsito de la *Jurisprudencia de conceptos* a la *Jurisprudencia de intereses* o, dicho de otra forma, el paso del *formalismo* al *antiformalismo*, es una muestra extraordinariamente expresiva del sentido teleológico que envuelve siempre al Derecho. Aprovechemos para decir que la dis-

tinción entre el fondo y la forma es una frase atribuida a el fondo es el que «la forma»
vii) *Quaestio facti* y la *quaestio iuris* al menos tiene *facti* y la *quaestio iuris* sea un auto, ya tica, a los antecedentes, y, finalmente, mente, ficticio reviste la forma sentencias).

viii) ¿Dogmatismo, sostener que, a tivismo y escep hay una sola v que el hombre la formulación mento revista l a citar, de nuev la atención sob ve todo cuanto mentario en pr suficientement mento del ser, e

ix) La tensión lógica antes, interacción para la dialéctica real que ahora reag mos añadir, civ que en lugar de za»; se sustanci la razón» como controversias.

x) Los medios y los tías) y también, resulta esa otra Derecho sustan adjetivo (que se visiones del De procesal), devie

una cuarta dimensión, el
 tividad de Albert Einstein
 do previamente indicado,
 sta habría de consistir en
 experiencia jurídica que-
 antedichas -valor, norma,
 tiempo o, si prefiere, la his-
 que permitiría «temporali-
 zándolas históricamente.
 esgo de incurrir en un re-
 entre los *tria iuris prae-*
 dimensional del Derecho.
 en *El Derecho en la aventu-*
 o de los *tria iuris praecepta*
 en el arquetipo fundamen-
 es, correspondencias entre
 Derecho y los tres precep-
 o son: vivir honestamente
 erum non laedere] y dar a
 Justiniano: *Instituciones*, I,
 ra del Derecho se identifi-
 nestamente. El segundo de
 uidad contractual» y, espe-
 gica del Derecho a que se
 timo, la dimensión distri-
 endería a aproximarse, lle-
 cho exteriorizada a través

amada al sentido práctico,
 genuinamente estadouni-
 a Charles Sanders Peirce
 y a Oliver Wendell Holmes
 lugar en la actual reseña,
 o decálogo. La idea-fuerza
 quedar representada por el
 abremos de asociar, cierta-
 del Derecho. Incluso se po-
 mo y solemnidad, que «el
 nego, en sentido contrario,
 olución de Ihering, esto es,
 a la *Jurisprudencia de inte-*
 malismo al antiformalismo,
 siva del sentido teleológico
 emos para decir que la dis-

tinción entre el formalismo y el antiformalismo o, si se prefiere, entre el fondo y la forma, no es cortante. Bastaría recordar metafóricamente una frase atribuida a Gustave Flaubert (1821-1880), según la cual, si «el fondo es el fuego, y la forma, la llama»; para a partir de ahí colegir que «la forma brota del fondo lo mismo como la llama del fuego».

vii) *Quaestio facti y quaestio iuris*. En la aplicación del Derecho conviven o, al menos tienen que coexistir, los hechos y el Derecho, esto es, la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*. Basta ojear cualquier resolución judicial, ya sea un auto, ya sea una sentencia, para comprobar que a la relación fáctica, a los antecedentes de hecho, le seguirá la fundamentación jurídica y, finalmente, como si de un silogismo (al menos aparente o, simplemente, ficticio) se tratara, resulta una conclusión (léase decisión) que reviste la forma de parte dispositiva (en los autos) y de fallo (en las sentencias).

viii) ¿Dogmatismo, relativismo o escepticismo? Epistemológicamente cabe sostener que, atendiendo a la triple distinción entre *dogmatismo*, *relativismo* y *escepticismo*, el Derecho habría de sintonizar con afirmar que hay una sola verdad, o que puede haber varias, o, en última instancia, que el hombre es incapaz de conocer la verdad y debe conformarse con la formulación interina, provisional, transitoria, de lo que en cada momento revista la forma de solución o resolución. Sería de recibo volver a citar, de nuevo, a Oliver Wendell Holmes y, más en concreto, llamar la atención sobre el cáustico *Bad man* y el «ácido cínico» que envuelve todo cuanto esté relacionado con el Derecho para engrosar el argumentario en pro de la determinación escéptica, al advertir, si se repara suficientemente en ello, el predominio de la esfera del *parecer* en detrimento del *ser*, e incluso, del *deber ser*.

ix) *La tensión lógica de la teleología jurídica*. El Derecho es, como se decía antes, interacción fáctico-jurídica y, en resumidas cuentas, una vía de acción para la resolución de la conflictividad interhumana. Esa tensión dialéctica realza siempre la consideración, parafraseando a Ihering, que ahora reaparece, de la *lucha por el Derecho*. Una lucha, podríamos añadir, *civilizada*, porque si algo caracteriza al debate jurídico es que en lugar de dirimirse el conflicto a través de «la razón de la fuerza»; se sustancia, justo al contrario, es decir, apelando a «la fuerza de la razón» como vía adecuada para el abordaje de la resolución de las controversias.

x) *Los medios y los fines*. El Derecho acoge *medios* (léanse formas, garantías) y también *fines* (léase, en suma, la proyección sustantiva). De aquí resulta esa otra proyección del Derecho que divide al mismo entre el Derecho sustantivo (que se ocupa de determinar el *qué*) y el Derecho adjetivo (que se ocupa del *cómo*). Integrar, adecuadamente, ambas divisiones del Derecho, el Derecho sustantivo y el Derecho adjetivo (o procesal), deviene crucial si lo que se pretende es que prospere la pre-

tensión que vaya a ser planteada. Recuérdese, a este respecto, las tres condiciones que han de concurrir para vencer en una *litis*: «Llevar razón», primero de todo; a continuación, «saberla pedir»; y, en tercer y último lugar, «que te la den». «Llevar razón»; es tanto como saber acertar a la hora de plantear el asunto de que se trata conforme a Derecho, es decir, en cuanto al fondo –lo sustantivo– del asunto. «Saberla pedir»; significa que el planteamiento desplegado formalmente –lo adjetivo– sea conforme a Derecho desde la perspectiva procesal (es decir, en cuanto al cauce procesal escogido, estar en plazo, etc.). «Que te la den»; finalmente, que te den –aclarémoslo– la razón, alude a la indeterminación, o mejor incertidumbre, puesto que la diosa fortuna, permítasenos decir, cobra un papel nada irrelevante en todos los actos humanos. La maldición gitana, aquella de *tengas pleitos y los ganes* no puede –o no debe–, por tanto, pasarse por alto.

* * *

Dejar «en suspenso» la definición de Derecho puede llegar a su fin por más que el punto de llegada no se considere concluyente. Así las cosas, el itinerario esbozado culmina con la definición incluida por el profesor Alejandro Nieto en su *Crítica de la razón jurídica* (2007), según la cual, «el Derecho es una estructura abierta, interactiva y reticular».

F. PRINCIPALES ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO

La ambigüedad que es inherente al mundo del Derecho es en el que se encuadra, siguiendo el planteamiento del profesor Almoguera, las *grandes dualidades jurídicas*.

1. Derecho natural y Derecho positivo

Con esta primera distinción lo que se contrapone es el propio fundamento y el concepto mismo del Derecho. Se alude, pues, a la clásica tensión entre *iusnaturalismo* y *iuspositivismo*.

El Derecho natural obliga por lo que de justo hay en él. Se presenta como un orden de valores esencialmente justos y aparece, en suma, como «brazo armado de la moral». Como manifestaciones que contemporizan con esta visión pueden citarse, por ejemplo, el *Derecho Supralegal* de Gustav Radbruch (1878-1949) con el que se admitían diferencias entre «leyes que no son Derecho y Derecho

por encima de las leyes»
Dworkin (1931-2013).

El Derecho positivo
ra, por el efecto disuasor
generalidades menciona
porizan con esta visión
Kelsen así como la posici

2. Derecho público

Esta segunda distinción
apelaría al *ius publicum*
económica que afectara a
te. Con todo, pueden dist
y teorías negadoras que l

Teorías dualistas. Se

- a) Teoría de la relación jurídica, que cuando interviene una disciplina por entre particulares
- b) Teoría del mandato, y ejerce su imperio en el seno de una relación pública. Si el Estado es, en el seno de una relación de Derecho privado
- c) Teoría del interés, la distinción de intereses se trata de Derecho en cambio, de Derecho

Teorías negadoras. Siguiendo:

- a) Todo el Derecho es Derecho. Kelsen consistió en una conclusión negativa
- b) Todo el Derecho es Derecho. En cuenta, empero, el Derecho privado el que ha dado lugar a las categorías

por encima de las leyes»; y el concepto de *Derecho como integridad* de Ronald Dworkin (1931-2013).

El Derecho positivo obliga, en cambio, por la fuerza o, dicho de otra manera, por el efecto disuasorio vinculado con el temor y/o la amenaza. Pese a las generalidades mencionadas, pueden citarse como manifestaciones que contemporizan con esta visión iuspositivista, por ejemplo, la *posición lógico-formal* de Kelsen así como la *posición analítica* de Herbert L. A. Hart (1907-1992).

2. Derecho público y Derecho privado

Esta segunda distinción nos lleva, de nuevo, hasta Ulpiano y, en concreto, se apelaría al *ius publicum* y al *ius privatum* según se tratara de una esfera socioeconómica que afectara a toda la comunidad o a los particulares, respectivamente. Con todo, pueden distinguirse *teorías dualistas*, que apoyan dicha distinción; y *teorías negadoras* que la cuestionan.

Teorías dualistas. Se citan, con afán indicativo, las tres siguientes:

- a) *Teoría de la relación intersubjetiva.* Con Immanuel Kant (1724-1804), diríamos, que como el Derecho es, ante todo, una relación entre sujetos, cuando interviene el Estado, entonces la relación es pública y ha de ser disciplinada por el Derecho público. Cuando las relaciones tienen lugar entre particulares, entonces es cuando interviene el Derecho privado.
- b) *Teoría del mandato.* Cuando el Estado es parte en la relación entablada y ejerce su *imperium*, esto es, emitiendo mandatos cualificados en el seno de una *relación de subordinación*, es cuando se habla de Derecho público. Si el Estado interviene desprovisto de dicho *imperium*, esto es, en el seno de una *relación de coordinación*, entonces se trataría de Derecho privado.
- c) *Teoría del interés.* Como el Derecho, según Ihering, se refiere a la protección de intereses, cuando estos afectan a toda la colectividad, entonces se trata de Derecho público; y si afectan a los particulares, se trata, en cambio, de Derecho privado.

Teorías negadoras. Se citan, igualmente con virtualidad indicativa, las dos siguientes:

- a) *Todo el Derecho es Derecho público.* La posición paradigmática de Kelsen consistente en identificar Estado y Derecho desemboca en esta conclusión negadora de la distinción público-privado.
- b) *Todo el Derecho es Derecho privado.* La afirmación que precede es infrecuente, empero, no se puede dejar de reconocer que ha sido el Derecho privado el que ha servido de base para la construcción de la generalidad de las categorías fundamentales iuspublicistas. De hecho, no está

de más subrayar, a estos efectos, el *carácter supletorio* que se reconoce al Código Civil al señalar «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias recogidas en otras leyes» (art. 4.3 Cc).

3. Derecho objetivo y Derecho subjetivo

La complejidad de esta tercera distinción, sin dejar de atender a la exposición seguida al efecto por el profesor Almoguera, puede encararse a través de un planteamiento lingüístico que tuviera en consideración tres tipos o modelos de enunciados:

- a) Un *primer enunciado* del tipo «El Derecho dice», «Según el Derecho» o «La ley dice» se relaciona con el Derecho objetivo; es decir, se trata de una clase de Derecho que está situado fuera de nosotros, en un plano distinto.
- b) Un *segundo enunciado* del tipo «Tengo derecho a» se relaciona con el Derecho subjetivo; es decir, se trata de un Derecho cuyo origen hay que situarlo en nosotros, en nuestra subjetividad.
- c) Otra clase de enunciados del tipo «No hay Derecho a» incidiría en la complejidad aludida al remitirse a una concepción valorativa del Derecho.

Los tres modelos de enunciados que anteceden permiten reverdecir, de alguna manera, la tensión, siempre recurrente, entre *iusnaturalismo* y *iuspositivismo*. Así, mientras el primer enunciado ha de conectarse con el Derecho positivo, el segundo y, asimismo, el tercero (que tanto tiene que ver con la conciencia o, si se prefiere, con el denominado *sentimiento jurídico*) lo harían con el Derecho natural.

Lejos de abundar en la ambigüedad de esta tercera y última dualidad jurídica, cabe añadir, con fines recapitulativos, siguiendo esta vez a Enrique Ruíz Vadillo (1926-1998), que «Derecho objetivo es el conjunto de normas que regulan la convivencia social, y Derecho subjetivo es el poder que esas mismas normas conceden a la persona. Se trata, pues, de expresiones que se aplican a distintos ángulos de la misma y única institución: el Derecho». Con todo, aún podría decirse que, en general, el *Derecho* –escrito en mayúsculas– se identifica con el Derecho objetivo en tanto en cuanto el *derecho* –en minúsculas– lo hace con el Derecho subjetivo.

G. CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Se cita como antecedente a Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918) y, en particular, su obra titulada *Fundamental Legal Conceptions, As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (1919).

Los conceptos jurídicos fundamentales, cuya órbita abarca disciplinas que integran la vocación la de servir p...

La doble exigencia de categorías para reflejar su configuración conceptual y jurídica fundamentales...

A los efectos apuntados de conceptos jurídicos fundamentales (o acto ilícito, capacidad de obrar, jurídicas y actos jurídicos)...

1. Sanción

Presupone, para Kelsen, y presenta cuatro propiedades: privación de un bien; e impuesta por una autoridad (ya sea acción u o...

Norberto Bobbio (negativas: tienden a coartar la libertad, multas...) o retribución de daños y penalización de una conducta (premios, recompensas, subvenciones...).

2. Deber jurídico

El concepto de deber jurídico impone la realización de...

Se aprecia cierto grado de la noción de deber jurídico, que es inherente a la función retributiva-ejemplar señalada por la doctrina y especial-).

supletorio que se reconoce de este Código se aplicarán en otras leyes» (art. 4.3 Cc).

dejar de atender a la exposición puede encararse a través de tres tipos o modelos

dice», «Según el Derecho» o objetivo; es decir, se trata de una norma de nosotros, en un plano

recho a» se relaciona con el Derecho cuyo origen hay que

y Derecho a» incidiría en la concepción valorativa del

permiten reverdecer, de al-
naturalismo y iuspositivis-
arse con el Derecho positivo,
que ver con la conciencia o,
ico) lo harían con el Derecho

cera y última dualidad jurí-
ndo esta vez a Enrique Ruiz
conjunto de normas que re-
es el poder que esas mismas
expresiones que se aplican a
el Derecho». Con todo, aún
en mayúsculas- se identifica
echo -en minúsculas- lo hace

LES

b Hohfeld (1879-1918) y, en
ceptions, As Applied in Judicial

Los *conceptos jurídicos fundamentales* son *conceptos generales*, o *fundamentales*, cuya órbita de aplicación excede los límites propios de las respectivas disciplinas que integran cada una de las ramas del Derecho y que tienen como vocación la de servir para identificar situaciones de tipo general.

La doble exigencia de generalidad y abstracción pretende aprovechar estas categorías para reflejar los criterios vigentes en el uso jurídico común huyendo de su configuración como metalenguaje. Cabe referirse, pues, a los «Conceptos jurídicos fundamentales como nómina de las definiciones jurídicas».

A los efectos apuntados, pasarán a exponerse, separadamente, los cinco bloques de *conceptos jurídicos fundamentales* siguientes: a) *Sanción, deber jurídico, antijuricidad (o acto ilícito) y responsabilidad*; b) *Personalidad, capacidad jurídica, capacidad de obrar*; c) *Derecho objetivo y derechos subjetivos*; d) *Situaciones jurídicas y actos jurídicos* y e) *Relación jurídica e institución jurídica*.

1. Sanción

Presupone, para Kelsen, el concepto jurídico primitivo (o más elemental) y presenta cuatro propiedades: a) es un acto coercitivo; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) quien lo ejerce está autorizado por una norma válida impuesta por una autoridad competente y d) debe ser consecuencia de una conducta (ya sea acción u omisión).

Norberto Bobbio (1909-2004), por su parte, distingue entre: *sanciones negativas*: tienden a contrarrestar el incumplimiento de una norma jurídica y pueden ser *retributivas* (propias del Derecho Penal como privación de libertad, multas...) o *reparadoras* (propias del Derecho Civil como la indemnización de daños y perjuicios); y *sanciones positivas*: tienden a promover el cumplimiento de una norma jurídica, pudiendo ser, asimismo, *retributivas* (premios, recompensas, condecoraciones...) o *reparadoras* (beneficios fiscales, subvenciones...).

2. Deber jurídico

El concepto de *deber jurídico* alude a la función esencial de todo Derecho de imponer la realización de determinadas conductas así como prohibir otras.

Se aprecia cierto grado de dependencia con la noción de *sanción*. Con todo, la noción de *deber jurídico* está íntimamente vinculada con la dimensión normativa a la que es inherente en tanto en cuanto la pena-sanción remite a una función retributiva-ejemplarizante (a conectar, pues, con la triple función de la pena señalada por la dogmática penal: fin retributivo y doble prevención -general y especial-).

3. Antijuricidad

El *acto ilícito* –o *antijurídico*– equivale a la conducta que constituye una vulneración de la norma jurídica.

La relación entre *deber jurídico* e *ilicitud* es asimétrica en el sentido siguiente: *deber jurídico* equivale a la conducta opuesta a la que figura en la norma como condición de la sanción; y *acto ilícito* equivale, en cambio, a la conducta que constituye el antecedente de la norma que conlleva la sanción.

4. Responsabilidad

La noción de *responsabilidad* se identifica con la de *imputabilidad*; es decir, se trata de la cualidad que asocia la comisión de un acto ilícito o antijurídico con la imposición de una sanción.

Corresponde dar cuenta de la distinción kelseniana entre los dos grupos siguientes: 1º) *Responsabilidad directa*: «actos propios» –*culpa in contrahendo*– (véase el art. 1.902 Cc a propósito de la denominada *acción aquiliana*) *versus* *Responsabilidad indirecta*: «hecho ajeno» –*culpa in eligendo, vigilando...*– (véanse los arts. 1.903-1.910 Cc); y, 2º) *Responsabilidad subjetiva* (centro de imputación: noción clásica de culpa) *versus* *Responsabilidad objetiva* (centro de imputación: riesgo, garantía).

5. Personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar

La *personalidad* equivale a la condición de persona que se traduce en la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, es decir, ser sujeto de derechos y obligaciones (véanse, sobre las personas físicas y jurídicas, los arts. 30 y 35 Cc, respectivamente).

La *capacidad jurídica* consiste en el reconocimiento de la *aptitud potencial* de toda persona *para ser titular* de relaciones jurídicas.

La *capacidad de obrar* consiste en el reconocimiento de la *aptitud para el ejercicio* de derechos y obligaciones, es decir, para el ejercicio de actos jurídicos.

6. Derecho objetivo y derechos subjetivos

El Derecho objetivo alude al conjunto de normas que conforma el ordenamiento jurídico.

Los *derechos subjetivos* consisten en el poder –o facultades– que las normas reconocen –o conceden–: 1) *Derechos subjetivos fundamentales* que «preceden»

al Derecho objetivo y 2) «establece» el Derecho o

Son tres las facultades que configuran la estructura externa): 1) las acciones a que se concede el poder de adoptar decisión (creación o extinción) y 3) para provocar la intervención

7. Situaciones jurídicas

Las situaciones jurídicas son aquellas en las que los sujetos que intervienen en ellas tienen, anticipémoslo, un «activo» –derechos– con

8. Actos jurídicos

Los actos jurídicos son aquellos que tienen significación jurídica y que crean, modifican o extinguen una relación jurídica

Para que los hechos sean actos jurídicos deben concurrir los tres requisitos mínimos de consistencia: (acción u omisión) del sujeto que dicha conducta tenga

La clasificación de los actos jurídicos es la siguiente:

- 1) Actos lícitos e ilícitos
- 2) Actos válidos (sancionados) y actos anulados (los regulan procedimientos de carencia de requisitos esenciales anulables (adolecentes) requisito no esencial)
- 3) Actos jurídicos que crean, modifican o extinguen una relación jurídica (dependen de la voluntad del sujeto que los realiza en conformidad con las p

al Derecho objetivo y 2) *Derechos subjetivos ordinarios* que son los que «fija/ establece» el Derecho objetivo.

Son tres las facultades que engloban los derechos subjetivos (las dos primeras configuran la *estructura interna* en tanto en cuanto la tercera se refiere a la *estructura externa*): 1) *uso y disfrute* (posibilidad de realizar pacífica y libremente las acciones a que se contrae el derecho de que se trata); 2) *disposición* (posibilidad de adoptar decisiones definitivas sobre su ejercicio, conservación, modificación o extinción) y 3) *pretensión* (posibilidad de ejercitar pretensiones orientadas a provocar la intervención de otros sujetos en su propio proceso de realización).

7. Situaciones jurídicas

Las *situaciones jurídicas* tienen que ver con las posiciones que ocupan los sujetos que intervienen en las relaciones jurídicas. Las *relaciones jurídicas* constituyen, anticipémoslo, el «haber jurídico» del sujeto tanto en lo referente al «activo» –derechos– como al «pasivo» –obligaciones–.

8. Actos jurídicos

Los *actos jurídicos* son una clase de *hechos jurídicos*: todo suceso o conducta que tiene significación jurídica –que produce efectos jurídicos– origina, modifica o extingue una relación jurídica.

Para que los *hechos jurídicos* adquieran la cualidad de actos jurídicos han de concurrir los tres requisitos siguientes: 1) que el sujeto actúe dentro de los límites mínimos de consciencia y libre decisión de voluntad; 2) que la conducta (acción u omisión) del sujeto sea relevante desde el punto de vista jurídico y 3) que dicha conducta tenga una manifestación externa perceptible.

La *clasificación de los actos jurídicos* permite distinguir tres grupos:

- 1) *Actos lícitos e ilícitos*: según lleven aparejado o no el elemento sanción.
- 2) *Actos válidos* (se ajustan a las exigencias prefijadas en las normas que los regulan produciendo los efectos jurídicos previstos); *nulos* (adolecen de carencia absoluta y radical de validez por incumplir los requisitos esenciales del ordenamiento jurídico; véase el art. 1.261 Cc) y *anulables* (adolecen de una validez viciada por el incumplimiento de un requisito no esencial).
- 3) *Actos jurídicos simples* (son actos jurídicos en sentido estricto cuya eficacia depende exclusivamente de las disposiciones contenidas en las normas jurídicas) y *negocios jurídicos* (también llamados declaraciones de voluntad, su eficacia ha de conjugar dichas declaraciones de voluntad con las propias normas jurídicas).

9. Relación jurídica

La *relación jurídica* no es otra cosa que la relación social cuyo desarrollo ha sido reglamentado por el Derecho y en la que convergen, como apuntaba Savigny, dos aspectos básicos: la relación social preexistente (*elemento material*) y la idea de Derecho que regula dicha relación (*elemento formal*).

Los *elementos estructurales de la relación jurídica* son los cinco siguientes: 1) *sujetos*: doble dimensión activa/pasiva a resultas de la titularidad de derechos y deberes correlativos; 2) *objeto*: razón/motivo que impulsa a establecer/mantener vínculo recíproco; 3) *vínculo*: lo que une a los sujetos intervinientes colocándoles en una situación jurídica correlativa; 4) *hecho jurídico*: factor condicionante/descadenante de la propia existencia de la relación jurídica y 5) *norma*: agente creador de la relación jurídica en tanto que jurídica

En cuanto a la *clasificación de las relaciones jurídicas*; mencionaremos, indicativamente, entre otras, la doble clasificación siguiente: 1ª) *Relaciones jurídicas de Derecho público y de Derecho privado*: en síntesis, son dos los criterios que sirven para identificar las relaciones jurídicas de Derecho Público: a) cuando al menos uno de los sujetos ocupa una posición caracterizada por la nota de *imperium* (léase, *función de dirección o mando*) y b) cuando es el *interés general* el bien jurídico que determina las relaciones jurídicas de que se trata. 2ª) *Relaciones jurídicas personales, reales y de obligación*, según las relaciones jurídicas recaigan sobre las situaciones jurídicas de los sujetos; sobre realidades físicas objetivas; y en mutuas prestaciones de los sujetos, respectivamente.

10. Institución jurídica

La noción de *institución jurídica* puede remitir a dos tradiciones jurídicas diferentes: una, cuyo punto de partida son los juristas romanos y, especialmente, Justiniano (483-565), se desenvuelve dentro de un enfoque jurídico-normativo de corte estatista y concibe las instituciones jurídicas como núcleos o figuras jurídicas estables que vienen delimitadas por el conjunto de normas que regulan sus respectivas relaciones jurídicas; y, otra, que arranca con el institucionalista francés Maurice Hauriou (1856-1929) y pone el acento en el análisis sociológico y de ahí que el elemento definidor de la institución jurídica sea la propia agrupación social en la que se integran las situaciones jurídicas de los diferentes sujetos.

Tema III

Funciones, fines e interacción

A. INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho aborda los aspectos que van a permitir comprender los fines del Derecho.

La triple visión preliminar, dará lugar, ulteriormente, a la interacción con otros sistemas normativos.

Las antedichas interacciones del Derecho con la Moral y la Religión, forman parte de una serie de relaciones que el Derecho mantiene con el entorno social.

B. FUNCIONES Y FINES

Las funciones y fines del Derecho nos permiten ponernos a establecer los límites del Derecho. Cabe distinguir tres funciones: como función normativa y c) y, para concluir, en el Derecho.

1. El Derecho como norma

El Derecho es inherente a la sociedad, *ubi societas, ibi ius*.