
El derecho: ¿por qué y para qué?

PID_00279265

David Martínez Zorrilla

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 2 horas



David Martínez Zorrilla

Doctor en Derecho. Profesor Agregado de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por el profesor: David Martínez Zorrilla

Segunda edición: febrero 2021
© de esta edición, Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC)
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Autoría: David Martínez Zorrilla
Producción: FUOC
Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

1. Por qué el derecho. Las razones que fundamentan la existencia de sistemas jurídicos.....	5
1.1. Los problemas de interacción social y el papel de las normas	5
1.2. Hart y el «contenido mínimo del derecho natural»	11
2. ¿Para qué el derecho? Las funciones básicas del derecho: control social, seguridad jurídica, legitimación del poder y justicia.....	15
2.1. El control social	15
2.1.1. Las técnicas de control social	17
2.2. La seguridad jurídica	18
2.3. La legitimación del poder político	22
2.4. La justicia	24
Resumen.....	26

1. Por qué el derecho. Las razones que fundamentan la existencia de sistemas jurídicos

1.1. Los problemas de interacción social y el papel de las normas

El derecho no es ni mucho menos un fenómeno reciente en nuestras sociedades, pese a que en el último siglo, y especialmente en las últimas décadas, haya alcanzado unos niveles de complejidad altísimos. Al contrario, parece ser más bien una constante en la historia de la humanidad. Los antiguos romanos (grandes maestros del derecho) tenían el dicho *ubi societas, ibi ius*, que puede traducirse como «Allí donde hay una sociedad, existe el derecho». De entre los textos escritos más antiguos hallados en expediciones arqueológicas en Oriente Medio, la gran mayoría son de naturaleza jurídica, como códigos legales o tratados entre reinos. Los textos legales más antiguos conocidos son las tablillas de Ebla, en Siria (hacia el 2400 a. C.), mientras que el código legal completo más antiguo conocido es el de Ur-Nammu, en Sumeria (hacia el 2050 a. C.). Y con toda probabilidad, en épocas anteriores ya existían preceptos legales expresados y transmitidos de manera oral. Todo ello es un indicio de que el derecho es un instrumento necesario o, al menos, un instrumento lo bastante importante o útil para la vida en sociedad como para que todas las sociedades conocidas se hayan servido de él.

¿Pero cuáles podrían ser las razones o motivos por las que resultaría necesario, o al menos útil, contar con un sistema legal? Si se trata de un fenómeno tan habitual, parece razonable pensar que los motivos están relacionados con algunas de las características básicas de los seres humanos y de las comunidades en las que se integran. El filósofo griego Aristóteles (384 a. C.-322 a. C.) solía referirse al ser humano como «animal racional» y «animal social». Con ello destacó dos características fundamentales: la racionalidad y la vida social organizada. La racionalidad es entendida tanto como la capacidad de plantearse objetivos, fines o propósitos (elección), como también la de determinar los medios o instrumentos adecuados o más eficaces para alcanzarlos (deliberación), mientras que el carácter «social» del ser humano pone el énfasis en la necesidad, o al menos en la conveniencia, de la interacción, la coordinación y la cooperación entre los individuos y la organización en grupos para satisfacer las necesidades básicas (tales como alimento y protección) y para conseguir objetivos que difícilmente serían alcanzables solamente mediante los medios y las capacidades al alcance de uno mismo. La idea de un Robinson Crusoe, capaz (aunque con grandes esfuerzos y sacrificios) de procurarse su subsistencia por sus propios medios, es por tanto una excepción y no la regla.

Podría decirse, por tanto, que los seres humanos estamos «condenados», aunque sea metafóricamente, a la interacción y a la vida en sociedad. Pero a pesar de las evidentes ventajas de la vida en comunidad, la interacción social también es fuente de problemas y dificultades. Una de las más evidentes es que es una fuente de potenciales **conflictos**. En la medida en que somos racionales y nos planteamos objetivos y propósitos diversos (y en no pocos casos incompatibles), y que para ello normalmente necesitamos acceder a todo tipo de recursos (que por definición son limitados) y precisamos de la colaboración de otros para alcanzarlos, es relativamente habitual que surjan los conflictos. El conflicto es, en consecuencia, una situación habitual y un estado casi natural del ser humano. Pero aunque los conflictos sean prácticamente ineludibles, lo que sí está a nuestro alcance es la forma de gestionarlos, y es en este punto donde, como se verá, la idea del derecho cobra relevancia como mecanismo para evitar o al menos limitar el recurso a la violencia, reduciendo así el riesgo de autodestrucción y favoreciendo la propia subsistencia de los individuos y los grupos en los que se integran.

Pero, además, el conflicto no es el único contexto de interacción social en el que el derecho puede resultar útil. En ocasiones, también surgen problemas o dificultades derivadas de la interacción que no tienen que ver necesariamente con un conflicto o una incompatibilidad en los fines que persiguen las personas involucradas, sino que se plantean incluso cuando los objetivos perseguidos son compatibles o hasta coincidentes. Son los denominados **problemas de coordinación**. Algunos sencillos ejemplos pueden ilustrar estas situaciones:

1) Imaginemos que dos personas están hablando por teléfono, pero se corta la comunicación. Los dos interlocutores están interesados en seguir manteniendo la conversación (coincidencia en los propósitos). Para ello, cada uno de ellos cuenta con dos alternativas (medios): o bien llamar al otro interlocutor, o bien esperar a que sea el otro el que llame. Pero si los dos toman la misma decisión (los dos llaman a la vez o los dos esperan), la comunicación no se reanuda y se frustrará la finalidad perseguida. Para evitarlo, resultaría conveniente establecer algún criterio, ya sea que en caso de corte llame de nuevo quien inició la primera llamada o bien que lo haga el destinatario de la misma.

2) Un grupo de amigos quiere ir al cine. Todos los miembros del grupo coinciden en que su objetivo principal es ir todos juntos y ver la misma película. Pese a dicha coincidencia, todavía tienen que coordinarse para acordar aspectos como a qué cine ir, qué película ver y qué sesión, pues de lo contrario no conseguirán su objetivo. Para ello pueden establecer criterios como la decisión por mayoría o echarlo a suertes.

3) A mayor escala, podría decirse que el propósito principal de todos los conductores es conducir sus vehículos y llegar a sus destinos de la manera más eficiente y segura posible, pero para que ello sea posible y que la circulación no sea un caos extremadamente peligroso, son necesarias ciertas pautas básicas, como determinar por qué lado de la vía hay que circular o quién tiene prioridad de paso cuando se cruzan varios vehículos.

En todos estos casos de problemas de coordinación, el aspecto más importante no es cuál es la solución o la pauta «correcta» (si circular por el lado izquierdo o el derecho de la vía, o quién tiene que llamar cuando se corta una comunicación telefónica), sino que todas las personas involucradas se atengan a las mismas pautas o criterios.

En algunos casos, no obstante, los problemas de coordinación pueden ser muy serios y dar pie a importantes conflictos. Por eso, aunque se suele decir que los problemas de interacción social suelen ser de dos tipos (conflictos y problemas de coordinación), esto no debe entenderse como que se trata de dos categorías totalmente separadas e independientes, ya que, en no pocos casos, un problema de coordinación puede ser la fuente de un conflicto (pensemos, por ejemplo, en el caso de que haya un desacuerdo entre el grupo de amigos acerca de qué película ver y/o dónde y cuándo hacerlo). Un ejemplo extremo de problema de coordinación y que a menudo implica un conflicto es lo que en el ámbito de la teoría de juegos se conoce como el **dilema del prisionero**.

En la teoría económica del último siglo, un ámbito que ha experimentado un desarrollo muy importante ha sido el de la «teoría de la decisión racional», o *rational choice*, dentro de la cual ocupa un lugar importante la llamada «teoría de juegos», en la que destacan las aportaciones de autores como John von Neumann (1903-1957), Oskar Morgenstern (1902-1977) o John Nash (1928-2015). Esta disciplina examina el comportamiento racional de los agentes involucrados en contextos de interdependencia estratégica, es decir, cuando hay varios agentes involucrados y cada uno de ellos persigue sus propios fines y propósitos, y las decisiones de cada uno de ellos afectan no solo a sí mismos, sino también a las posibilidades de los demás de alcanzar sus propios objetivos (esto es, mis decisiones afectan a las posibilidades de que los demás alcancen sus objetivos, y las decisiones de los demás afectan a mis posibilidades de alcanzar mis objetivos).

En sus investigaciones, los teóricos de la teoría de juegos se dieron cuenta de que en determinados contextos, si todos los involucrados toman la decisión más racional para ellos (esto es, la que mejor favorece sus intereses), al final se llega a una situación de equilibrio ineficiente, es decir, a una situación que es mala para todos o al menos no tan buena para todos como podría haberlo sido si hubieran escogido otras opciones que no eran las más racionales para el jugador. Dicho de otro modo, si cada jugador actúa de manera racional, intentando maximizar sus objetivos o intereses y evitando en lo posible las consecuencias negativas, se llegará a un resultado final que no es el óptimo para ninguno de los jugadores. Para ilustrarlo, se suele utilizar un ejemplo en el que hay dos presos que han de tomar una decisión, por lo que este tipo de situaciones suele conocerse como casos de «dilema del prisionero».

Aunque existen algunas variaciones, el ejemplo clásico suele ser como el siguiente. Dos personas son detenidas como sospechosos de haber cometido un determinado delito, pero como la policía no sabe a ciencia cierta quién es realmente el culpable, los separa sin posibilidad de comunicarse entre sí y les plantea a cada uno de ellos la misma alternativa:

«Si confiesas que has cometido el delito y tu cómplice no lo hace, tú quedarás libre y tu cómplice será condenado a diez años de prisión, pero si tu cómplice también confiesa, seréis ambos condenados a cinco años. Si decides no confesar pero tu cómplice sí que confiesa, él quedará libre y tú serás condenado a diez años de prisión. Por último, si ninguno de los dos decide confesar, ambos seréis condenados a un año de prisión».

Si partimos de la base de que el propósito de ambos prisioneros es quedar libres o al menos obtener la pena más baja posible, y presuponiendo que son agentes racionales, necesariamente los dos acabarán confesando y ambos serán castigados con cinco años de prisión, a pesar de que existe una alternativa mejor para ambos (que ninguno confiese). Para llegar a esta conclusión, examina-

remos brevemente la situación y las consecuencias de las diversas opciones. Supongamos que somos el prisionero A. No sabemos qué hará el prisionero B y, de todos modos, tampoco tenemos ningún control sobre ello. Por tanto, hemos de examinar las consecuencias de nuestra decisión tanto bajo la hipótesis de que el otro confiese, como bajo la hipótesis de que no confiese. Y si lo hacemos, veremos que el resultado es siempre mejor (o menos malo) cuando confesamos: si el otro prisionero confiesa, nos conviene confesar (pues así seremos condenados a cinco años en lugar de a diez), mientras que si el otro prisionero no confiesa, también nos conviene confesar (quedamos libres en lugar de ir un año a prisión). La opción de no confesar siempre da peor resultado: si el otro confiesa, seremos condenados a diez años en lugar de cinco, mientras que si no lo hace, seremos condenados a un año en lugar de quedar libres. Como, por hipótesis, ambos agentes son racionales, ambos llegarán a la misma conclusión y ambos confesarán. La posibilidad, mejor para ambos, de que nadie confiese, es demasiado débil e inestable, ya que el incentivo para traicionar al otro (o el miedo a ser traicionado) es demasiado fuerte: evitar diez años de prisión.

El ejemplo del dilema del prisionero puede parecer demasiado artificial y exagerado, pero en realidad las situaciones que tienen la misma estructura (donde lo racional es llegar a un equilibrio ineficiente) son más habituales de lo que puede parecer a primera vista. Unos ejemplos muy simples pueden ilustrarlo:

1) En una situación, bastante habitual, de un piso compartido, podemos presuponer que todos tienen interés en que el piso esté razonablemente limpio, pero al mismo tiempo todos pretenden contribuir lo mínimo posible a la limpieza. Cada uno de ellos se plantea, por tanto, dos alternativas: limpiar o no limpiar. Si se analiza la situación desde un punto de vista estrictamente racional y autointeresado, el resultado final será que nadie limpiará, porque independientemente de lo que hagan los demás, lo racional será no hacerlo: si los demás limpian, podré aprovecharme de disfrutar de un piso más limpio sin esfuerzo, y si los demás tampoco limpian, aunque el piso esté sucio, al menos me libraré del esfuerzo y evitaré que se aprovechen de mí. Pero si todos realizan el mismo razonamiento, al final nadie limpiará y el resultado será malo para todos.

2) En un trabajo en grupo para una asignatura, la calificación es global e idéntica para todos los miembros del grupo. Cada miembro debe considerar si se esfuerza o no en la realización del trabajo para obtener una buena nota. Si uno de ellos decide esforzarse y los demás no lo hacen, estos últimos se aprovecharán del trabajo del estudiante aplicado y obtendrán injustamente una calificación mejor que la que les correspondería conforme a su esfuerzo, que de todas maneras será probablemente peor que si todos se esforzaran. Y, análogamente, el estudiante aplicado, además de ser «explotado» por quienes no colaboran, no conseguirá una calificación acorde con el esfuerzo dedicado. Si se analiza la situación de manera racional, cada miembro del grupo llegará a la conclusión de que no conviene esforzarse: si los demás se esfuerzan, se podrán beneficiar de ello sin asumir los costes, y si tampoco se esfuerzan, no habrán hecho un sacrificio inútil. El resultado, como es de esperar, será malo para todos.

3) Supongamos por un momento que no existen consecuencias legales adversas por no pagar impuestos. En este contexto, si nos planteamos si pagamos impuestos o no, lo racional sería en todo caso no pagar: si los demás pagan, me beneficiaré de ello (en forma de servicios públicos, infraestructuras, etc.) sin haber contribuido, y si los demás no pagan, aunque no podré disfrutar de los servicios y prestaciones públicos por falta de ingresos, al menos no haré el «primo» pagando mi parte, que aunque a mí me supone un importante sacrificio, en el cómputo global apenas tiene impacto. Si todos realizan el mismo razonamiento, nadie pagará y el resultado será peor para todos.

Lo problemático de las situaciones de dilema del prisionero es que no tienen solución, y el único modo de resolverlas o superarlas es introduciendo cambios en el esquema de incentivos que rompan precisamente con esa situación de equilibrio ineficiente, en el que lo racional es no cooperar. Para eso hay que conseguir que lo racional, desde el punto de vista del interés individual de cada jugador, sea cooperar. Y es en este punto donde las normas, y con ello el derecho, pueden ser instrumentos útiles, ya que permiten cambiar el esquema de incentivos.

Por ejemplo, el caso de los impuestos es muy claro. Si se establece un mecanismo de inspecciones y sanciones por el cual, en el caso de no pagar lo que corresponde, se aplicará una sanción más gravosa que la cuantía que correspondería pagar por el impuesto, y además hay una alta probabilidad de recibir dicha sanción, la opción de no pagar resultará más costosa y menos atractiva, y por tanto lo racional será pagar el impuesto. En los otros ejemplos anteriores también pueden establecerse mecanismos que cambien el sistema de incentivos para romper el dilema del prisionero y hacer que lo racional sea colaborar: en el caso del trabajo en grupo, puede fijarse algún sistema para identificar qué ha hecho cada uno de los miembros y que ello tenga repercusión en la calificación de cada miembro; y en el ejemplo del piso compartido, para incentivar que todo el mundo contribuya a la limpieza, pueden establecerse consecuencias negativas para el caso de no hacerlo, como privar del acceso a ciertos servicios comunes u obligar a realizar otras tareas adicionales.

Con todo lo apuntado hasta ahora, podría afirmarse que las normas resultan instrumentos útiles o adecuados para afrontar los problemas de interacción social, ya que mediante el establecimiento de pautas de conducta obligatorias, junto con el correspondiente conjunto de medidas para intentar garantizar su cumplimiento, es posible modificar la estructura de incentivos, de tal manera que eviten o mitiguen dichos problemas.

Recordemos que uno de los principales riesgos asociados a situaciones de conflicto es que se recurra a la violencia como método para su resolución. Gracias al establecimiento de normas (respaldadas por medidas que garanticen su cumplimiento, como, por ejemplo, un sistema de sanciones) es posible hacer que el recurso a la violencia sea más costoso y, por tanto, menos atractivo (y menos racional). Si, por ejemplo, yo deseo poseer algún objeto o recurso que está en posesión de otra persona, y no existe norma alguna que ponga límites a mi comportamiento, puedo estar tentado a arrebátárselo por la fuerza, si considero que tengo la capacidad física suficiente para ello. Pero si sé que en caso de robo es muy probable que recaiga sobre mí una sanción que no solo me privará del objeto o el bien que he arrebataado, sino que además me impondrá una carga adicional (una multa, prisión, etc.), automáticamente la opción de robar será más costosa y menos atractiva. Es decir, gracias a las normas se puede contribuir a la limitación de la violencia mediante la modificación de la estructura de incentivos.

Por otra parte, las normas también resultan de gran utilidad a la hora de facilitar la coordinación y superar las dificultades derivadas de la falta de esta, estableciendo una serie de pautas comunes a seguir por todos los interesados.

Por ejemplo, los contratos no son en esencia sino promesas mutuas, es decir, acuerdos por los que cada una de las partes se compromete a realizar algo para la otra en interés de ambos. Imaginemos, por ejemplo, un acuerdo por el que una persona se compromete a entregar un teléfono móvil a otra a cambio de un precio (cantidad de dinero). Este acuerdo está en interés de ambos porque la parte que se compromete a entregar el teléfono valora más el dinero que va a recibir por este que el aparato, mientras que la otra parte valora más el teléfono que la cantidad de dinero que va a entregar a cambio. Pero aun estando de acuerdo en los fines, todavía resultan necesarios ciertos criterios o pautas que establezcan, por ejemplo, cuáles son las condiciones o requisitos que debe reunir un acuerdo para ser vinculante (si se exige una cierta forma para el acuerdo o una edad mínima, etc.), las condiciones o circunstancias en las que este debe cumplirse, y para que, llegado el caso, se pueda llegar a contar con el respaldo del poder público (jueces) para exigir por la fuerza el cumplimiento en caso de que una de las partes no cumpla con su obligación o no lo haga correctamente. Por eso, las normas no solo facilitan la coordinación, sino que además modifican la estructura de incentivos para penalizar o hacer menos atractiva la opción de traicionar o querer aprovecharse ilegítimamente de los que sí colaboran (pensemos también en las multas de tráfico por no seguir las normas de circulación o en las sanciones por no pagar los impuestos).

Sin embargo, aunque hayamos llegado a la conclusión de que el establecimiento de pautas o normas que guían la conducta resulta útil, adecuado, racional, aconsejable, etc., para afrontar los problemas de interacción social, alguien legítimamente podría decir que es una razón demasiado débil (o al menos no lo suficientemente fuerte) como para explicar que el derecho haya sido una constante en todas las sociedades humanas, y eso sería así por al menos dos razones:

a) Primero, porque a lo sumo habríamos explicado la utilidad, o incluso la necesidad, de contar con normas, pero no necesariamente con normas «jurídicas» o «legales», puesto que existen otros tipos de normas o pautas de conducta (sociales, éticas o morales, religiosas...) que también guían el comportamiento y quizá podrían también cumplir con estas funciones.

b) Y en segundo lugar, porque no basta con que algo resulte útil o aconsejable para que sea adoptado de manera generalizada. Por ejemplo, probablemente todos tenemos interés en contar con un buen nivel de salud y bienestar físico, y para ello es muy recomendable hacer deporte y abstenerse de fumar y consumir alcohol, pero parece bastante obvio que este motivo no basta para que de manera generalizada todas o casi todas las personas se comporten de ese modo.

Parecería, pues, si tenemos en cuenta que todas las sociedades conocidas han contado con un sistema de normas que podría calificarse de algún modo como «derecho», que este tiene que relacionarse de manera estrecha o intensa con ciertas características básicas de los seres humanos y de las comunidades en las que se integra. De entre los intentos de dar una respuesta a esta cuestión, nos centraremos brevemente en la propuesta de H. L. A. Hart.

1.2. Hart y el «contenido mínimo del derecho natural»

Herbert L. A. Hart (1907-1992) fue uno de los teóricos del derecho más relevantes del siglo XX y sigue siendo una referencia ineludible en la teoría y la filosofía del derecho actuales. En su principal obra, *The Concept of Law* (1961), el autor dedica unas páginas (concretamente, el apartado 2 del capítulo IX) a explicar su propuesta de cuáles serían las razones que justificarían la existencia del derecho de manera generalizada en las sociedades humanas, así como el contenido mínimo imprescindible que tendría cualquier sistema jurídico, por simple y básico que fuera, a lo que denomina «contenido mínimo del derecho natural».

Es importante destacar que lo que se propone Hart es examinar las razones que justifican o que hacen que sea racional contar con un conjunto de normas jurídicas, y no trata de explicar ninguna conexión causal entre los seres humanos y la existencia de normas. Es decir, no sostiene que la existencia del derecho sea algo necesario o ineludible, como una ley de la naturaleza, por lo que no niega necesariamente la posibilidad de que pudiera llegar a existir una sociedad humana sin derecho. Lo que afirma es más bien que, teniendo en cuenta ciertos objetivos básicos y ciertas características comunes de los seres humanos, es racional o está justificada la existencia del derecho con (al menos) un cierto contenido mínimo, por ser el instrumento más adecuado para ello.

La idea principal del autor inglés, dicha de manera resumida, es que, teniendo en cuenta la importancia que tiene para nosotros el objetivo de la supervivencia y considerando ciertas características básicas comunes a todos los seres humanos, el derecho es, si no necesario, sí al menos el instrumento más útil creado hasta la fecha para intentar garantizar la supervivencia y alcanzar ciertos objetivos humanos básicos.

El punto de partida, pues, es la constatación de algo muy básico: que los seres humanos, al menos en términos generales, tienen interés en seguir viviendo. Aunque el interés en la supervivencia no se manifieste en todos los individuos y en todos los casos o circunstancias, sí que puede sostenerse que los casos en que se desea o se persigue la propia muerte son minoritarios, y que en términos generales las sociedades humanas no son un «club de suicidas». La gran mayoría de las personas comparten este interés básico en seguir viviendo, que es fundamental en el sentido de que cualquier otro interés o finalidad que tengamos requiere esta condición previa.

Pero este fin, aunque sea general, compartido y fundamental, no basta por sí solo para justificar la existencia de un sistema de normas jurídicas, a menos que partamos de la base de ciertas características básicas que compartimos todos los seres humanos. Si fuéramos de otra forma o si en el futuro somos capaces (por ejemplo, mediante avances científicos o tecnológicos) de modificar o

Contenido mínimo del derecho natural

Algunos autores, como Josep Maria Vilajosana, ponen de manifiesto que esta denominación utilizada por Hart puede generar confusión, ya que parecería vincular al autor con posiciones iusnaturalistas, cuando se trata de hecho de uno de los principales defensores del iuspositivismo o positivismo jurídico. No entraremos ahora en estas cuestiones sobre la conexión conceptual entre el derecho y la moral y la existencia del derecho natural, a las que nos referiremos brevemente en el módulo «Derecho y justicia».

Referencia bibliográfica

J. J. Moreso; J. M. Vilajosana (1994). *Introducción a la teoría del derecho* (cap. 1). Madrid: Marcial Pons.

eliminar algunas de estas características, es posible que el derecho dejara de ser un instrumento útil o necesario. ¿Cuáles son, pues, estas características básicas comunes? Hart enumera las cinco siguientes:

1) Vulnerabilidad. Es bastante evidente que los seres humanos (todos) somos vulnerables frente a los ataques físicos, que pueden acabar con nuestra vida o lesionar gravemente nuestra integridad física. No existe (al menos hasta la fecha) ningún ser humano indestructible, por lo que todos tenemos interés en preservarnos de los ataques violentos. Dado nuestro interés en la supervivencia, esta vulnerabilidad constituye un fundamento para establecer normas de conducta que limiten el uso de la violencia (como la prohibición de matar, por usar el ejemplo más evidente). Como apunta Hart, si no podemos encontrar un fundamento para las normas que impiden matar y lesionar, ¿qué otras normas podrían tenerlo? ¿qué razones habría para tener normas «de cualquier otro tipo»?

2) Igualdad aproximada. A pesar de que pueden existir diferencias significativas entre personas sobre sus características físicas (fuerza) e intelectuales, estas no dejan de ser relativas, o en todo caso no son lo suficientemente importantes, en el sentido de que nadie es lo suficientemente fuerte y/o inteligente como para someter por la fuerza o mediante la astucia a todas las demás personas, al menos por algo más que un breve período de tiempo. Como afirma gráficamente Hart, siguiendo a Hobbes, hasta los más fuertes y poderosos duermen, y los débiles pueden unirse y aprovechar esos momentos de vulnerabilidad para atacar al fuerte. Por tanto, nadie, por fuerte que sea, puede confiar exclusivamente en sus propios medios para someter de manera estable o continuada al resto, y está en interés de todos (no solo de los débiles) establecer límites al uso de la fuerza. Por tanto, esta característica también serviría de fundamento para justificar la existencia de normas que limitan y castigan el recurso a la violencia. Hipotéticamente, si lograra existir alguien tan superior al resto como para poder imponerse de manera estable a los demás sin riesgo para sí mismo, no tendría motivos egoístas para recurrir a las normas que limitan el uso de la violencia.

3) Altruismo limitado. Usando una metáfora bíblica, Hart afirma que los seres humanos no somos ni ángeles ni demonios. Con ello pone de manifiesto que ni actuamos exclusivamente por motivaciones egoístas y buscando el propio beneficio en todos los casos, sin tener nunca en cuenta los intereses o necesidades de otras personas, ni tampoco somos seres angelicales o heroicos que anteponeamos siempre el bienestar y los intereses ajenos a los propios, sin importar las consecuencias. Con todas las diferencias individuales que pueda haber, lo cierto es que todos nos situamos en un punto intermedio, y solo bajo esa premisa tiene sentido establecer normas de conducta. Si fuésemos una especie de demonios egoístas, no tendría sentido poner normas, porque nunca las seguiríamos (incluso la que prohíbe matar) cuando no hacerlo nos resultase de algún modo beneficioso; es decir, nuestro comportamiento nunca estaría motivado por las normas, sino exclusivamente por nuestro propio interés

egoísta. Y en una sociedad de ángeles tampoco tiene sentido establecer normas que limiten el recurso a la violencia, porque nadie se sentiría nunca tentado a recurrir a ella (aunque aun así, y a pesar de que Hart no hace referencia a ello, todavía serían útiles las normas para resolver problemas de coordinación).

4) Recursos limitados. Incluso para la satisfacción de las necesidades y objetivos más básicos, como seguir viviendo, los seres humanos necesitamos una serie de recursos, como alimento, agua, cobijo o protección contra los elementos. Por desgracia, estos recursos son limitados y en muchos casos su obtención requiere esfuerzo y trabajo y, en no pocas ocasiones, la colaboración de distintas personas (como, por ejemplo, cultivar los campos y construir herramientas para poder hacerlo, a fin de obtener alimentos). Este carácter limitado hace conveniente establecer una serie de normas para regular el acceso a los recursos, o como afirma Hart, para establecer alguna forma de propiedad (que no necesariamente ha de ser la propiedad privada). Los derechos de propiedad pueden entenderse como las pautas o criterios que regulan el acceso y la distribución de los recursos (quién y en qué medida puede acceder a dichos recursos). Pero, además, como en muchos casos la obtención de recursos requiere cooperación (por ejemplo, el agricultor precisa de ciertas herramientas para poder cultivar la tierra y obtener alimentos, mientras que el herrero que fabrica las herramientas precisa los alimentos obtenidos por el agricultor), son necesarias ciertas normas básicas que regulen los aspectos fundamentales de las relaciones contractuales, es decir, de las normas que generan obligaciones o compromisos para asegurar la cooperación, como qué condiciones formales y sustantivas debe reunir un acuerdo para que sea vinculante entre las partes y pueda asegurarse su cumplimiento, si es necesario acudiendo a una institución pública (como un tribunal) que garantice dicho cumplimiento, incluso coactivamente.

5) Comprensión y fuerza de voluntad limitadas. Hasta ahora Hart ha puesto de manifiesto algunas razones para justificar la existencia de normas que limiten el uso de la violencia, y que regulen algún tipo de propiedad y las relaciones contractuales. Las ventajas de contar con este tipo de normas parecen bastante evidentes, y la mayoría de personas así lo verán sin demasiada dificultad. A pesar de eso, existe el problema de que solemos tener mayores dificultades para comprender o tener adecuadamente en cuenta los beneficios o intereses a largo plazo que aquellos otros que son a corto plazo. Por ejemplo, no es extraño sucumbir a la tentación del placer que supone consumir cierto tipo de alimentos, aun sabiendo que a medio o largo plazo son perjudiciales para nuestra salud, o a la de comprar la última novedad que ha salido al mercado, aunque realmente no la necesitemos y haríamos mejor en ahorrar para afrontar posibles necesidades futuras. Algo similar puede ocurrir en relación con las normas: aun siendo conscientes, tras reflexionar sobre ello, de que es conveniente seguir las normas en beneficio de todos (incluido el nuestro), sería fácil caer en la tentación de no hacerlo si con eso obtenemos algún beneficio inmediato, aunque ello sea perjudicial a largo plazo o a mayor escala. En un contrato de compraventa, por ejemplo, el vendedor podría verse tentado

de no entregar el objeto de la venta si previamente ya ha recibido el dinero del comprador, o viceversa, a pesar de que ello dañaría a la propia institución contractual, ya que disminuiría la confianza de la gente en que los contratos van a cumplirse, poniendo de este modo en peligro la cooperación. A fin de evitar los efectos adversos de la tentación del «beneficio inmediato», Hart señala la necesidad de respaldar las normas con un sistema de sanciones que desincentive su incumplimiento (es decir, cambiar el esquema de incentivos, según vimos en el apartado anterior). Para que ello funcione adecuadamente, es necesario contar con un sistema institucional que, por un lado, tenga la capacidad de determinar cuándo se ha incumplido una norma (por ejemplo, un sistema judicial) y que, además, pueda recurrir a la coacción pública para asegurar el cumplimiento de las normas y la aplicación de las sanciones.

En síntesis, pues, la tesis de Hart es que el objetivo fundamental de la supervivencia, junto con ciertas características básicas de los seres humanos (vulnerabilidad, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados y comprensión y voluntad limitadas), justifica racionalmente contar con un sistema de normas jurídicas que, como mínimo, sirva para limitar la violencia y regular las bases de la propiedad y los contratos, respaldado todo ello mediante un sistema institucionalizado de sanciones.

2. ¿Para qué el derecho? Las funciones básicas del derecho: control social, seguridad jurídica, legitimación del poder y justicia

Al analizar las razones por las que las sociedades humanas cuentan con sistemas jurídicos, en cierto modo ya estamos respondiendo también, al menos en parte, a la pregunta de cuáles son las funciones, objetivos o finalidades que el derecho desempeña o pretende desempeñar en la sociedad: nos sirve para dar respuesta a problemas de interacción social a través de la limitación de la violencia y de la facilitación de la coordinación y la cooperación. Pero los sistemas jurídicos son estructuras muy complejas que sirven (o pueden servir) para otros muchos objetivos. Tradicionalmente, la sociología jurídica ha destacado, entre otras, las siguientes funciones: el **control social**, la **seguridad jurídica**, la **legitimación del poder político** y la consecución de un cierto nivel de **justicia**.

Antes de entrar a comentar cada una de estas funciones principales, conviene tener en cuenta, para evitar confusiones, que es posible realizar tanto una «interpretación descriptiva» de tales funciones como una «interpretación valorativa», o prescriptiva, de las mismas, y que conviene tener presente en qué contexto nos movemos (descriptivo o valorativo), porque las consecuencias y/o la plausibilidad de nuestras afirmaciones pueden ser muy distintas en uno u otro caso. Cuando se hace referencia a las funciones del derecho entendidas como tesis o afirmaciones descriptivas (por ejemplo, afirmando que los sistemas jurídicos realizan una función de control social), lo que se está diciendo es que, de hecho, las cosas son de una determinada manera (en nuestro ejemplo, que «de hecho» todos los sistemas jurídicos desempeñan esa función), y como tal afirmación descriptiva, puede ser verdadera o falsa. Pero en ocasiones, y no siempre de manera explícita, lo que se está sosteniendo es una afirmación «valorativa», acerca de lo que sería «bueno» o «deseable» (en este caso, que sería deseable que los sistemas jurídicos desempeñaran una función de control social, lo cual es compatible con la afirmación de que, «de hecho», no todos los sistemas jurídicos cumplan dicha función). Las tesis valorativas o prescriptivas no son *per se* ni verdaderas ni falsas, porque no describen ninguna realidad, sino que proponen un modelo o ideal que se quiere seguir. En todo caso, han de ser valoradas conforme a otros criterios, como su razonabilidad, justicia, posibilidad de alcanzarse, etc.

2.1. El control social

Como se acaba de apuntar, es habitual en la sociología jurídica afirmar que los sistemas jurídicos desempeñan una función de control social. La primera dificultad, no obstante, es que no existe un concepto o interpretación unívoca de

lo que se entiende por «control social». Así, es posible hablar de al menos dos concepciones, o al menos dos dimensiones, distintas: una concepción «integradora» del control social, y una concepción «reguladora».

a) Entendida como función «integradora», se hace referencia a que el derecho contribuye a reducir los conflictos en el seno de la sociedad, promoviendo una mayor cohesión entre sus miembros y generando un sentimiento de integración y solidaridad, gracias a que a través del derecho los ciudadanos se ven a sí mismos como formando parte de una misma comunidad y como iguales (en tanto que sometidos o sujetos a las mismas normas). En un contexto en el que los individuos se sientan «desvinculados», y que vean el derecho y las instituciones como algo ajeno, es más probable que no se sientan motivados a cumplir con las normas o que intenten evitarlas cuando ello sea posible.

Si esta afirmación se interpreta como una tesis descriptiva, lo que se está diciendo es que, de hecho, todo sistema jurídico, por el mero hecho de existir, contribuye a la integración social. Aunque en muchos casos parece ser así, una afirmación generalizada de este tipo parece ser exagerada, pues probablemente existen ejemplos de sociedades poco cohesionadas y muy conflictivas a pesar de estar sujetas a un mismo sistema jurídico, y con toda probabilidad en la integración y la cohesión social intervienen muchos otros factores, además del derecho (por ejemplo, los niveles generales de bienestar o la percepción que tenga la propia población acerca de la justicia o injusticia de las actuaciones de los poderes públicos o de la distribución de la riqueza). Si en cambio se entiende como una tesis valorativa, lo que se está diciendo es que el derecho «debería» contribuir a una menor conflictividad y a una mayor integración y cohesión social. Probablemente nadie estaría en contra de esta afirmación, pero hay que tener en cuenta que un sistema jurídico no consigue necesariamente este objetivo por el mero hecho de existir.

b) Entendida como función «reguladora», que el derecho ejerce una función de control social significa simplemente que sirve para guiar el comportamiento de los destinatarios (tanto de los individuos como de los poderes públicos), incentivando o desincentivando conductas, a través de normas, sanciones u otras medidas. En una interpretación descriptiva, esta afirmación parece evidentemente cierta siempre que el sistema jurídico sea mínimamente eficaz (pues precisamente el sistema es «eficaz» si consigue efectivamente dirigir la conducta, es decir, que se cumplan las normas). Se trata, por tanto, casi de una tautología (aunque no lo es en sentido estricto, porque cabe la posibilidad de que el sistema sea totalmente ineficaz). Pero aunque sea verdadera en un sentido casi trivial, lo que no lo es en absoluto es que se trata también de una afirmación «gradual»: son posibles distintos niveles o grados de cumplimiento o eficacia de las normas jurídicas, o dicho de otra manera, los miembros e instituciones de una sociedad pueden estar motivados en mayor o menor medida por lo que establece el derecho a la hora de decidir sus comportamientos.

En el caso de una interpretación valorativa, teniendo en cuenta que todos los sistemas jurídicos mínimamente eficaces cumplen con esta dimensión reguladora, se entendería como que el objetivo es que se cumpla la función de control social «en el mayor grado posible», tanto en el sentido de alcanzar la máxima eficacia posible, como en el sentido de que el derecho debe tener un papel predominante en el control de las conductas y regular el mayor número de ámbitos posibles en detrimento de otros mecanismos de control social (como, por ejemplo, la moral). Esta es una cuestión sobre la que existe debate en el ámbito de la filosofía política y las teorías de la justicia, ya que hay concepciones más favorables al intervencionismo estatal en distintos ámbitos (como, por ejemplo, la economía o la familia), mientras que otras son partidarias de limitar el papel del Estado y del derecho para dejar ciertos ámbitos al margen de la regulación jurídica y dar mayor protagonismo a la autonomía individual y/o a otro tipo de normas, como las sociales, las morales o las religiosas.

2.1.1. Las técnicas de control social

Como sabemos, el derecho es un instrumento para guiar el comportamiento, que intenta desincentivar las conductas que se consideran indeseables e incentivar las que se consideran deseables. Pero no siempre el sistema jurídico actúa del mismo modo o con la misma técnica a la hora de intentar dirigir la conducta. Por un lado, tal y como se acaba de señalar, es posible guiar la conducta tanto incentivando lo que se considera positivo como desincentivando lo que se considera negativo. Y, por otra parte, el derecho puede entrar en acción tanto antes de que se lleve a cabo la conducta que se quiere incentivar/desincentivar como después de esta. Siguiendo la propuesta del insigne jurista italiano Norberto Bobbio, de la unión de ambos criterios surge una clasificación de cuatro combinaciones posibles, a las que podemos referirnos como las distintas «técnicas de control social»:

a) Promoción: consiste en incentivar la conducta deseada antes de que esta se produzca. Algunos ejemplos pueden ser las subvenciones para adquirir vehículos menos contaminantes, las ayudas a proyectos de investigación científica o las becas para cursar estudios. En todos estos casos, el incentivo es ofrecido antes de la realización del comportamiento que se desea incentivar (que haya más vehículos poco contaminantes, promover la investigación y el progreso científico, o facilitar la formación de personas con pocos ingresos y a quienes de otro modo les sería muy difícil o imposible formarse).

b) Premio: consiste en incentivar la conducta deseada después de que esta se haya producido. Algunos ejemplos son las bonificaciones fiscales por realizar aportaciones a planes de pensiones o por hacer donaciones a determinadas ONG, las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social por contratar a trabajadores de ciertos colectivos desfavorecidos (como los parados de larga duración), o el descuento en las tasas de la siguiente matrícula por haber obtenido una calificación de matrícula de honor. En todos estos casos, el incenti-

Referencia bibliográfica

N. Bobbio (1969). «Sulla funzione promozionale del Diritto». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (vol. XXII, n.º 4, págs. 1313-1320).

vo se materializa después de que se haya producido la conducta deseada (promover el ahorro, ayudar a colectivos desfavorecidos o promover la excelencia académica).

c) Prevención: consiste en desincentivar la conducta indeseada antes de que esta llegue a producirse. Un ejemplo sería el despliegue de un dispositivo policial en un partido de fútbol considerado de alto riesgo para evitar posibles altercados violentos. Los actos violentos todavía no se han producido, pero el derecho entra en acción de manera preventiva. Otros ejemplos podrían ser las medidas cautelares, como la prisión preventiva o la fianza (todavía no ha habido condena pero se intenta evitar que haya fuga o destrucción de pruebas), o la colocación de radares en las carreteras para evitar futuros excesos de velocidad.

d) Represión: consiste en desincentivar la conducta indeseada después de que esta se haya producido. El caso paradigmático es el de las sanciones (como las penas de cárcel por la comisión de delitos o las multas de todo tipo por contravenir obligaciones legales). Cuando interviene el derecho penal y se impone la pena al acusado, en cierto modo ya es demasiado tarde, porque la conducta indeseada (el delito) ya se ha producido.

Conviene tener claro, para evitar confusiones, que la clasificación se basa en el momento en que interviene el derecho y no en cómo influye este en la psicología del individuo cuando toma sus decisiones.

Tomemos el caso de la represión: aunque el hecho de que yo sepa que un comportamiento es considerado por el derecho como delito y que conlleva una importante pena de prisión con toda probabilidad influirá en mi decisión de llevarlo o no a cabo, el sistema jurídico solo actuará efectivamente (imponiendo la pena) una vez realizado dicho comportamiento, por lo que se trata de una técnica de represión y no de prevención. De modo similar, el hecho de que yo sepa que si obtengo una matrícula de honor me beneficiaré de una rebaja en el precio de la matrícula del próximo curso puede influir en mi decisión de esforzarme al máximo para obtener dicha calificación, pero el beneficio solo se aplicará una vez consumado el hecho, por lo que se trata de una técnica de premio y no de promoción.

2.2. La seguridad jurídica

La palabra *seguridad* suele ir unida a la noción de *protección*, es decir, a la idea de estar protegido frente a adversidades o perjuicios de todo tipo, como, por ejemplo, los causados por agresiones físicas, accidentes, enfermedades o desastres naturales. En este sentido, la seguridad está directamente relacionada con la toma de medidas para evitar daños o cualesquiera otras consecuencias negativas. El derecho tiene cierto papel a la hora de proveer cierto nivel de seguridad en este sentido. Como hemos visto, un objetivo esencial de todo sistema jurídico es limitar la violencia, lo cual otorga (en la medida de que haya un cierto nivel de eficacia y cumplimiento de las normas) un cierto grado de protección frente a las agresiones. Su papel es, no obstante, bastante más limitado y modesto frente a otros tipos de riesgo: puede incidir en cierta medida en la evitación de accidentes (por ejemplo, imponiendo ciertas obligaciones a los

conductores, como no superar cierta velocidad, u obligando a las empresas a adoptar determinadas medidas para intentar evitar accidentes laborales), pero poco o nada puede hacer, por ejemplo, para evitar que la gente caiga enferma o para impedir desastres naturales (naturalmente, el derecho sí que tiene un papel importante a la hora de gestionar las consecuencias de situaciones como estar enfermo o haber sufrido daños por catástrofes naturales, pero no puede evitar que estas situaciones se produzcan).

Pero por otra parte, la palabra *seguridad* también se puede usar en el sentido de *certeza*, como en las afirmaciones «es seguro que el cuadrado de tres es igual a nueve», o «estoy seguro de que dejé las llaves encima de la mesa», o al menos de alta probabilidad (como en «seguramente llegaré dentro de una hora»). El concepto de seguridad jurídica está relacionado con esta noción, y no con la idea de protección. Cuando se añade el adjetivo *jurídica*, nos estamos refiriendo a la posibilidad de prever o determinar con antelación las consecuencias jurídicas de nuestros comportamientos.

Por tanto, la **seguridad jurídica** consiste en la **previsibilidad** de las consecuencias que el sistema jurídico establece para nuestras acciones.

Este aspecto es muy importante, porque el conocimiento de las consecuencias legales de nuestras acciones es, en muchos casos, un elemento fundamental para nuestra toma de decisiones. Por ejemplo, si sé que determinado comportamiento implica la imposición de una sanción y yo quiero evitarla, evitaré dicho comportamiento; o si pretendo ejercitar un derecho y el único modo de hacerlo es realizando una determinada solicitud ante un órgano concreto, actuaré de ese modo.

La previsibilidad es, no obstante, una propiedad gradual; esto es, podemos hablar de distintos grados o niveles de seguridad jurídica. El nivel de seguridad jurídica de un sistema concreto depende fundamentalmente de tres aspectos: la **claridad** de las disposiciones legales, la **publicidad** de las mismas y el **cumplimiento** por parte de los poderes públicos.

a) La posibilidad y el grado de precisión o certeza a la hora de poder prever las consecuencias legales de nuestros actos está estrechamente vinculada con la claridad del lenguaje usado en las disposiciones jurídicas. En la medida en que las leyes se expresen en un lenguaje claro, preciso y fácilmente comprensible, será más sencillo saber con mayor exactitud a qué nos exponemos con nuestro comportamiento. Si, por el contrario, se utiliza un lenguaje oscuro, impreciso y de difícil comprensión e interpretación, menos seguros podremos estar de si actuamos o no conforme a la ley o de qué nos exige esta.

No debe confundirse la oscuridad y la imprecisión con la complejidad técnica. El lenguaje jurídico es un lenguaje altamente tecnificado en el que muchas de sus expresiones tienen significados muy precisos y determinados, y ello hace que sea a menudo de difícil comprensión para alguien sin la formación adecuada. En ocasiones utiliza términos que

no son de uso corriente en el lenguaje coloquial (como por ejemplo *usucapión* o *enfiteusis*) y en otros casos utiliza las palabras o expresiones que aunque son también de uso coloquial, en el contexto jurídico tienen significados muy precisos y no siempre coincidentes con el lenguaje común. Por ejemplo, en el lenguaje corriente es habitual utilizar la expresión *robar* indistintamente en las tres situaciones siguientes:

- 1) «Hace un par de días entraron en mi casa forzando una ventana y me robaron el dinero y las joyas que allí guardaba».
- 2) «Dejé un momento mi cartera sobre el mostrador y alguien me la ha robado».
- 3) «El otro día le presté mi colección de monedas antiguas a otra persona y me las ha robado».

Sin embargo, desde el punto de vista legal, *robar* es un concepto mucho más preciso y solo se aplicaría al primer caso, ya que en los otros ejemplos nos encontramos frente a un hurto y a una apropiación indebida, respectivamente.

b) A fin de poder conocer las consecuencias legales de nuestros actos, es imprescindible que podamos saber qué establece el derecho. Si las leyes son secretas, los afectados por ella no podrán saber cómo les afectan y por tanto su comportamiento no podrá ser motivado por lo que aquellas establecen. Por ello debe existir la posibilidad de conocer las normas jurídicas, y por esa razón todos los sistemas jurídicos modernos establecen la obligación de publicar oficialmente todas las disposiciones legales aprobadas como requisito previo a su entrada en vigor. Además, suele establecerse un plazo entre la publicación y la entrada en vigor, al que se denomina *vacatio legis*, y que, por regla general y salvo que la propia disposición publicada establezca otra cosa, es en el derecho español de veinte días (art. 2.1 del Código civil). Este plazo tiene por objeto precisamente facilitar el conocimiento de la disposición publicada, y esta puede ampliarlo o reducirlo, pero la entrada en vigor nunca puede ser anterior a la fecha de publicación oficial.

Existen distintos medios de publicación oficial, que dependen del ámbito de vigencia de las disposiciones. Para el caso de disposiciones que afectan a todo el Estado (por ejemplo, una ley aprobada por las Cortes Generales –Congreso de los Diputados y Senado– o un real decreto del Gobierno central), la publicación oficial es el BOE (Boletín Oficial del Estado). Existen también diarios oficiales para el ámbito autonómico (por ejemplo, en el caso de Cataluña, se trata del DOGC, el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*). A nivel de la administración local, la publicación se realiza a través del BOP (Boletín Oficial de la Provincia). Existen además otras publicaciones oficiales sectoriales, como, por ejemplo, el BORME (Boletín Oficial del Registro Mercantil).

Hay que ser conscientes también de la diferencia que existe entre «conocer» el derecho y tener la «posibilidad» de conocerlo. La publicación de las disposiciones legales obviamente solo garantiza esto último, pero en sentido estricto solo podemos examinar adecuadamente nuestras opciones si conocemos el derecho. El problema es que los sistemas jurídicos actuales han alcanzado tal extensión y nivel de complejidad que resulta en la práctica imposible conocerlo completamente, incluso para los especialistas, que normalmente suelen ser expertos solo en determinados ámbitos o temáticas específicas (de manera similar a los médicos, que tienen todos una base de formación general, pero son especialistas en un determinado ámbito, como la cardiología, la neurología, la traumatología, la nefrología, etc.). A causa de esta gran complejidad, no sería

razonable hacer depender la aplicación o la vigencia del derecho a su conocimiento por parte de los destinatarios, y por esa razón el artículo 6.1 del Código civil establece que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento».

c) De poco sirve que las leyes sean públicas, o incluso ampliamente conocidas, y redactadas de manera clara y precisa, si los poderes públicos no suelen atenerse a ellas, ni garantizan que estas sean cumplidas por los destinatarios. Aunque sobre el papel esté muy claro cuáles son las consecuencias legales de nuestros actos, de nada servirá si no contamos con ciertas garantías de que estas serán aplicadas por el Estado y de que los poderes públicos no actuarán de manera arbitraria, pues en ese caso no sabremos a qué atenernos (no tendremos elementos para decidir si cumplir o no la ley, porque hagamos lo que hagamos las consecuencias son imprevisibles). Por eso un requisito fundamental para poder hablar de seguridad jurídica es que las reglas del juego sean efectivamente seguidas especialmente por quienes tienen la obligación de garantizar su cumplimiento (los poderes públicos).

Una vez definido el concepto de seguridad jurídica y explicados los principales aspectos que determinan el grado o nivel de la misma, corresponde analizar la plausibilidad de la afirmación de que los sistemas jurídicos cumplen la función de proporcionar seguridad jurídica.

Como sabemos, las tesis acerca de las funciones del derecho pueden interpretarse en un sentido descriptivo o valorativo. Entendida como una afirmación descriptiva, lo que viene a decirse es que, de hecho, los sistemas jurídicos proporcionan seguridad jurídica. Pero hay que tener en cuenta que la seguridad jurídica es gradual, por lo que esta afirmación podría entenderse al menos de dos maneras: a) como que todo sistema jurídico proporciona «algún» grado de seguridad jurídica, aunque sea mínimo, o b) como que todo sistema jurídico proporciona un nivel alto, o al menos suficiente, de seguridad jurídica. Seguramente en la primera interpretación la afirmación es verdadera, pues a menos que el sistema jurídico sea enormemente defectuoso e ineficaz (en cuyo caso podría incluso decirse que no existe propiamente un sistema jurídico en esa sociedad), proporcionará algún nivel de previsibilidad, aunque sea bajo. En cambio, parece mucho más dudoso que la afirmación sea verdadera bajo la segunda interpretación.

Por eso puede parecer más razonable entender la seguridad jurídica como una tesis valorativa, es decir, defendiendo que es algo positivo o deseable que los sistemas jurídicos proporcionen un nivel alto, o al menos suficiente, de seguridad jurídica. Una afirmación de este tipo sin duda genera un amplio consenso. Pero lo que es más dudoso es si también lo generaría la afirmación de que los sistemas jurídicos deberían proporcionar «el máximo grado posible» de seguridad jurídica. Un nivel muy alto de seguridad jurídica sin duda mejora la previsibilidad de las consecuencias de nuestros actos y decisiones, pero

también puede contribuir a un exceso de rigidez y falta de flexibilidad que puede tener, en ciertos casos, efectos negativos por lo que respecta a la justicia o a la razonabilidad de las actuaciones de los poderes públicos.

Dos ejemplos pueden ilustrar esta idea. En primer lugar, hasta hace apenas unos años solo era beneficiario de la pensión de viudedad de la Seguridad Social el cónyuge viudo, porque así lo establecía claramente la normativa al respecto. Esto implicaba que no tenía derecho a la pensión el superviviente de una pareja de hecho, al no existir el acto formal del matrimonio, a pesar de que se tratase de una relación duradera y que comparte las características normalmente asociadas al matrimonio (convivencia estable, cuidado en común de los hijos, bienes compartidos, etc.). Sin duda, la seguridad jurídica es mayor si nos atenemos a lo que clara y explícitamente establece la ley (que de manera expresa exigía matrimonio), pero es cuestionable que en todo caso sea siempre preferible un mayor grado de seguridad jurídica.

Un segundo ejemplo, basado en un caso real similar sucedido en Argentina, sería el siguiente. La legislación sobre trasplantes de órganos a partir de un donante vivo exige que el donante sea mayor de dieciocho años para poder dar su consentimiento. Una paciente está muy enferma y necesita un trasplante urgente para salvar su vida, y el único donante compatible es su hermano, que tiene diecisiete años y seis meses y está dispuesto a donar. No puede esperar a cumplir los dieciocho porque ya será demasiado tarde para su hermana. En esta situación, la seguridad jurídica es mayor si se cumple la literalidad de la norma, que establece la edad mínima de dieciocho años, y diecisiete años y medio no son dieciocho, por lo que no puede dar válidamente su consentimiento. De nuevo, resulta aquí dudoso si dar prioridad a la seguridad jurídica es siempre positivo.

2.3. La legitimación del poder político

Si bien una función básica del derecho es dirigir el comportamiento, difícilmente podrá hacerlo de manera efectiva si no cuenta con una serie de recursos y procedimientos para intentar asegurar el cumplimiento de las normas, lo que implica la posibilidad de hacer uso de la coacción, aunque sea como último recurso. Solo así puede pretender tener autoridad efectiva sobre los destinatarios y obligarles, si es necesario, a cumplir forzosamente las normas. Por tanto, el derecho está indisolublemente ligado al poder y al uso de la fuerza, aunque lo ideal sea que recurra a esta lo mínimo posible. Aunque parezca paradójico, para poder limitar de manera efectiva el uso indiscriminado de la violencia por parte de las personas, el derecho necesita poder recurrir a ella cuando sea necesario, a través de estructuras institucionalizadas, como la administración pública o los tribunales.

Esto nos plantea un problema: si analizamos los actos de estas instituciones que implican el uso de la fuerza o la coacción de manera puramente objetiva, no encontramos demasiadas diferencias respecto de otros usos de la violencia que en principio consideraríamos ilegítimos. En esencia, por poner algunos ejemplos, una multa o sanción económica no es sino una privación por la fuerza de nuestra propiedad, al igual que un robo; una pena de prisión es una privación forzosa de la libertad, al igual que un secuestro; los trabajos comunitarios o forzosos son como una forma de esclavitud; la pena de muerte (en los sistemas jurídicos en que aún se aplica) consiste en causar la muerte de una persona sin el consentimiento de esta, al igual que un asesinato, y los castigos físicos que históricamente existían en muchas sociedades y que todavía hoy persisten en algunos sistemas legales (como los latigazos) no son en esencia más que formas de tortura o mutilación. Por eso podemos considerar que no

le falta cierta razón al pirata del ejemplo expuesto por Agustín de Hipona en el siglo V (en *De Civitate Dei*, libro IV, cap. IV), en el que aquel es capturado por el ejército de Alejandro Magno y acusado de ladrón, ante lo cual responde: «Como yo lo hago con un pequeño barco me llaman ladrón, y porque tú lo haces con grandes ejércitos te llaman emperador».

Como el poder político está indisolublemente ligado al uso de la fuerza, de no existir una serie de pautas y reglas que regulen cuándo, cómo y cuánto hacer uso de ella, existiría un serio riesgo de que sus actos fueran percibidos como un mero ejercicio arbitrario, y por tanto ilegítimo, de la violencia. El derecho, pues, contribuye a que la percepción de la violencia institucionalizada no sea vista como un ejercicio arbitrario o despótico del poder, pues dicha violencia está sujeta a un conjunto de reglas que (al menos en teoría) nos afectan a todos por igual y que regulan los procedimientos que determinan quién puede ejercerla, en qué casos, de qué manera y en qué proporción, estableciendo así una serie de límites que constituyen a su vez garantías para los ciudadanos.

En suma, el derecho tiene un papel esencial en la percepción del poder político como un uso legítimo (o al menos tolerable) de la fuerza y la coacción, y por eso se le atribuye una función de «legitimación» de dicho poder. Ahora bien, el hecho de que «sea percibido» mayoritariamente por la sociedad como legítimo no implica necesariamente que lo sea. Por ello, conviene diferenciar entre los conceptos de *legitimidad* y *legitimación*.

La **legitimidad** es un concepto moral, que hace referencia a la corrección o justicia en términos morales (con pretensión de objetividad y universalidad) de las decisiones, acciones o normas del poder político. Que un sistema jurídico-político sea legítimo dependerá de que se ajuste o no a las exigencias establecidas por una determinada teoría moral o de la justicia (con pretensión de validez objetiva y universal). La **legitimación**, en cambio, es un concepto sociológico o descriptivo, que se refiere al hecho de que la mayoría de los miembros de una determinada comunidad consideran que las acciones, decisiones y normas del poder político son legítimas o moralmente correctas, o al menos no manifiestamente injustas.

Desde el punto de vista de lo que estamos analizando, el concepto relevante es el de legitimación y no el de legitimidad. Resulta bastante evidente que las normas o las decisiones adoptadas por el poder político no son automáticamente justas o moralmente correctas por el mero hecho de que hayan sido dictadas por ciertas autoridades siguiendo determinados procedimientos (es decir, «conforme a derecho»), pero el hecho de seguir las normas y procedimientos legalmente establecidos sí que puede facilitar la aceptación, o cuando menos la tolerancia, por parte de los ciudadanos. Además, la legitimación del poder político tiene un papel fundamental en la propia estabilidad del siste-

ma. Al margen de su justicia o injusticia en términos objetivos, difícilmente un sistema jurídico-político conseguirá mantenerse por demasiado tiempo si es percibido mayoritariamente como ilegítimo y tiene que recurrir de manera constante y generalizada a la violencia para intentar hacer cumplir sus normas. Por tanto, la estabilidad de un sistema requiere que un amplio sector de la propia comunidad lo perciba como legítimo o al menos aceptable.

2.4. La justicia

Suele decirse también que una de las funciones básicas del derecho es contribuir a crear una sociedad más justa o que es un instrumento para promover la justicia.

Las relaciones entre el derecho y la justicia serán tratadas en el módulo «El derecho y la justicia», con lo que por el momento nos limitaremos a unas pocas pinceladas. Lo primero que conviene destacar es que *justicia* es tratado aquí como un concepto de tipo moral o perteneciente al ámbito moral. Esta puntualización es necesaria porque en ocasiones se utiliza el término *justicia* como un concepto de tipo jurídico, como sinónimo o equivalente a «ley» o «derecho». Esto ocurre, por ejemplo, al hablar de los «tribunales de justicia» o al referirnos genéricamente al poder judicial como «la justicia». A veces también se habla de «la solución justa» para hacer referencia a la solución correcta conforme a la ley. Naturalmente, la tarea de los órganos judiciales es aplicar la ley, esto es, decidir los casos que se les plantean conforme a derecho, y no tratar de encontrar soluciones «justas» de acuerdo con parámetros éticos o morales. Cuando *justicia* se usa en sentido legal, no tiene demasiado sentido decir que una de las funciones del derecho es «promover la justicia» o que «las leyes deben ser justas», ya que «justo» y «conforme a derecho» es lo mismo, con lo que la afirmación sería un pleonismo o una tautología vacía de contenido. Análogamente, hablar de «ley o derecho injusto» sería una contradicción en sus propios términos.

Desde una perspectiva moral, lo primero que puede afirmarse respecto de la justicia es que se trata de uno de los conceptos más complejos y sobre los que existe mayor debate y diferencias entre los teóricos que han tratado esta cuestión (los filósofos de la moral y de la política). No puede hablarse propiamente de un concepto o definición unívoca de la justicia o de lo que es «justo», sino que lo más apropiado sería decir que existen múltiples concepciones teóricas o «teorías de la justicia», con diferencias notables entre sí y, por tanto, en no pocas ocasiones con propuestas incompatibles acerca de qué tipo de diseño institucional o legislación tiene que adoptar una comunidad para que pueda considerarse justa.

Otro aspecto destacable es que, al margen de los debates y discrepancias teóricas, resulta más apropiado referirse a la justicia como una «familia de conceptos», más que como un concepto único. Así, es posible hablar de justicia formal y justicia material, y dentro de esta última, de justicia retributiva y jus-

ticia distributiva. Y, naturalmente, dentro de cada ámbito existen casi tantas posiciones o teorías distintas como autores. No entraremos de momento en estas cuestiones, que serán abordadas en su momento.

Además, resulta útil trazar una distinción análoga a la que se estableció entre *legitimidad* y *legitimación*, en el sentido de que una cosa es que el sistema jurídico sea moralmente justo o que promueva la justicia (desde el punto de vista de que se ajusta a una teoría ética con pretensión de objetividad y validez universal) y otra distinta es que los miembros de la comunidad, como cuestión de hecho, consideren que el sistema legal e institucional en el que están inmersos es suficientemente justo o aceptable (esta última es una cuestión sociológica, no ética).

Volviendo a la cuestión inicial, cuando se sostiene que una de las principales funciones del derecho es promover la justicia o contribuir a una sociedad más justa, lo que se está afirmando es que el sirve para que la sociedad sea más justa desde el punto de vista moral. Pero como es habitual, las afirmaciones acerca de las funciones del derecho pueden interpretarse desde un punto de vista descriptivo o valorativo.

Si se interpreta como una tesis descriptiva, lo que se afirma es que, de hecho, los sistemas jurídicos contribuyen a promover la justicia. Esta afirmación parece bastante discutible, pues a lo largo de la historia (y aun en la actualidad) ha habido numerosos ejemplos de sistemas que instauraban, protegían o alentaban prácticas que no parecen moralmente aceptables, como, por ejemplo, la esclavitud o la discriminación en sus múltiples manifestaciones (racial, de género, de minorías...), o que no reconocían ni protegían los derechos más básicos del ser humano. Claro que también es posible interpretar esta afirmación en el sentido de que los sistemas jurídicos promueven «lo que la mayoría de los miembros de la comunidad consideran justo» (independientemente de que lo sea en términos objetivos). Pero tampoco esta interpretación parece acabar de ser plausible, porque también encontramos numerosos ejemplos de cambios revolucionarios de regímenes jurídico-políticos que se producen cuando la mayor parte de la sociedad considera que sus sistemas políticos y legales son manifiestamente injustos y no están dispuestos a seguir tolerando dichas injusticias, lo que les lleva a derrocarlos incluso por la fuerza.

La interpretación valorativa de la tesis parece más plausible. Dificilmente se puede estar en contra de la pretensión de que los sistemas jurídicos «deberían promover» la justicia y ser un instrumento para contribuir a crear una sociedad más justa. El principal problema es que más allá del acuerdo en este propósito genérico, existen múltiples interpretaciones de qué se considera justo, es decir, múltiples teorías y concepciones de la justicia. Por el momento, no obstante, no entraremos en esta cuestión.

Resumen

En este primer módulo nos hemos centrado en las razones que justificarían o al menos explicarían la existencia de sistemas jurídicos en las sociedades humanas, así como en las principales funciones que dichos sistemas desempeñan en dichas sociedades.

Partiendo de la base de la necesidad de la interacción social y de los problemas, casi inevitables, que esta conlleva (en forma de conflictos y/o de problemas de coordinación), se ha puesto de manifiesto que las normas (en el sentido genérico de pautas de conducta obligatorias, no necesariamente jurídicas en el sentido actual del término) pueden resultar instrumentos útiles, en la medida en que pueden modificar los incentivos para el comportamiento de los destinatarios de manera que no se enfrenten a los conflictos de manera violenta, o para que no se vean inmersos en problemas de coordinación que pueden evitarse.

Yendo algo más lejos, según Hart, el fin básico de los seres humanos de intentar garantizar su propia supervivencia, junto con ciertas características comunes que todos compartimos (vulnerabilidad, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados y comprensión y fuerza de voluntad limitadas) y la necesidad de interactuar y cooperar para alcanzar casi cualquier objetivo, hace que sea racional disponer de un conjunto mínimo de normas de conducta obligatorias que limitan el recurso a la violencia, sientan las bases mínimas de la cooperación (contratos vinculantes) y establecen mecanismos para asegurar su cumplimiento. Esto es lo que el autor inglés denomina como «el contenido mínimo del derecho natural».

También hemos centrado la atención en las principales funciones que habitualmente se atribuyen al derecho: el control social (para promover la integración y regular la conducta de los miembros de la sociedad), la seguridad jurídica (favorecer nuestra autonomía gracias a la previsibilidad de las consecuencias de nuestros actos), la legitimación del poder político (regular y limitar el uso de la coacción institucionalizada y contribuir a que no sea percibida como agresiones injustificadas) y la promoción de la justicia. Todas estas funciones son susceptibles de interpretaciones diversas, sobre todo en el sentido de ser concebidas como tesis descriptivas o valorativas, por lo que conviene especificar a la hora de valorar su plausibilidad.



73.574 TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Semestre Feb. 23 – Julio 23

Módulo 1

Unidad de Aprendizaje 1 – GES 1

El derecho: ¿por qué y para qué?

- [Itinerario de estudio de la Unidad de aprendizaje](#)
- [Presentación de la GES](#)
- [Objetivos](#)
- [Conceptos más importantes](#)
- [Lecturas complementarias](#)

Itinerario de estudio de la Unidad de Aprendizaje 1

LISTADO DE TAREAS Y DEDICACIÓN HORARIA ESTIMADA

- Lectura de la GES 1
- Lectura y estudio del Módulo 1
- Lectura (opcional) de los materiales complementarios indicados en la GES 1
- Lectura del enunciado de la PEC 1
- Realización de la PEC 1
- Lectura de las soluciones de la PEC 1

La dedicación horaria total estimada para esta unidad de aprendizaje es de 18 horas.

Presentación

El derecho es un fenómeno social complejo y con múltiples dimensiones que puede estudiarse desde diferentes ópticas o perspectivas. En este primer módulo nos centraremos en primer lugar, en los motivos o razones que justifican la existencia de un sistema jurídico mínimo. En segundo lugar, el módulo plantea el problema de para qué sirve el derecho (es decir, cuáles son sus funciones) en un sistema social más amplio. Si bien la mayoría de estudios introductorios al derecho destacan su papel central en la prevención y gestión de conflictos y, también, en la promoción de la seguridad, paz y justicia sociales, el núcleo central de este módulo se dedica a sistematizar y desarrollar estas funciones: control social, legitimación del poder, seguridad jurídica y promoción de la justicia. También se explican las principales técnicas de que dispone el legislador con el fin de asegurar su cumplimiento. En suma, en esta primera parte de la asignatura se abordan las preguntas acerca del por qué y el para qué del derecho y se exponen las respuestas a dichos interrogantes.

Objetivos

Esta guía pretende ofrecer una ayuda para el estudio del primer módulo de la asignatura *Introducción al Derecho*. El objetivo principal de este módulo es ofrecer al/la estudiante un panorama de las principales razones o motivos por los que las sociedades humanas cuentan con sistemas jurídicos, y cuáles son las funciones, objetivos o propósitos fundamentales que se pretenden alcanzar a través del Derecho, de manera de comprender la relevancia de la existencia de este fenómeno en nuestras sociedades.

En el módulo se plantea como objetivo principal el estudio del por qué y el para qué del derecho. Para dar respuestas adecuadas a estos interrogantes, los objetivos secundarios de esta unidad son:

- Conocer los problemas de interacción social así como los potenciales conflictos que surgen como consecuencia, y reflexionar sobre la utilidad de las normas en la solución de esos conflictos sociales.
- Comprender la justificación del "contenido mínimo del derecho natural" propuesta por H.L.A. Hart, dado el objetivo fundamental de la supervivencia y considerando ciertas características básicas comunes a todos los seres humanos.
- Conocer una tipología básica de funciones del derecho distinguiendo en cada caso una "interpretación descriptiva" y una "interpretación valorativa", que incluye las ideas de control social (en sus dos vertientes de integración y regulación), la seguridad jurídica, la legitimación del poder político, y la promoción de la justicia.

El objetivo esencial es que el y la estudiante se inicien en el estudio del derecho contemplando este fenómeno como una parte de un sistema social más amplio y, de manera más concreta, que profundicen en su papel central en la promoción de ciertas funciones y valores sociales.

Conceptos más importantes

73.574 TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Guía de estudio 1

Los conceptos centrales que son objeto de estudio en esta primera parte de la asignatura son los siguientes:

- **Coacción:** Una de las técnicas principales para asegurar que el derecho cumple su función básica de control social. De manera fundamental, consiste en la amenaza de sanciones jurídicas negativas. Los estados modernos se caracterizan por la institucionalización y centralización de esta técnica.
- **Contenido mínimo del derecho natural:** Tesis propuesta por H.L.A. Hart mediante la cual fundamenta la necesidad de un contenido mínimo del derecho con base al objetivo de supervivencia y un conjunto de características básicas comunes a todos los seres humanos.
- **Control social:** Una de las funciones principales que se atribuyen al derecho. En términos generales, tiene relación con la paz social. Se concreta en dos dimensiones básicas: regulación e integración.
- **Función legitimadora del derecho:** Esta función se entiende en el contexto de las relaciones entre derecho y poder. Hace referencia a la idea de que el derecho contribuye a evitar que el ejercicio del poder estatal, con los límites a la libertad individual que suele implicar, se asocie a un puro ejercicio de dominación.
- **Justicia:** ideal abstracto que involucra consideraciones sustantivas relacionadas con la legitimidad moral de las normas jurídicas. La promoción de algún ideal de la justicia es una de las funciones centrales del derecho.
- **Problemas de interacción social:** Referencia a los conflictos que surgen como consecuencia de la vida en sociedad. Estos pueden deberse a la existencia de fines incompatibles entre las personas, pero también se hace referencia a problemas que surgen debido a la falta de pautas o criterios para obtener fines comunes.
- **Seguridad jurídica:** Función del derecho que se relaciona con las ideas de certeza y previsibilidad. Esta función exige, principalmente, la redacción de normas claras y precisas, la publicidad de las normas, y su cumplimiento y aplicación por parte de los órganos del estado. Sin seguridad jurídica, es difícil que el derecho pueda garantizar el control social.
- **Técnica promocional:** Técnica mediante la cual se utilizan las normas jurídicas como incentivo de carácter positivo para que el derecho pueda realizar la función de control social de manera efectiva. Es una técnica que se utiliza como alternativa a la coacción.

Es importante que el/la estudiante se familiarice con estas nociones de uso habitual en el lenguaje jurídico, pero, sobre todo, es fundamental que comprenda las conexiones entre estos conceptos básicos, así como las principales ideas que se exponen a lo largo del módulo. Una vez completado el estudio, y realizadas algunas de las lecturas básicas o complementarias que se indican, el/la estudiante tendría que ser capaz de responder razonadamente a preguntas como las siguientes (que presuponen el conocimiento de los conceptos básicos analizados a lo largo del módulo):

1. ¿De qué manera el derecho puede contribuir a solucionar los problemas de interacción social?
2. ¿Cuáles son las características básicas comunes de todos los seres humanos que, junto con el objetivo de la supervivencia, justificarían un contenido mínimo legal?
3. ¿En qué medida el derecho puede cumplir la función de integración social mediante el uso de técnicas represoras?
4. ¿La regulación contribuye necesariamente a disminuir el conflicto?
5. ¿Cuál es la relevancia para las personas que se garantice la seguridad jurídica?
6. ¿Por qué el derecho contribuye a la legitimidad del poder? ¿Cuál es la diferencia entre legitimidad y legitimación?
7. ¿Desde qué perspectiva es relevante afirmar que una de las funciones principales del

Derecho es contribuir a una sociedad más justa?

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

A lo largo del módulo se incluyen recomendaciones bibliográficas específicas dirigidas a complementar y facilitar el estudio de las diferentes secciones. En este apartado se incluye una selección de obras que tratan el tema de las funciones del derecho en general, o bien alguno de los temas más específicos que se explican a lo largo del módulo. Se recomienda la lectura de las partes relevantes para este módulo de alguna de estas obras.

M. Atienza, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

N. Bobbio, *Contribución en la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.

H. L. A. Hart, 1961, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press (hay traducción al castellano de G. Carrió: *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963): Sobre las circunstancias que justifican la necesidad del derecho y los problemas entorno en su definición, pgs. 1-30.

A. Latorre, *Introducción en el derecho*, Ariel, ed. 2002.

J. de Lucas (coord.), *Introducción a la teoría del derecho*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.

J. J. Moreso, J. M. Vilajosana, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

Fe de erratas

En el apartado 2.4 se hace referencia a que las cuestiones relacionadas con la justicia se tratarán en el módulo 7, cuando en realidad se trata del módulo 4, titulado *La ley es la ley. ¡Pero no hay derecho! Las múltiples y complejas relaciones entre el derecho y la justicia*.



73.508 TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

30.506 INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Semestre Marzo 23–Julio 23 Módulo 1

Prueba de evaluación continua - PEC 1

EL DERECHO: ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ?

- Presentación y objetivos
- Enunciado: descripción teórica de la práctica a realizar
- Materiales
- Criterios de evaluación
- Formato entrega
- Fecha de entrega

Presentación

Presentación y objetivos

Esta PEC se propone desarrollar los objetivos y competencias indicados a la unidad de aprendizaje 1, siguiendo las pautas del Plan Docente. Para esta unidad se establecen los siguientes **objetivos** específicos:

1. Identificar situaciones de conflicto y problemas de coordinación sociales
2. Entender las características humanas que justifican la existencia de normas, y el impacto de estas como mecanismos de incentivación y desincentivación de conductas
3. Reconocer e identificar las principales funciones del derecho, y como se manifiestan en ejemplos o medidas concretas
4. Diferenciar claramente entre las perspectivas descriptiva y valorativa en el análisis de las funciones sociales del derecho
5. Reconocer e identificar las diversas técnicas de control social que utiliza el derecho
6. Reconocer las relaciones y el impacto de otros ámbitos como la antropología, la sociología o la economía en el fenómeno jurídico

Además, esta PEC trabaja las **competencias** siguientes, de acuerdo con el Plan Docente:

Grado en Derecho

Competencias transversales

- Uso y aplicación de las TICs
- Comunicarse correctamente, oralmente y por escrito, tanto en las lenguas propias como en una lengua extranjera

- Trabajar en equipo y en ambientes multidisciplinares, así como las relaciones interpersonales

Competencias específicas

- Búsqueda, obtención y uso de las fuentes jurídicas (legales, jurisprudenciales y doctrinales)
- Comprensión de las diferentes formas de creación del Derecho, su evolución histórica y su realidad actual
- Desarrollo de un discurso jurídico correctamente estructurado, tanto de manera oral como escrita
- Análisis de la realidad social desde la perspectiva del Derecho como sistema regulador de las relaciones sociales

Grado en Criminología

Competencias transversales

- Comunicarse correctamente, oralmente y por escrito, tanto en las lenguas propias como en una lengua extranjera

Competencias específicas

- Desarrollar la actividad criminológica conforme a los principios constitucionales, los derechos fundamentales y las libertades públicas
- Situar el fenómeno criminal en el contexto personal, social y jurídico en el que se desarrolla

Descripción de la práctica

La prueba consta de **tres ejercicios**. Los **dos primeros** son preguntas de argumentar por qué ciertas afirmaciones son verdaderas o falsas, respectivamente (**4 puntos** cada uno). El **tercer** ejercicio consiste en un ejercicio de completar ciertos enunciados con los conceptos o expresiones adecuados en cada caso (**2 puntos**).

Enunciado de la PEC

1. Justifica en un máximo de 5-6 líneas por qué los enunciados siguientes son VERDADEROS. (4 puntos)

- El derecho puede resultar útil en situaciones que no involucran un conflicto.

Efectivamente, el conflicto no es el único contexto de interacción social en el que el derecho puede resultar útil. En concreto, también pueden surgir problemas cuando los objetivos perseguidos son compatibles, incluso coincidentes. Es lo que se conoce como problemas de coordinación, donde el aspecto más importante no es cuál es la pauta de conducta correcta a seguir sino que todas las personas involucradas se atengan a las mismas.

- El derecho nos obliga a pensar que no somos ángeles ni demonios.

De acuerdo con la teoría del "contenido mínimo del derecho natural" de Hart, las personas nos caracterizamos, entre otros rasgos, por poseer un altruismo limitado. Esto significa que ni actuamos exclusivamente por motivaciones egoístas y buscando el propio beneficio en todos los casos, ni anteponemos siempre el bienestar y los intereses ajenos a los propios. Este rasgo justificaría, a decir del autor, que sea racional dotarnos de un conjunto de normas jurídicas: si fuésemos "demonios" no tendría sentido poner normas porque nunca las seguiríamos y si fuésemos "ángeles" tampoco, porque nunca nos sentiríamos tentados a recurrir a la violencia.

- Los sistemas jurídicos no garantizan necesariamente sociedades cohesionadas.

Que el derecho cumpla una función integradora, en el sentido de que contribuye a reducir los conflictos sociales promoviendo una mayor cohesión entre sus miembros, no significa que todo sistema jurídico, por el mero hecho de existir, contribuya a la cohesión social. Cuestión distinta es si el derecho "debería" contribuir a una menor conflictividad; probablemente nadie estaría en contra de esta afirmación.

- Asimilar el derecho a una técnica represiva resulta una simplificación.

Las denominadas técnicas de control social permiten concluir que, a la hora de intentar dirigir la conducta, el derecho puede actuar de distintos modos: no solo desincentivando lo que se considera negativo, sino también incentivando lo que se considera positivo. Además, el derecho puede entrar en acción tanto antes de que se lleve a cabo la conducta que se quiere incentivar/desincentivar como después de que haya producido esta.

- El nivel de seguridad jurídica de un sistema concreto no depende solo de la claridad y la publicidad de sus disposiciones legales.

Un requisito fundamental para que poder hablar de seguridad jurídica es que las normas sean seguidas por quienes tienen la obligación de garantizar su cumplimiento. De poco serviría que estas fuesen públicas y redactadas de forma clara si los poderes públicos no se atuviesen a ellas ni garantizasen su cumplimiento por parte de los destinatarios.

2. Justifica en un máximo de 5-6 líneas por qué los enunciados siguientes son FALSOS. (4 puntos)

- Las normas jurídicas son automáticamente justas.

El hecho de que el derecho cumpla un papel esencial en la percepción del poder político como un uso legítimo de la fuerza y de la coerción no implica que las decisiones que este adopte sean automáticamente justas. En este sentido, es necesario diferenciar entre los conceptos de legitimación y legitimidad; el primero es de naturaleza descriptiva y el segundo, de naturaleza moral. El derecho atribuye una función de legitimación del poder, pero de ahí no se sigue necesariamente que sus mandatos sean justos en términos objetivos, con arreglo a una determinada teoría moral.

- Los sistemas jurídicos contribuyen de hecho a promover la justicia.

Esta afirmación, si se interpreta como una tesis descriptiva, es falsa ya que la historia (también la actualidad) proporciona ejemplos de sistemas que protegen, alientan incluso, prácticas moralmente inaceptables. Cuestión distinta es si se interpreta esta afirmación como una tesis valorativa. En este sentido, difícilmente se puede estar en contra de la pretensión de que los sistemas jurídicos "deberían" promover la justicia.

- Cuando se sostiene que una de las principales funciones del derecho es promover la justicia, lo que se está afirmando es que el derecho sirve para que la sociedad sea más justa desde un punto de vista legal.

El término justicia, interpretado como un concepto de tipo jurídico, nos llevaría a concluir que la afirmación "una de las principales funciones del derecho es promover la justicia" es una tautología. En efecto, si justicia equivale a ley o a derecho, entonces la afirmación anterior debería leerse así: "una de las principales funciones del derecho es promover el derecho".

- El derecho entra en acción únicamente después de que se ha producido la conducta que se quiere desincentivar.

Las denominadas técnicas de control social permiten concluir que el derecho puede entrar en acción no sólo después de que ha tenido lugar la conducta que se quiere desincentivar sino también antes. Además, a la hora de intentar dirigir la conducta, el derecho puede optar no solo por desincentivar lo que considera negativo sino también por incentivar lo que se considera positivo.

- De acuerdo con Hart, la existencia del derecho es algo necesario o ineludible.

Para este autor, la existencia del derecho no es como una ley de la naturaleza. En consecuencia, Hart no niega que pueda llegar a existir una sociedad sin derecho. Lo que afirma, más bien, es que,

dadas ciertas características comunes de los seres humanos y teniendo en cuenta ciertos objetivos, está justificada la existencia del derecho con un cierto contenido mínimo.

3. Completa los siguientes enunciados con los conceptos o expresiones adecuados en cada caso (2 puntos)

-En opinión de Hart, son características básicas comunes de los hombres la _____, la _____, el altruismo _____, los _____ limitados y la _____ y _____ limitadas.

Vulnerabilidad/igualdad aproximada/limitado/recursos/comprensión/fuerza de voluntad.

-Las funciones básicas del derecho son el _____, la seguridad _____, la _____ del poder, y la justicia.

Control social/jurídica/legitimación.

-En relación con cada una de las funciones básicas del derecho, es posible distinguir una concepción _____ y una concepción _____.

Descriptiva/valorativa.

-Las técnicas de control social que permiten incentivar/desincentivar una conducta antes de que esta se produzca son la _____ y la _____.

Promoción/prevención.

-El nivel de seguridad jurídica depende de tres aspectos: la _____ de las disposiciones legales, su _____, y el _____ por parte de los _____.

Claridad/publicidad/cumplimiento/poderes públicos.

Materiales

Para realizar esta PEC se debe estudiar previamente el **módulo 1** de la asignatura

Criterios de evaluación

Los criterios utilizados para otorgar las diversas puntuaciones serán:

- la **adecuación** de la respuesta al enunciado de la pregunta.
- la **corrección** del contenido de la respuesta.
- la **complejidad** del razonamiento que se utiliza para apoyar la solución aportada.
- el **estilo** de redacción en la respuesta, cuestión importante para un jurista.

Formato entrega

La PEC debe entregarse en el Registro de Evaluación Continua (no en el buzón personal del consultor). Las respuestas se entregarán en un fichero en formato Word (.doc), Open Document (.odf), Rich Text Format (.rtf) o PDF.

Fecha de entrega

La fecha límite de entrega son las 24 horas del día **13 de marzo de 2023** (no se admitirá ningún ejercicio después de esta fecha).

El Derecho: ¿qué es y cómo es?

PID_00279263

David Martínez Zorrilla

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 7 horas





David Martínez Zorrilla

Doctor en Derecho. Profesor Agregado de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por el profesor: David Martínez Zorrilla

Segunda edición: febrero 2021
© de esta edición, Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC)
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Autoría: David Martínez Zorrilla
Producción: FUOC
Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

Introducción.....	5
1. Norma jurídica.....	9
1.1. Lenguaje y normas	9
1.1.1. Usos del lenguaje	10
1.1.2. Direcciones de ajuste	12
1.1.3. Tipología de las normas	13
1.1.4. Prescripciones. Elementos de las prescripciones	17
1.1.5. Normas y proposiciones normativas	22
1.2. Las normas jurídicas como prescripciones. Problemas	24
1.3. Tipos de normas jurídicas: normas prescriptivas y normas constitutivas	28
1.3.1. Casos genéricos y casos individuales	30
1.3.2. Otros tipos de normas	31
1.4. Reglas y principios	32
2. Sistema jurídico.....	38
2.1. Sistemas normativos estáticos y dinámicos	40
2.2. El Derecho como sistema estático: las relaciones lógicas	41
2.2.1. Normas formuladas y normas derivadas	42
2.2.2. Propiedades formales de los sistemas normativos	43
2.3. El Derecho como sistema dinámico: las relaciones genéticas	51
2.3.1. Las normas de competencia	52
2.3.2. La derogación. Problemas de indeterminación lógica del sistema	53
2.3.3. Sistema jurídico y orden jurídico	55
2.4. Validez jurídica	57
2.4.1. Criterios de validez jurídica	57
2.4.2. Pertenencia y aplicabilidad	59
2.5. La identidad del sistema	61
2.5.1. La norma básica de Kelsen	62
2.5.2. La regla de reconocimiento de Hart	63
3. Los conceptos jurídicos fundamentales.....	64
3.1. El concepto de personalidad jurídica	64
3.1.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar	67
3.2. El concepto de <i>sanción</i>	68
3.3. Los conceptos de deber jurídico y acto ilícito	71
3.4. El concepto jurídico de <i>responsabilidad</i>	74
3.4.1. Diversos sentidos de <i>responsabilidad</i>	74

3.4.2.	Tipos de responsabilidad jurídica: responsabilidad subjetiva y objetiva; responsabilidad directa e indirecta	76
3.5.	El concepto de <i>derecho subjetivo</i>	80
3.5.1.	La tipología de los derechos subjetivos según Hans Kelsen	81
3.5.2.	Las posiciones jurídicas de W. N. Hohfeld	83
Resumen		88

Introducción

El estudio del Derecho, tal como ocurre en prácticamente todos los ámbitos del conocimiento, puede ser abordado desde distintas perspectivas. En el módulo *El Derecho: ¿por qué y para qué?* ya hemos tenido la oportunidad de acercarnos al derecho desde un punto de vista *funcional*: cuál es la función que tiene en la sociedad, qué razones justifican su existencia, cuáles son algunas de sus relaciones con otros ámbitos e instituciones sociales, etc. En el presente módulo adoptaremos, en cambio, un punto de vista *estructural*: se trata de ver qué elementos principales componen el sistema jurídico y cómo dichos elementos se relacionan entre sí para formar esa unidad que llamamos *Derecho*. Estos temas han formado lo que tradicionalmente podría considerarse como el "núcleo duro" de la teoría del Derecho. Asimismo, más allá de sus diferencias concretas, todo sistema jurídico cuenta con unos contenidos básicos o fundamentales, cuyo estudio también forma parte de la teoría general del Derecho. En conjunto, lo que se trata de ver en esta parte es *qué es* y *cómo es* el Derecho.

Si se nos pregunta acerca de su estructura, parece que existe una respuesta obvia: el Derecho está compuesto por *normas* (las normas jurídicas), que forman un *sistema* (el sistema jurídico). Difícilmente alguien cuestionaría esta afirmación, pero a poco que queramos profundizar en el análisis surgen los problemas y se plantean muchas preguntas (a las que, por otra parte, se han dado respuestas muy distintas).

Se dice, en primer lugar, que el Derecho está formado por **normas**. Ahora bien, la expresión *norma* es en sí misma problemática, ya que parece englobar muchos conceptos distintos (o, dicho de otro modo, parece haber múltiples tipos o categorías de normas), y no todos ellos parecen tener una estrecha relación con el derecho. En ocasiones, por ejemplo, utilizamos esa palabra para describir ciertas *regularidades*, ya sea en los comportamientos, en las características de ciertos objetos, o en cualquier otro ámbito, como cuando se afirma, por ejemplo, "por norma general, los hijos se independizan alrededor de los treinta años", o "la norma es que tres de cada cuatro estudiantes finalicen sus estudios en el plazo establecido". De hecho, cuando decimos que algo es *normal* (como, por ejemplo, "la reacción normal frente a esa situación es la tristeza y la desorientación", o "el tamaño normal de esta pieza es de 10 centímetros de diámetro"), estamos afirmando que se ajusta a la norma, entendida como cierta regularidad.

En otras ocasiones, en cambio, hablamos de normas entendidas no como descripciones o informaciones acerca de ciertas regularidades que de hecho se producen, sino más bien como "prescripciones", "órdenes" o "mandatos" que pretenden guiar o dirigir el comportamiento de los destinatarios. Este es el

caso, por ejemplo, de cuando entendemos que enunciados como "no debes mentir en tu testimonio", "está prohibido fumar en el campus" o "es obligatorio realizar la declaración del impuesto de la renta" son normas.

Otras veces, las normas son entendidas más bien como ciertas "reglas" que constituyen o definen algo (como un concepto, una relación, una actividad o un juego), y que estrictamente no ordenan ni prohíben nada, sino que su seguimiento determinará si nos ajustamos o no a ese concepto o actividad. Si hablamos de las normas o reglas de un juego de naipes, tales reglas *definen* o constituyen el juego, de modo que su seguimiento determinará que estamos jugando a dicho juego. Si en un momento dado algún jugador hace algo que no se ajusta a las reglas no diremos que este está *desobedeciendo* o incumpliendo sus obligaciones, sino que más bien se trata de un movimiento incorrecto, o que no está jugando a ese juego, sino a otro distinto.

Estos son tan solo algunos tipos o categorías de normas, ya que existen muchos otros. Y aunque parece claro que el sistema jurídico contiene muchas normas prescriptivas (que pretenden dirigir el comportamiento de sus destinatarios), se plantean algunos interrogantes: ¿son todas las normas jurídicas del mismo tipo, o el Derecho contiene diferentes tipos? Si el Derecho no contiene únicamente prescripciones, ¿qué otros tipos de normas podemos encontrar? Por otro lado, las expresiones siguientes: "debes comer utilizando los cubiertos"; "se debe cumplir aquello que se promete"; y "no debe circularse a más de 120 km/h por autopista" son todas ellas normas que prescriben u ordenan conductas, pero no diríamos que todas son normas jurídicas. ¿Qué propiedades o características hacen que una norma sea *jurídica*? ¿Es algo que depende de la propia norma –y el Derecho sería el conjunto de las normas que son jurídicas–, o más bien ocurre que una norma es jurídica si forma parte del conjunto que llamamos *sistema jurídico*?

Asimismo, la concepción del derecho como un **sistema** tampoco está exenta de dificultades. Intuitivamente, calificar el derecho como un sistema supone sostener que no se trata de un mero conjunto desordenado de elementos, como si fuese una especie de contenedor en el que se van metiendo normas, sino que entre los elementos que lo componen pueden establecerse ciertas relaciones que dotan al conjunto de una cierta estructura y orden. Ahora bien, ¿cuál o cuáles serían esas relaciones? El hecho de calificar el Derecho como un sistema, ¿implica afirmar que no pueden surgir ciertos problemas o defectos de tipo formal o estructural en el conjunto? Por otro lado, el contenido del Derecho cambia constantemente, ya que a diario nuevas normas son promulgadas (incorporadas) o derogadas (eliminadas). A pesar de ello, seguimos hablando del *sistema jurídico español* (o de cualquier otro), manteniendo su identidad a pesar de que el conjunto cambia constantemente. ¿Cómo es posible compatibilizar los constantes cambios de contenido con la unidad del Derecho? ¿Y

qué es lo que da unidad a un sistema –por ejemplo, al Derecho español– y permite así diferenciarlo de otros sistemas jurídicos como, pongamos por caso, el Derecho francés?

Por otra parte, a pesar de las evidentes diferencias que podemos encontrar entre los diversos sistemas jurídicos (o incluso dentro de un mismo orden jurídico a lo largo del tiempo), hay una serie de **conceptos jurídicos básicos**, centrales o fundamentales que están siempre presentes y que son comunes no solo entre las diversas ramas o ámbitos del ordenamiento (Derecho civil, penal, administrativo, etc.), sino incluso entre los diversos sistemas legales que podemos encontrar en el mundo. Si bien es cierto que hay muchos conceptos jurídicos que son concretos y específicos de un ámbito determinado (por ejemplo, *prestación*, *antijuridicidad*, *justiprecio*, *litisconsorcio* o *contribución especial*, pertenecientes a los ámbitos civil, penal, administrativo, procesal y tributario, respectivamente), no es menos cierto que otros más generales como *sanción*, *responsabilidad*, *acto ilícito* o *derecho subjetivo* son comunes y transversales en cualquier contexto jurídico, por lo que su examen también se ha abordado tradicionalmente desde la teoría jurídica.

Estos son, en síntesis, los aspectos o temas básicos que serán tratados (de manera breve, dado el carácter introductorio de la asignatura) en el presente módulo, y que nos permitirán tener un panorama bastante completo de qué es y cómo es el Derecho desde un punto de vista estructural.

1. Norma jurídica

El Derecho es fundamentalmente un fenómeno lingüístico, ya que está compuesto por normas, y las normas se expresan por medio del lenguaje (principalmente el lenguaje escrito, en el caso de las normas jurídicas).

1.1. Lenguaje y normas

A diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos, como el de las ciencias empíricas, en los que hay un objeto de estudio que es externo y objetivo (por ejemplo, los geólogos estudian las rocas, que existen en la realidad con independencia de la actividad humana), el objeto de estudio de los juristas es una creación humana, una práctica social (no existiría el Derecho si no hubiera seres humanos desarrollando esa práctica), que además se sustenta en el lenguaje, que es otra práctica social.

Estudiar el Derecho presupone tener en cuenta ciertos aspectos del lenguaje.

La mayoría de los animales tiene, en mayor o menor medida, cierta capacidad de comunicación, pero los seres humanos contamos con la capacidad de la comunicación lingüística, y el lenguaje es un instrumento comunicativo increíblemente potente y versátil, que nos permite realizar múltiples actividades más allá de la simple transmisión de información. Es por ello que puede hablarse de distintos **usos del lenguaje**, según cuál sea la función o la finalidad para la que una determinada expresión lingüística es utilizada.

Este aspecto es muy relevante, y por esa razón, muchos de los filósofos del lenguaje contemporáneos coinciden en señalar que el "significado" de una expresión está formado no solo por su "sentido" –que, simplificando mucho los términos, sería "aquello que se dice" con la expresión–, sino también por su "fuerza", que sería "aquello que se hace" mediante la expresión.

Diferencia entre *sentido* y *fuerza*

La diferencia entre el sentido y la fuerza de las expresiones puede entenderse mejor con un ejemplo. Si tomamos los enunciados siguientes: "Juan cierra la puerta", y "Juan, ¡cierra la puerta!", veremos que ambos tienen el mismo sentido (se refieren al estado de cosas en el que Juan cierra la puerta), pero difieren en su fuerza, ya que en el primer caso, el estado de cosas en el que Juan cierra la puerta es **afirmado**, mientras que en el segundo es **ordenado**. Esta diferencia en la fuerza hace que, a pesar de compartir el sentido, los significados sean distintos, lo que se muestra con el hecho de que una de esas expresiones no puede sustituirse por la otra sin que el significado de lo que se dice cambie.

Lecturas recomendadas

Sobre los distintos usos del lenguaje, podéis consultar las obras siguientes:

J. L. Austin (1962). *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press.

J. Searle (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.

1.1.1. Usos del lenguaje

Como sabemos, el lenguaje es una herramienta de comunicación extremadamente potente y versátil, que permite llevar a cabo las más diversas tareas, mucho más allá de la simple transmisión de información.

Mediante el lenguaje es posible, entre otras cosas, describir, alabar, criticar, ordenar, explicar, prometer, proponer, rezar, contar historias, contar chistes, expresar nuestra conformidad, etc. Cada una de estas actividades puede concebirse como un determinado "uso" del lenguaje, y como puede verse, tales usos pueden resultar muy distintos entre sí, por lo que conviene destacar ciertas características y diferencias entre los mismos. Sin embargo, intentar realizar una lista completa de los usos del lenguaje sería una tarea poco menos que imposible, además de poco útil. Por ello, muchos autores se han limitado a realizar una clasificación de los usos del lenguaje fundamentales o básicos, que suele contener solo unas pocas categorías, dado que todos los demás usos, en mayor o menor medida, pueden reconducirse a alguna de las categorías principales.

La clasificación que aquí presentaremos distingue entre cuatro usos: uso asertivo o descriptivo, uso prescriptivo o directivo, uso expresivo, y uso realizativo u operativo.

Uso asertivo o descriptivo

A la categoría de uso asertivo o descriptivo pertenecen todas aquellas expresiones que describen o informan acerca de determinados hechos, personas, objetos, etc.

Expresiones como "los ángulos de un triángulo suman 180 grados", o "la distancia aproximada entre la Tierra y el Sol es de 150 millones de kilómetros" serían buenos ejemplos del uso asertivo. Los significados de los enunciados que se enmarcan en este uso asertivo se llaman *proposiciones*, que pueden ser verdaderas o falsas, según exista o no correspondencia entre dichos significados y la realidad que describen (que no necesariamente ha de ser el mundo físico).

Ejemplo de uso asertivo

El enunciado "los ángulos de un triángulo suman 180 grados" será verdadero (expresará una proposición verdadera) si, y solo si, de acuerdo con las reglas de la geometría los ángulos de un triángulo realmente suman 180 grados. En caso contrario, la afirmación sería falsa.

Uso prescriptivo o directivo

La categoría de uso prescriptivo o directivo comprende las expresiones que utilizan el lenguaje con el propósito de dirigir la conducta de alguien.

A diferencia de lo que ocurre con las aserciones, en las prescripciones no es posible hablar de verdad o falsedad, sino en todo caso de eficacia o ineficacia (la orden o prescripción será eficaz si el destinatario se comporta de acuerdo con ella, y será ineficaz en caso contrario). Resulta evidente la importancia que este uso lingüístico puede tener en contextos normativos como el jurídico.

Ejemplo de uso prescriptivo o directivo

Si formulamos la expresión "cierra la ventana, por favor", con ella no estamos describiendo ni informando de nada, sino que pretendemos que el destinatario haga algo; que se comporte de cierto modo (en este caso, que cierre la ventana).

Uso expresivo

El uso expresivo del lenguaje consiste en utilizar este para expresar o exteriorizar emociones, sentimientos o valoraciones, al tiempo que para intentar influir en los sentimientos o valoraciones de los demás (crear adhesión).

Para intentar comprenderlo mejor, podemos considerar las diferencias entre las expresiones "la pena de muerte es considerada injusta en nuestra sociedad" y "la pena de muerte es un crimen abominable". Mientras que, en el primer caso, se trataría de informar o describir acerca de la opinión mayoritaria de la sociedad (se ajustaría por tanto a un uso asertivo), en el segundo caso, si bien es cierto que en algún sentido también nos informa de que la persona que formula el enunciado es contraria a la pena de muerte, el núcleo principal del significado consiste en la exteriorización o manifestación del rechazo a la pena de muerte –un juicio de valor–, al tiempo que también, en cierta medida (lo que explica el uso de calificativos como "crimen abominable"), intenta influir en los sentimientos de los demás.

Verdad y falsedad en los juicios de valor

Es una cuestión muy discutida filosóficamente si es posible hablar de verdad y falsedad en los juicios de valor, por lo que no entraremos en esta cuestión.

Uso realizativo u operativo

El uso realizativo u operativo constituiría, más que un uso específico del lenguaje, una categoría bastante amplia en la que se enmarcarían múltiples usos del lenguaje que comparten una característica fundamental: ser acciones, actividades o comportamientos que dependen del lenguaje y son configurados por este.

Puede ilustrarse mejor la idea del modo siguiente: todos sabemos que existen ciertos comportamientos, como andar, respirar, comer, dormir, etc., que son totalmente independientes del lenguaje, en el sentido de que podríamos realizarlos incluso aunque no dispusiéramos de esta herramienta de comunicación (de hecho, eso es lo que ocurre con los animales).

Sin embargo, sin el lenguaje no podríamos hacer acciones como prometer, condenar, o nombrar un heredero, por poner algunos ejemplos, ya que la manera de llevarlas a cabo es, precisamente, usando el lenguaje de un cierto modo determinado.

Ejemplo de uso realizativo u operativo

Si decimos "prometo llamarte mañana", realizaremos una promesa, y difícilmente podríamos prometer algo sin usar el lenguaje de un cierto modo. Algo similar ocurre, por ejemplo, con las expresiones "condeno al acusado al pago de una multa de 1.000 euros", o "designo a María como heredera universal de todos mis bienes".

Todo uso realizativo del lenguaje requiere de la existencia de ciertas reglas constitutivas.

Véanse las reglas constitutivas en el subapartado 1.1.3 de este módulo.

1.1.2. Direcciones de ajuste

Un modo alternativo (aunque no incompatible) de acercarse a los usos del lenguaje, que permite ver con mucha claridad las grandes diferencias que existen entre los usos asertivo y prescriptivo, es la distinción planteada por G. E. M. Anscombe y recuperada por J. Searle entre las dos distintas "direcciones de ajuste o encaje" entre las palabras y la realidad (la relación entre las palabras y el mundo).

Los enunciados asertivos o descriptivos cuentan con una dirección de ajuste palabras-a-mundo, ya que su objetivo primordial (independientemente de que lo consigan o no) es que las palabras se ajusten o concuerden con la realidad que describen. Por el contrario, los enunciados prescriptivos tienen una dirección de ajuste mundo-a-palabras, puesto que su cometido no es informar sobre cómo es la realidad (que las palabras se ajusten al mundo), sino, al contrario, que la realidad se ajuste a las palabras.

Anscombe ilustra la diferencia con el ejemplo de dos listas de la compra. Una de ellas es la lista que lleva el comprador al mercado y que le dice qué debe comprar (dirección de ajuste mundo-a-palabras). La finalidad de esta lista es que la realidad acabe ajustándose a las palabras, es decir, que el comprador adquiera todos los elementos que aparecen en la lista.

Lecturas complementarias

Sobre las diferencias entre los usos asertivo y prescriptivo, podéis consultar las obras siguientes:

G. E. M. Anscombe (1957). *Intention*. Oxford: Basil Blackwell.

J. Searle (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.

La segunda lista, en cambio, es la que elabora un detective privado que tiene como cometido tomar nota de lo que efectivamente adquiere el comprador en el mercado. A diferencia de la anterior, aquí la dirección de ajuste es la de palabras-a-mundo, ya que el objetivo es que lo que aparece en la lista coincida con la realidad.

Las diferencias quedan aún más patentes en la forma de resolver un error: si el detective se equivoca, y escribe "pan" en lugar de "leche", puede enmendar el error tachando la palabra "pan" y escribiendo "leche" (en definitiva, cambiando las palabras); mientras que si el comprador se equivoca, y en lugar de coger pan coge leche, no puede enmendar su error tachando la palabra de la lista, sino que deberá dejar el pan y coger la leche en su lugar (en definitiva, deberá "cambiar el mundo" para que este se ajuste a las palabras, y no a la inversa).

Direcciones de ajuste en otros usos del lenguaje

Respecto de otros usos del lenguaje, como el expresivo o el realizativo, podría considerarse que combinan ambas direcciones de ajuste. En un uso expresivo como "la pena de muerte es un crimen abominable", por un lado se describe la opinión del sujeto (palabras-a-mundo), pero, por otro lado, con este juicio de valor se pretende que la pena de muerte desaparezca (mundo-a-palabras). Por otro lado, en un enunciado realizativo como "nombro a Juan como mi heredero", se está creando mediante el lenguaje una nueva realidad antes inexistente (mundo-a-palabras), pero también se está informando de esta nueva realidad creada (palabras-a-mundo).

1.1.3. Tipología de las normas

El término *norma* resulta ambiguo, ya que expresa múltiples significados (o, dicho de otro modo, distintos tipos de elementos o enunciados son calificados como normas a pesar de no ser reducibles a una única estructura o categoría).

Sobre la ambigüedad del término *norma*, ved el apartado "Introducción" de este módulo.

Por ello, cuando se afirma que el Derecho está formado por normas, un primer paso necesario será determinar con carácter general cuántos distintos tipos de normas existen, para después entrar en la cuestión de qué tipos de normas forman parte de los sistemas jurídicos.

En relación con este punto, resulta especialmente destacable la tipología elaborada por G. H. von Wright. Este autor finlandés distingue tres categorías principales de normas y otros tres tipos secundarios (o, dicho de manera más precisa, distingue tres sentidos principales y tres sentidos secundarios de norma). Entre las categorías principales se encuentran las **reglas conceptuales o constitutivas**, las **prescripciones** y las **reglas técnicas**, mientras que las categorías secundarias están compuestas por las **costumbres**, las **normas morales** y las **reglas ideales**.

Lectura recomendada

Sobre la tipología de las normas, podéis consultar las obras siguientes:

G. H. von Wright (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. Londres: Routledge and Kegan Paul.

Reglas conceptuales o constitutivas

En ocasiones, usamos la expresión *norma* para referirnos a aquellos preceptos que definen un concepto, un objeto, una actividad, etc. Un ejemplo serían las reglas de los juegos (como puede ser el ajedrez o un juego de naipes), así como las de la lógica, las matemáticas o la gramática. Puede decirse que el ajedrez está definido por un conjunto de reglas (normas) y que si alguien mueve las fichas de manera distinta a la establecida por esas reglas, no es que esté violando o incumpliendo una obligación, sino que más bien ha realizado un movimiento incorrecto o que simplemente no está jugando al ajedrez.

En el ámbito jurídico podemos encontrar preceptos que se asemejan a las reglas que constituyen o definen un juego: por ejemplo, cuando la Constitución establece que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años (está definiendo qué se entiende legalmente por "mayoría de edad"), o cuando el Código civil determina que los edificios, los terrenos, los ríos y otros bienes son bienes inmuebles (define el concepto legal de "bien inmueble"), o cuando el mismo código establece los requisitos formales y de contenido que debe reunir un documento para que sea un testamento válido.

Las reglas conceptuales no imponen deberes en sentido estricto, sino que establecen las condiciones bajo las cuales un objeto o situación pertenece a la categoría definida por esas reglas.

Así, si un documento no reúne los requisitos de forma determinados por la ley para ser un testamento, no se tratará de un incumplimiento de un deber jurídico, sino que simplemente ese documento no será un testamento válido (no valdrá jurídicamente como "testamento", de modo que no dará lugar a las consecuencias jurídicas derivadas de un testamento).

Esta misma idea es la que subyace en las llamadas *normas constitutivas*, de acuerdo con la nomenclatura de J. Searle (serían reglas conceptuales en la clasificación de Von Wright). Según Searle, las normas constitutivas tienen la estructura siguiente:

En el contexto *C*, *X* cuenta como *Y*

Así, por ejemplo, podría decirse que en el contexto del Derecho español, ser mayor de 18 años cuenta como ser mayor de edad, ser un edificio cuenta como ser un bien inmueble, o un documento que reúna ciertos requisitos formales y de contenido cuenta como un testamento.

El elemento "contexto *C*"

El "contexto *C*" es un elemento fundamental de estas normas, pues un mismo acto, situación o comportamiento puede tener significados muy distintos (o no tenerlos en absoluto) en función del contexto a que hace referencia la norma.

Pensemos por ejemplo en un movimiento físico como levantar el brazo: en un contexto como el de una clase presencial, puede significar que se quiere plantear una pregunta o hacer un comentario; en el contexto de una votación en una asamblea, puede significar que estamos a favor de una propuesta; y si estamos en un bosque, probablemente no signifique nada. Que este mismo comportamiento tenga significados tan dispares según el contexto responde a la existencia de distintas normas constitutivas.

Prescripciones o normas prescriptivas

Probablemente sea este el significado más usual o común del término *norma*. Las prescripciones son enunciados formulados con el propósito de guiar el comportamiento de sus destinatarios, determinando qué es lo que pueden y no pueden hacer (en otras palabras, qué resulta obligatorio, prohibido o permitido).

Las prescripciones tienen como propósito determinar el comportamiento de sus destinatarios en un cierto sentido, por lo que responden claramente a un uso prescriptivo o directivo del lenguaje.

Enunciados como "cierra la puerta", "debes cumplir tus promesas", o "todo residente en España que obtenga unas rentas anuales superiores a 21.000 euros debe presentar la declaración del IRPF" serían ejemplos de prescripciones. Estas, por tanto, a diferencia de las reglas conceptuales, sí que dirigen el comportamiento en sentido estricto y, consiguientemente, pueden ser obedecidas o desobedecidas.

Von Wright lleva a cabo un análisis pormenorizado de las prescripciones, detallando los elementos que componen su estructura, tal como veremos en el epígrafe 1.1.4 de este mismo subapartado.

Reglas técnicas

Las reglas técnicas, tal como las define Von Wright, son los preceptos que establecen las condiciones necesarias para alcanzar un fin determinado.

La expresión "si quieres aprobar el examen, debes estudiar" sería un ejemplo de regla técnica. Las reglas técnicas presuponen lo que se conoce como *enunciado anankástico*, que es un enunciado asertivo (expresa por tanto una proposición) que afirma que algo es una condición necesaria para obtener cierta consecuencia o resultado. La proposición debe ser verdadera si se pretende que la regla técnica sea adecuada o correcta.

Hay que destacar que, en sentido estricto, las reglas técnicas no imponen deberes (no son prescripciones), ya que no tratan de guiar (directamente, al menos) el comportamiento, sino que se limitan a señalar qué condiciones deben cumplirse para obtener cierto fin. Dependerá entonces de cada uno la decisión de perseguir o no tal fin.

Las restantes categorías de normas son secundarias en el sentido de que comparten aspectos o elementos de una o varias de las categorías principales, pero sin que puedan asimilarse totalmente a ellas.

Costumbres

Las costumbres serían aquellos estándares de conducta generados por la propia sociedad (no dictados expresamente por cierta autoridad) y que están considerados como obligatorios por parte de la sociedad.

Un ejemplo sería la norma social de utilizar los cubiertos para comer. Las costumbres se asemejan a las prescripciones en el sentido de que guían la conducta (pretenden dirigir el comportamiento), si bien han sido generadas por el propio contexto social en lugar de haber sido promulgadas por una autoridad jurídica.

Pero, al mismo tiempo, también contarían con aspectos que las acercarían a las reglas conceptuales, ya que, de algún modo, las costumbres describen a la sociedad y la diferencian de otras (pensemos en cómo diferentes sociedades tratan de modo distinto cuestiones como el saludo o la actitud en la alimentación: el uso de cubiertos, los tipos de alimentos permitidos, etc.).

Normas morales

Existen muchas discusiones acerca de qué normas pueden ser consideradas "morales", o si realmente estas tienen características distintas de las de otros tipos de normas, pero, en todo caso, Von Wright considera que tienen autonomía suficiente para constituir una categoría propia y diferenciada del resto.

Haciendo una gran simplificación, puede decirse que en el ámbito de la filosofía moral hay dos grandes concepciones o corrientes, la consecuencialista y la deontológica.

La corriente consecuencialista valora la corrección o incorrección moral de un comportamiento según la medida en que incida positiva o negativamente en la consecución de un fin valioso (como por ejemplo la felicidad general). La deontológica basa la corrección o incorrección de determinados actos en función de que sean o no de cierta clase o que se ajusten a ciertos principios (por ejemplo, todo comportamiento que implique cumplir una promesa es correc-

to porque deben cumplirse las promesas, o todo acto que suponga infligir un daño a un inocente es incorrecto porque no debe dañarse a los inocentes), con independencia de las consecuencias.

Bajo una perspectiva consecuencialista, las normas morales se asemejarían a las reglas técnicas (qué es necesario hacer para alcanzar un fin moralmente valioso), mientras que desde la óptica deontológica se asimilarían más bien a las prescripciones (qué debe o no debe hacerse).

En todo caso, se trata de un asunto muy complejo y discutido en el ámbito de la filosofía moral, en el que no podemos entrar. Lo único destacable, en cualquier caso, sería que prácticamente ningún autor defendería versiones puras o extremas de consecuencialismo o deontologismo (que lo único importante son las consecuencias o que el comportamiento se ajuste a ciertos principios), aunque es cierto que hay quienes tienden más hacia una u otra concepción.

Reglas ideales

Este tipo de reglas establecen los modelos de excelencia de algo, e indican por tanto cómo debe ser un objeto, una persona (un x , en definitiva) para ser un buen x . Por ejemplo, serían reglas ideales aquellas que establecen que un buen profesor debe ser claro, inteligente, ordenado, ameno, etc.

Las reglas ideales, más que determinar lo que se "debe hacer", son modelos de "deber ser".

Las reglas ideales se asemejan, por un lado, a las reglas técnicas porque establecen las condiciones necesarias que debe reunir un x para ser un buen x (condición necesaria para alcanzar un fin u objetivo), mientras que también son análogas a las reglas conceptuales en la medida en que definen un modelo (un buen profesor, por ejemplo).

1.1.4. Prescripciones. Elementos de las prescripciones

De entre las distintas categorías de normas que hemos visto, las prescripciones ocupan un lugar muy destacado, ya que es muy común hablar de normas para referirnos a elementos que intentan dirigir nuestra conducta (qué debemos hacer, en definitiva). Esto justifica la necesidad de detenernos en el estudio más detallado de las prescripciones, destacando los diferentes elementos que las componen.

Para ello nos basaremos también en el análisis realizado por G. H. von Wright. El autor distingue un total de ocho elementos distintos, de los que los tres primeros forman el llamado **núcleo normativo**: carácter, contenido, condiciones de aplicación, autoridad normativa, sujeto normativo, ocasión, promulgación, y sanción.

Carácter

Por carácter de una prescripción se entiende la calificación normativa o deóntica de una acción o comportamiento establecida por la norma.

Usualmente se entiende que las distintas calificaciones deónticas posibles son tres: obligatorio (**O**), prohibido (**Ph**) y permitido (**P**). Algunos autores añaden una cuarta categoría, facultativo (**F**), que consiste en que está permitido tanto realizar un comportamiento como abstenerse de llevarlo a cabo.

Para Von Wright y muchos otros autores, los distintos operadores deónticos son interdefinibles (cada uno de ellos se puede definir en términos de otro operador distinto). Si tomamos por ejemplo el operador permitido (**P**) como primitivo o básico, los demás se definirían en los términos siguientes:

'Ox' equivale a ' $\neg P\neg x$ '

Si una norma nos obliga a hacer algo, es lo mismo que si no nos permite no hacerlo (por ejemplo, si es obligatorio circular por la derecha de la calzada, no está permitido no circular por la derecha de la calzada).

'Phx' equivale a ' $\neg Px$ '

Si una norma nos prohíbe realizar una acción, es que no nos permite llevarla a cabo (por ejemplo, si está prohibido fumar, no está permitido fumar).

'Fx' equivale a ' Px ' y ' $P\neg x$ ' conjuntamente

Si un comportamiento es facultativo, supone que está permitido tanto realizarlo como no realizarlo, quedando la decisión a criterio del destinatario de la norma (debe destacarse que si un comportamiento está permitido ello no implica lógicamente que sea facultativo, ya que podría ser obligatorio, pues la obligación de hacer algo implica que está permitido hacerlo).

Recuérdese

El símbolo ' \neg ' es el símbolo lógico de la negación.

Hay autores, entre ellos Atienza, Ruiz Manero y Hernández Marín, que opinan que la permisión no es un auténtico operador deóntico y que, en consecuencia, no guía realmente la conducta, ya que decir que algo está permitido sería decir simplemente que no está prohibido (no hay ninguna norma que lo prohíba –ausencia de prohibición–).

Esta concepción, no obstante, presenta algunos problemas que hacen aconsejable concebir la permisión como un carácter deóntico autónomo y distinto de la mera ausencia de prohibición.

Discrepancias en torno a la permisión

Aun sin poder entrar en detalles, esta concepción de la permisión plantea problemas. Uno de ellos consiste en que, gracias a la interdefinibilidad entre operadores deónticos, una prohibición o una obligación también pueden expresarse en términos de permisión, por lo que habría que sostener que estos tampoco son auténticos operadores deónticos y que no guían realmente el comportamiento. Por otro lado, eliminar la permisión como carácter autónomo supondría, entre otras cosas, no poder diferenciar entre los casos en los que una prescripción establece expresamente que cierto comportamiento está permitido (lo que suele denominarse **permiso fuerte** o en sentido fuerte) y la simple ausencia de una norma que lo prohíba (**permiso débil** o en sentido débil).

La necesidad de distinguir entre ambas situaciones queda patente en ejemplos como el siguiente: una de las condiciones para que una norma jurídica sea válida es que su contenido no contradiga lo establecido por disposiciones de rango superior (por ejemplo, una ley no puede contradecir preceptos constitucionales, o un real decreto del Consejo de Ministros no puede contravenir preceptos de rango legal).

Si se da el caso de que una norma de rango legal (por ejemplo) permite expresamente un comportamiento (permiso fuerte), si posteriormente una norma de rango inferior prohibiera ese mismo comportamiento, esta última norma sería inválida, y el comportamiento seguiría estando permitido. Si, en cambio, se tratase de un permiso débil (ninguna norma prohibía la conducta) y se promulga una norma prohibiendo ese comportamiento, este pasará a estar prohibido. Por último, debe destacarse que la distinción entre permiso fuerte y permiso débil también tiene relevancia en relación con el tema de las lagunas normativas (ved el epígrafe "Lagunas normativas" en el subapartado 2.2.2).

Contenido

El contenido de la prescripción consiste en aquel comportamiento que se encuentra calificado deónticamente por cierto carácter (aquello que es obligatorio, prohibido, permitido o facultativo).

Puede tratarse tanto de un comportamiento positivo (acción o actividad; algo que el sujeto "hace"), como negativo (una omisión; un comportamiento que consiste en "no hacer" algo). Ahora bien, Von Wright destaca que una omisión no consiste simplemente en no hacer algo, sino en no ejecutar una acción determinada (por ejemplo, fumar, matar, pagar, etc.), **pudiéndola hacer**. De ese modo, no puede afirmarse, por ejemplo, que omitimos realizar saltos de más de 20 metros de longitud.

Lecturas recomendadas

Sobre la permisión como falso operador deóntico, podéis consultar las obras siguientes:

M. Atienza; J. Ruiz Manero (1996). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.

R. Hernández Marín (1998). *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Condiciones de aplicación

Las condiciones de aplicación de una prescripción son aquellas circunstancias que deben darse para que pueda realizarse el contenido de la norma (esto es, para que pueda hacerse u omitirse aquello que es ordenado, prohibido, permitido o facultado).

Es posible distinguir entre prescripciones **categóricas** e **hipotéticas** en función de cómo sean sus condiciones de aplicación. Son categóricas aquellas prescripciones que tan solo exigen las condiciones que derivan de su propio contenido, sin que sea exigible ninguna otra condición adicional. Por su parte, las normas hipotéticas son aquellas que, además de las condiciones exigidas por el contenido, precisan de alguna condición adicional y lógicamente independiente del mismo.

Ejemplos de prescripción categórica y de prescripción hipotética

La prescripción "Cierra la ventana" es categórica porque todas sus condiciones de aplicación se derivan del contenido (en este caso, que haya una ventana, que esté abierta, que pueda cerrarse, etc.). La prescripción "Si hace frío, cierra la ventana" es hipotética porque precisa, además de las condiciones exigidas por el contenido (que haya una ventana, que esté abierta, etc.), la condición adicional e independiente de que haga frío.

Junto a este núcleo normativo, constituido por el carácter, el contenido y las condiciones de aplicación de las prescripciones, también es posible distinguir otros elementos: la autoridad normativa, el sujeto normativo, la ocasión, la promulgación y la sanción.

Autoridad normativa

La autoridad normativa es el agente que emite o dicta la norma, o la "fuente" de la que emana.

En el caso de las normas jurídicas, se trataría de un cierto órgano (por ejemplo, el Parlamento). En el supuesto de las normas sociales o de etiqueta, sería la sociedad en su conjunto. En el caso de las normas morales, dependerá de la concepción manejada (puede entenderse que emanan de la propia sociedad, de Dios, de la razón, etc.).

Sujeto normativo

El sujeto normativo es el agente o el conjunto de agentes destinatarios de la prescripción (en definitiva, quienes resultan afectados directamente por ella).

Puede tratarse del conjunto de la sociedad (como en la prescripción "Es obligatorio detenerse ante los semáforos en rojo"), de un colectivo más delimitado (como en "Los estudiantes de esta asignatura deben realizar todas las prácticas"), o incluso individuales (como en el caso del presidente del gobierno que ordena hacer algo a uno de sus ministros).

En función de cómo sean la autoridad y el sujeto normativo, es posible distinguir entre **normas heterónomas** y **normas autónomas**. En las heterónomas, autoridad y sujeto normativo son entidades distintas (este es el caso de las normas jurídicas, y también de las morales si se entiende que estas son dictadas por cierta autoridad divina), mientras que las normas autónomas son aquellas que el agente se dicta a sí mismo para guiar su propia conducta (sería el caso, bajo ciertas concepciones, de las normas morales, en las que estas se conciben como normas que la razón se dicta a sí misma).

Ocasión

La ocasión consiste en la localización espacio-temporal en la que debe llevarse a cabo el contenido de la prescripción.

Por ejemplo, "Está prohibido fumar en las aulas y despachos de la universidad", o "Se prohíbe estacionar vehículos a menos de cien metros de la costa los fines de semana".

Promulgación

La promulgación consiste en el acto de formular, dictar o exteriorizar la prescripción.

Este elemento de la prescripción se expresa en un lenguaje a fin de que el destinatario pueda conocerla, comprenderla y cumplirla.

Sanción

Estrictamente hablando no forma parte de la prescripción, pero está conceptualmente vinculada a ella.

La sanción consiste en la amenaza de un daño realizada por la autoridad normativa para el caso de incumplimiento de la norma, con el fin de reforzar su eficacia.

Así, por ejemplo, la sanción respalda la prescripción "Es obligatorio pagar el impuesto sobre la renta" con la amenaza de padecer una inspección fiscal y la subsiguiente multa en caso de no hacer efectivo el pago de dicho impuesto.

1.1.5. Normas y proposiciones normativas

Podemos denominar *enunciados deónticos* u *oraciones deónticas* a todos aquellos enunciados lingüísticos que contienen palabras o expresiones propias de un lenguaje prescriptivo, como "debe", "no debe", "obligatorio", "prohibido", "permitido", entre otras.

El uso de palabras de este tipo puede parecer un indicio inequívoco de que nos movemos en el ámbito de un uso prescriptivo o directivo del lenguaje, y de que en consecuencia, estas expresiones son utilizadas para dirigir la conducta de los destinatarios.

Lamentablemente, las cosas no son tan sencillas, ya que los enunciados deónticos, en ciertos casos, pueden ser enunciados descriptivos que, en cuanto tales, expresan proposiciones (verdaderas o falsas).

Consideremos el ejemplo siguiente:

OD: "Está prohibido fumar en las aulas"

A pesar de parecer una expresión sencilla y clara, resulta ambigua, ya que puede interpretarse de dos modos distintos:

OD₁: "¡Prohibido fumar en las aulas!"

En esta interpretación, estamos claramente frente a una norma (prescripción) que pretende guiar la conducta (es este caso, intentando que no se fume en las aulas).

Pero también es posible la interpretación siguiente:

OD₂: "Existe una norma que establece que está prohibido fumar en las aulas"

En este caso, no estamos ante una prescripción, sino frente a un enunciado asertivo que nos informa de la existencia de una cierta norma con un determinado contenido. Como enunciado asertivo, expresa una proposición que puede ser verdadera (si realmente existe –ha sido dictada por la autoridad normativa– una norma con ese contenido) o falsa (en caso contrario).

En el caso en que una oración deóntica se entienda como un enunciado asertivo, se dice que estamos ante una proposición normativa.

Dicha oración es una "proposición", porque su significado es descriptivo, y es "normativa" porque lo que describe es una norma. Lo que resulta más problemático es el hecho de que la gran mayoría de oraciones deónticas son ambiguas, ya que pueden interpretarse indistintamente como normas o como proposiciones normativas. Es lo que ocurre con la expresión siguiente:

OD₃: "El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa estipulado en el contrato"

Puede entenderse como una norma, si se encuentra en el Código civil, o bien como una proposición normativa, si lo hallamos en un manual de Derecho civil. El Código civil no pretende informar de nada, sino guiar la conducta, establecer qué debemos hacer bajo determinadas circunstancias, mientras que un autor de un manual de Derecho civil no pretende establecer cuáles son nuestras obligaciones, sino describir adecuadamente el contenido del Derecho.

Puede observarse que solo el contexto nos permite determinar si se trata de una norma o de una proposición, ya que la estructura gramatical de la expresión es exactamente la misma en ambos casos.

Distinción entre uso y mención

Para entender mejor la distinción, podemos hacer referencia a la distinción que en sede de filosofía del lenguaje se establece entre el **uso** y la **mención** de una expresión. Tomemos los siguientes enunciados:

E₁: "Platón tiene seis letras"

E₂: "Platón es Aristocles"

En la expresión E₂, la palabra *Platón* está siendo "usada", ya que se utiliza para referirse al filósofo ateniense, mientras que en E₁, la palabra *Platón* está siendo tan solo "mencionada", ya que se usa, no para referirnos al filósofo, sino a la palabra misma. A pesar de que la palabra coincide, sus significados son distintos, lo que impide entre otras cosas obtener la conclusión siguiente:

Platón es en realidad el mote o sobrenombre con el que se conocía al filósofo, cuyo auténtico nombre era Aristocles. El sobrenombre respondía a su gran corpulencia, ya que *Platón* significa "ancho de hombros".

E₃: "Aristocles tiene seis letras"

Cuando una palabra o expresión lingüística es mencionada, se está usando el lenguaje para hablar acerca del lenguaje, y no de la realidad externa. Cuando el lenguaje se usa para hablar del lenguaje, se puede distinguir entre el **lenguaje objeto** (el lenguaje acerca del cual estamos hablando) y el **metalenguaje** (el lenguaje que usamos para hablar del lenguaje objeto). Aplicando la distinción al ejemplo de la afirmación en un manual de Derecho civil, esta sería metalingüística en relación con la norma del Código civil a la cual se refiere, que sería el lenguaje objeto. En conclusión, puede decirse, pues, que las proposiciones normativas son metalingüísticas en relación con las normas que describen.

1.2. Las normas jurídicas como prescripciones. Problemas

Hemos podido comprobar que el término *norma* no es unívoco, y que pueden diferenciarse múltiples tipos de normas (o, más estrictamente, varios significados de *norma*). El próximo paso sería tratar de determinar cuál o cuáles de esas categorías son aplicables al Derecho, es decir, qué tipos de normas contiene el Derecho.

Parece innegable que el Derecho cuenta con normas prescriptivas, ya que solo de ese modo puede dirigir el comportamiento de los ciudadanos y así llevar a cabo una de sus principales funciones, la del control social.

Aun así, quedan todavía pendientes dos cuestiones:

a) ¿Qué características convierten una prescripción en **jurídica**? Enunciados como "Debes comer utilizando el cuchillo y el tenedor", "Debes cumplir lo que prometiste", o "Debes detenerte ante un semáforo en rojo" son todos ellos prescripciones, pero no diríamos que son normas jurídicas, o al menos aptos para ser normas jurídicas. ¿Qué es lo que hace que una norma sea jurídica, en contraposición con otras categorías (normas sociales, morales, religiosas, etc.)?

b) ¿Contiene el Derecho otras normas que no son prescripciones? Si es así, ¿cuáles? De la afirmación de que el Derecho contiene normas prescriptivas no se infiere lógicamente que no contenga también otros tipos de normas, aunque, como en seguida veremos, la concepción según la cual todas las normas jurídicas son prescriptivas, o al menos reducibles a prescripciones, ha estado muy extendida.

Desde una perspectiva histórica, una respuesta muy común a estas cuestiones ha sido la siguiente: el Derecho está compuesto exclusivamente por prescripciones o normas prescriptivas (que regulan conductas), que tienen ciertas características que las convierten en normas jurídicas (diferenciándolas así de otras normas no jurídicas). El sistema jurídico, por su parte, sería el conjunto de todas las normas jurídicas. Es decir, se parte del concepto de *norma jurídica*, definido según determinadas características, para sostener que el Derecho o sistema jurídico es el conjunto de las normas jurídicas.

Por ejemplo, según el iusfilósofo inglés John Austin (1790-1859), las normas jurídicas serían, esquemáticamente hablando, órdenes del soberano respaldadas por amenazas de sanción en caso de incumplimiento. Son, por tanto, órdenes (prescripciones), pero con la característica de que provienen de cierta

Lectura recomendada

Sobre las normas jurídicas según John Austin, podéis consultar la obra siguiente:

J. Austin (1832). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press.

autoridad (el soberano, u otra autoridad delegada por parte del soberano) y de que están respaldadas por sanciones (amenazas de uso de la fuerza en caso de incumplimiento).

La principal crítica a la teoría de Austin es que asimila el Derecho al modelo del atracador, ya que se asemeja a la situación en la que un atracador dicta órdenes a su víctima y le amenaza con el uso de la fuerza en caso de que no obedezca.

Si bien es cierto que se trata de una exageración, ya que el atracador no reuniría las condiciones exigidas para ser considerado como un soberano, no es menos cierto que en el caso de contextos más complejos, como puede ser el de una organización mafiosa que hubiera conseguido imponerse en cierto territorio, sus órdenes deberían ser consideradas jurídicas, puesto que reunirían todas las exigencias de la teoría de Austin (provenir del soberano y estar respaldadas por amenazas de uso de la fuerza en caso de desobediencia).

Otro de los problemas que tradicionalmente se han planteado es el de la existencia de mandatos que no van acompañados de sanción en caso de incumplimiento.

La concepción de las normas jurídicas como prescripciones es también un rasgo central en la obra del iusfilósofo austriaco Hans Kelsen (1881-1973). En su obra más famosa, la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho* (1960), expone su visión de las normas del Derecho como órdenes dirigidas a las autoridades (jueces, órganos administrativos, etc.) relacionadas con el uso de la coacción.

Una norma jurídica básicamente establece las condiciones bajo las cuales debe imponerse una sanción (si se dan ciertas circunstancias x , debe imponerse la sanción y).

Desde el punto de vista de los ciudadanos, el Derecho actúa como instrumento de motivación indirecta: no les indica directamente qué deben hacer, sino que, gracias a las normas, saben cómo han de comportarse para evitar la sanción.

Este esquema parece ajustarse especialmente bien a ciertas ramas del Derecho como el Derecho penal: el Código penal no establece "Está prohibido matar", sino que "Si alguien mata, se le debe imponer la sanción x ". La "prohibición de matar", en consecuencia, es el resultado de un razonamiento prudencial destinado a evitar la sanción ("Si no quiero que me impongan la sanción x , no debo matar").

Soberano y autoridad

Por *soberano* se entiende aquella autoridad que es habitualmente obedecida y que a su vez no suele obedecer a ninguna otra autoridad. No necesariamente ha de tratarse de una sola persona (puede tratarse de un Parlamento, por ejemplo), y también es posible que delegue poderes en otras autoridades inferiores, pero que en último término dependen del soberano.

Lectura recomendada

Podéis consultar la concepción de las normas jurídicas como prescripciones en la obra siguiente:

H. Kelsen (1960). *Reine Rechtslehre* (2.^a ed.). Viena: Frans Deutike.

Ahora bien, no cualquier imperativo o prescripción, incluso con el esquema planteado por Kelsen, será automáticamente una norma jurídica. Para que lo sea, es necesario el elemento de la **validez**.

Según el autor, una norma es válida (y no un mero imperativo u orden) cuando ha sido dictada conforme a lo dispuesto por otra norma que a su vez es también válida (lo que exige, de nuevo, que esta última haya sido dictada conforme a otra norma válida, y así sucesivamente). De esta manera, las normas jurídicas se estructuran de acuerdo con una **cadena de validez**.

Como esta cadena no puede ser infinita, en último término todas las normas dependen de la **norma básica o fundamental**, que no es una norma positiva (no ha sido dictada por ninguna autoridad), sino más bien un presupuesto teórico o una hipótesis de trabajo para dar unidad al sistema (vendría a ser la norma presupuesta que obliga a obedecer la primera constitución no reformada del ordenamiento).

La norma básica kelseniana y sus problemas serán tratados con mayor detalle en el subapartado 2.5.1 de este módulo.

Independientemente de los problemas específicos de la posición de cada autor, la reducción de las normas jurídicas al modelo de las prescripciones plantea el problema básico de qué hacer con todos aquellos preceptos que, al menos a primera vista, no encajan dentro de este esquema.

Normas que no encajan en el modelo

1) Normas que definen conceptos legales (que serán después usados por otras normas). Por ejemplo, el artículo 18 CE establece: "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años"; o el artículo 335 CC: "Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior [...]".

2) Normas de competencia (normas que confieren poderes a ciertos órganos o autoridades para que puedan dictar normas sobre cierta materia). Por ejemplo, el artículo 66.2 CE: "Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución".

3) Normas que establecen los requisitos de validez de ciertos actos jurídicos. Por ejemplo, el artículo 1261 CC: "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca".

Tanto Austin como Kelsen intentan afrontar estas dificultades reconduciendo estos preceptos al esquema de las normas prescriptivas, pero el resultado es muy problemático.

Afrontando las dificultades del modelo

Kelsen sostiene que todos aquellos preceptos que no se ajustan al esquema de mandato relacionado con la imposición de una sanción son partes o fragmentos de una norma (que se ajusta al esquema kelseniano), lo que daría lugar a "normas-monstruo" muy complejas y que se ajustarían muy poco a nuestras intuiciones acerca de las normas jurídicas. Austin

Ejemplo de cadena de validez

La decisión de la policía local de imponer una multa a un vehículo por estacionamiento incorrecto es una norma válida si se ajusta a lo dispuesto por la ordenanza municipal que regula el tráfico, que a su vez es una norma válida si se ajusta a lo establecido en la ley de régimen local correspondiente, que a su vez es válida si se ajusta a la Constitución).

Lectura recomendada

Para una crítica de Kelsen, podéis consultar la obra siguiente:

H. L. A. Hart (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.

afirma, por su parte, que la nulidad (consecuencia de que un acto no se ajuste a las exigencias legales) es también una sanción.

Pero esto, como sostiene Hart, no parece adecuado. En el caso de las prescripciones, es totalmente separable el mandato (orden, prohibición, permiso...) de la sanción vinculada al incumplimiento del mismo, hasta el punto de que puede perfectamente existir el primero sin la segunda. En cambio, cuando una norma fija los criterios de validez de un acto jurídico (contrato, testamento, solicitud ante una administración, etc.), la invalidez (nulidad) se sigue del mero hecho de que el acto, documento, etc. no se ajusta a los requisitos legales, sin necesidad de ninguna otra norma adicional (haciendo una analogía con el juego del ajedrez, un movimiento de una torre en diagonal es un movimiento nulo o inválido porque no se ajusta a las reglas que determinan los movimientos de la torre, sin que tenga que haber ningún otro precepto que establezca esta "sanción"). La nulidad, por tanto, es más bien una consecuencia lógica, y no el resultado de la aplicación de la norma que establece una sanción.

Con carácter general, H. L. A. Hart expone en *El concepto de derecho* (1961) los problemas o deficiencias que tendría un sistema normativo que contuviera exclusivamente normas de obligación (prescripciones), que en la terminología del autor se denominan **reglas primarias**. Tales deficiencias son las siguientes:

1) **Falta de certeza.** En un sistema formado exclusivamente por mandatos, podrían surgir dudas o discrepancias acerca de qué normas forman parte del mismo, ya que careceríamos de los criterios necesarios para identificar qué cuenta y qué no cuenta como norma del grupo. Tales criterios de identificación no pueden ser establecidos por una prescripción.

2) **Carácter estático de las reglas.** En un modelo de mandatos exclusivamente, no existirían mecanismos para introducir o eliminar normas del sistema, adecuándolo a las necesidades cambiantes del grupo, con lo que el Derecho tendría un carácter estático.

3) **Ineficacia de la presión social difusa.** Siempre es posible que surjan dudas o discrepancias acerca de si cierta norma ha sido o no infringida. En un modelo de reglas primarias exclusivamente, no existirían ni órganos ni procedimientos específicos para determinar cuándo una de esas normas ha sido infringida, y en consecuencia, las normas tenderían a ser ineficientes, puesto que solo se contaría con la presión social difusa para intentar asegurar su cumplimiento.

Para evitar estas dificultades, según Hart todos los sistemas jurídicos cuentan con **reglas secundarias**, llamadas de ese modo porque son normas referidas a otras normas (las primarias). En cierto sentido, pues, son "normas acerca de normas". Así, según el autor inglés, el Derecho se concibe como una unión entre reglas primarias y secundarias.

Las reglas secundarias son, según el autor, de tres tipos:

1) La **regla de reconocimiento**, que evitaría los problemas de falta de certeza, al señalar las características o propiedades cuya posesión por parte de una norma determina su pertenencia al Derecho.

2) Las **reglas de cambio**, que evitarían el carácter estático del Derecho mediante la atribución de poderes o competencias a ciertos órganos o particulares (por ejemplo, en el caso de los contratos) para dictar nuevas normas o eliminar normas antiguas, así como la regulación de los procedimientos para ello.

3) Las **reglas de adjudicación**, que evitarían los problemas de la ineficacia de la presión social difusa mediante la regulación de procedimientos por medio de los cuales ciertos órganos pueden determinar, de manera definitiva y revestida de autoridad, cuándo otras normas han sido transgredidas (serían a grandes rasgos las normas relacionadas con los procesos judiciales).

Se ha discutido mucho acerca de cómo entender adecuadamente las reglas secundarias y la concepción del Derecho de Hart (temas sobre los que no entraremos ahora), pero en todo caso lo aquí explicado debería bastar para poner de manifiesto que resulta inadecuado y problemático reducir todas las normas jurídicas al esquema único de las prescripciones.

Un último punto que cabe destacar es el siguiente: dado que, como hemos podido ver con algunos ejemplos como los de Austin y Kelsen, resulta complicado intentar definir un concepto de *norma jurídica* y considerar el sistema jurídico como el conjunto de todas las normas jurídicas, algunos autores (entre ellos, Carlos E. Alchourrón y E. Bulygin) se han decantado por la estrategia opuesta: partiendo de ciertas características que definirían un conjunto de elementos como un sistema jurídico, serán **normas jurídicas** todos los elementos que forman parte de dicho conjunto, independientemente de si se trata de prescripciones o no.

Bajo esta perspectiva, no habría en realidad nada intrínseco a la propia norma que la convierta en "jurídica"; o dicho de otra manera, las normas jurídicas son iguales al resto de normas, y su carácter jurídico deriva de su pertenencia a un sistema jurídico.

Lectura recomendada

Sobre la concepción de sistema jurídico de Alchourrón y E. Bulygin, podéis consultar la obra siguiente:

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1971). *Normative Systems*. Nueva York/Viena: Springer Verlag.

1.3. Tipos de normas jurídicas: normas prescriptivas y normas constitutivas

Que el Derecho contiene una gran cantidad de normas de tipo prescriptivo, destinadas a dirigir nuestra conducta, parece fuera de toda duda. Normas del tipo "Es obligatorio circular por la derecha de la calzada", "Está prohibido fumar en todo el ámbito de la universidad", o "El comprador está obligado a pagar el precio en el momento y lugar estipulados en el contrato" son muy comunes en todos los sistemas jurídicos.

Pero, como hemos visto anteriormente, también son muy habituales en el Derecho preceptos como los que definen conceptos, establecen criterios de validez para ciertos actos, o confieren poderes normativos, y en estos casos resulta imposible o muy forzado entenderlos como normas prescriptivas.

Estos preceptos, en cambio, parecen ajustarse mejor a lo que Von Wright denomina *reglas conceptuales*, y que otros autores llaman *normas constitutivas*, ya que por medio de ellas se configuran o definen los conceptos legales y los actos jurídicos, o se califican como normas válidas los actos de creación normativa de ciertos órganos.

Sobre los actos de creación normativa, ved las normas de competencia en el subapartado 2.3.1 de este módulo.

Puede decirse, en síntesis, que el Derecho está compuesto fundamentalmente por normas prescriptivas y normas constitutivas.

¿Cuál es, más concretamente, la diferencia principal entre las normas prescriptivas y las normas constitutivas? Todas las normas jurídicas, en general, tienen una estructura conforme a la cual se puede diferenciar entre el "supuesto de hecho" y la "consecuencia jurídica".

El supuesto de hecho puede ser una descripción de una clase de personas (por ejemplo, los compradores, los mayores de dieciocho años, los residentes en España, etc.); de una clase de objetos (por ejemplo, los terrenos, los vehículos de motor, etc.); de una clase de estados de cosas (por ejemplo, una catástrofe natural, el transcurso de un plazo, etc.); o de una clase de acciones o comportamientos (matar a otro, circular a mayor velocidad de la permitida, entrar en el país, etc.).

La consecuencia jurídica, como su nombre sugiere, se refiere a los efectos o consecuencias que la norma vincula al acontecimiento del supuesto de hecho: por ejemplo, la atribución de la categoría legal de "mayor de edad" a las personas mayores de dieciocho años, o la obligación de pagar el impuesto de la renta para los residentes en España.

La diferencia básica entre normas prescriptivas y constitutivas, desde este punto de vista, consiste en que mientras las primeras correlacionan un supuesto de hecho que es un "caso" con una consecuencia jurídica que es una "solución", las segundas correlacionan un supuesto de hecho que es un "caso" con una consecuencia jurídica que es otro "caso".

Un "caso" es una descripción de personas, objetos, estados de cosas o acciones. Tanto las normas prescriptivas como las constitutivas tienen un caso como supuesto de hecho. Una "solución" consiste en un carácter (obligación, prohibición, permiso, facultad) más un contenido (acción u omisión calificada deónticamente).

Las normas prescriptivas correlacionan un caso (por ejemplo, ser un comprador, o ser residente en España) con una solución (la obligación de pagar el precio de la cosa estipulado en el contrato de compraventa, o la obligación de pagar el impuesto sobre la renta). En cambio, las normas constitutivas correlacionan un caso (ser un terreno, contar con consentimiento, objeto y causa) con otro caso (ser un bien inmueble, ser un contrato válido).

Mientras que las normas prescriptivas correlacionan un caso con una solución, las normas constitutivas correlacionan un caso con otro caso.

Aunque, como sabemos, las normas constitutivas no guían la conducta, sí pueden contribuir indirectamente a ello (por ejemplo, cuando definen el concepto legal "mayoría de edad" y otra norma –prescriptiva– establece que los mayores de edad tienen el derecho de sufragio).

La relación entre los dos casos en las normas constitutivas (el que actúa como supuesto de hecho y el que opera como consecuencia jurídica) puede ser de identidad (como en el ejemplo de la norma que correlaciona ser mayor de dieciocho años con ser mayor de edad) o de inclusión (como en el ejemplo de la norma que correlaciona el caso de que un objeto sea un terreno con la consecuencia jurídica "ser un bien inmueble", ya que hay otros objetos que no son terrenos que también son bienes inmuebles).

1.3.1. Casos genéricos y casos individuales

Cuando hablamos de *casos*, debemos tener en cuenta que es posible diferenciar entre los casos genéricos y los casos individuales.

Como explican Alchourrón y Bulygin:

"[...] el término *caso* es ambiguo, tanto en el lenguaje jurídico, como en el lenguaje común. Así, por ejemplo, se habla del caso de homicidio político y del caso del asesinato de Gandhi, del caso de divorcio y del caso de divorcio de Brigitte Bardot... Obviamente, la palabra 'caso' no significa lo mismo en todas estas frases. El asesinato de Gandhi es un acontecimiento real, que ha ocurrido en un lugar y en un momento determinado. La expresión 'el caso de homicidio político' no alude a ningún acontecimiento concreto; es una mera descripción de ciertas propiedades que determinados acontecimientos pueden

tener. La propiedad de ser un homicidio político puede ejemplificarse en un número indeterminado de situaciones reales u ocasiones... A fin de eliminar la ambigüedad, introduciremos las expresiones *caso individual* y *caso genérico*".

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (pág. 56). Buenos Aires: Astrea.

Los "casos" contenidos en las normas jurídicas, sean tanto prescriptivas como constitutivas, son genéricos, ya que solo de ese modo es posible que puedan guiar el comportamiento, al abarcar también acontecimientos futuros.

1.3.2. Otros tipos de normas

Es posible plantearse si, además de normas prescriptivas y constitutivas, podemos encontrar también otras categorías de normas en los sistemas jurídicos.

La respuesta dependerá básicamente de cómo sea cada sistema jurídico en concreto, sin que puedan establecerse reglas generales sobre esta cuestión.

A modo de ejemplo, el ordenamiento jurídico español deja abierto un espacio para las costumbres, que, de acuerdo con los artículos 1.1 y 1.3 CC, pueden aplicarse en defecto de ley (casos de vacío legal o laguna normativa). Si no existe ninguna disposición legal (entendida en sentido amplio, como norma escrita dictada por una autoridad pública) que regule un determinado caso, si existe una costumbre que sí lo regule, y su existencia es adecuadamente probada, esta podrá aplicarse.

Es fácil ver que, teniendo en cuenta la gran cantidad de normas que constantemente son aprobadas, el espacio para la costumbre es mínimo.

Hay también algunos autores que opinan que cierto tipo de normas llamadas *principios* se configuran de tal manera que se ajustarían a la categoría de "reglas ideales".

Sobre los principios, ved el subapartado 1.4 de este módulo.

Si se adopta este punto de vista, pues, podría afirmarse que el Derecho contiene también normas de este tipo.

Por último, lo que sí puede afirmarse es que el sistema jurídico no contiene "reglas técnicas". Si bien es posible, y resulta muy habitual, formular reglas técnicas acerca del Derecho o teniendo en cuenta el contenido del Derecho (por ejemplo, "Si no quieres tener una inspección fiscal y pagar la consiguiente multa, debes presentar la declaración de la renta"; "Si quieres que el testamento

sea válido, debes firmarlo"; o "Si quieres constituir una hipoteca, debes acudir al notario y después inscribirla en el registro de la propiedad"), el sistema jurídico como tal no contiene reglas técnicas, que no guían la conducta, sino en todo caso normas prescriptivas y/o constitutivas ("Es obligatorio presentar la declaración de la renta"; "El testamento debe ir firmado por el testador"; o "Las hipotecas deben constituirse en escritura pública e inscribirse en el registro de la propiedad"), que son las que sirven de base para formular después las reglas técnicas.

1.4. Reglas y principios

Tradicionalmente, al hablar de los principios en el Derecho, se hacía referencia a una fuente del Derecho no positiva a la que se podía acudir en defecto de ley o costumbre aplicable al caso (laguna normativa).

El artículo 1.1. CC recoge los "principios generales del Derecho" como "fuente del Derecho" y el artículo 1.4. CC establece que son aplicables a falta de ley o costumbre que regule el caso a decidir.

Sin embargo, estos principios siempre han generado dudas y controversias tanto respecto a qué son como a cuáles son. Así, mientras que para algunos autores (los llamados iusnaturalistas) los principios generales serían los principios de justicia del derecho natural (normas universales, inmutables y eternas independientes de las decisiones de las autoridades humanas), para otros autores (los positivistas jurídicos, que rechazan la idea del "derecho natural" y sostienen que el único Derecho es el positivo, el que han dictado las autoridades humanas) serían en todo caso abstracciones o inducciones a partir del contenido de las normas jurídicas positivas (así, dentro del ámbito del Derecho civil, podría hablarse del principio de autonomía de la voluntad, del principio de libertad de forma, o del principio de protección de los terceros de buena fe, por poner algunos ejemplos).

No es este, sin embargo, el sentido que aquí nos interesa, sino otro distinto, que ha cobrado notable fuerza en las últimas décadas gracias sobre todo al impulso dado por la obra de Ronald Dworkin.

Este autor trazó una distinción entre dos tipos o categorías de normas jurídicas (prescriptivas): los principios y las reglas. Con el tiempo, esta distinción ha sido ampliamente asumida entre los teóricos y filósofos del Derecho, aunque por desgracia, esta aceptación tan generalizada no se ha traducido en unos criterios teóricos claros de distinción entre ambas categorías.

De ese modo, se discute por ejemplo si se trata de una distinción tan solo gradual (normas que "tienden más" hacia los principios y normas que "tienden más" hacia las reglas), o de categoría (una norma es, o bien un principio, o

Lecturas recomendadas

Sobre los principios en el Derecho según Dworkin, podéis consultar las obras siguientes:

R. Dworkin (1978). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth.

R. Dworkin (1986). *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Cambridge University Press.

bien una regla, que son estructuralmente distintos). Asimismo, los diferentes criterios de distinción propuestos son problemáticos, ya que muchos son poco claros o no permiten incluir dentro de la categoría "principios" elementos que son habitualmente considerados como principios, o incluyen otros que casi ningún jurista calificaría como principios.

Por ello, quizá lo único que pueda decirse con seguridad es que los elementos calificados como principios son tan variados que resulta imposible reducirlos a una única categoría.

Pero pese a estas dificultades, parece que sí que es posible hallar un cierto consenso en que los principios serían fundamentalmente normas con un alto grado de generalidad o abstracción, que básicamente se encontrarían en los textos constitucionales (y no en la ley ordinaria, o en normas de rango inferior), y con un importante contenido sustantivo (en forma de derechos fundamentales, valores, bienes constitucionales, etc.).

Se diría, de ese modo, que en general las normas que reconocen y protegen derechos fundamentales (vida e integridad física –art. 15 CE–, dignidad humana –art. 10.1 CE–, libertad de expresión –art. 20.1 a) CE–, derecho de reunión –art. 21 CE–, intimidad –art. 18.1 CE–, etc.), así como las que establecen ciertas garantías como la igualdad ante la ley (art. 14 CE), la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la irretroactividad de la ley penal desfavorable (art. 9.3 CE), o los preceptos constitucionales que guían las políticas socioeconómicas (protección de la salud –art. 43 CE–, promoción de la cultura –art. 44 CE–, protección del medio ambiente –art. 45 CE–, etc.) serían principios.

Como se ha apuntado, se han propuesto diferentes criterios para distinguir los principios de las reglas, aunque todos plantean dificultades. Algunos de ellos son los siguientes:

a) Según el nivel de abstracción, generalidad o vaguedad de la norma. Conforme a este criterio, los principios serían aquellas normas que utilizan un lenguaje con un alto nivel de generalidad, indeterminación o vaguedad, mientras que las reglas serían normas más precisas o específicas.

Este criterio es problemático porque, además de ser poco preciso (¿cómo calcular el grado de precisión de una norma de manera mínimamente rigurosa?, y ¿dónde fijar la frontera?), a lo sumo serviría para establecer una distinción de grado, pero no estructural o de categoría entre reglas y principios (solo varía el nivel de abstracción o generalidad, pero no hay diferencias estructurales).

b) Según el grado de "importancia" de la norma. Se ha propuesto que los principios serían aquellas normas más importantes, fundamentales o básicas del sistema jurídico, mientras que las reglas serían normas con una importan-

cia menor. Aquí se reproduce el mismo problema del criterio anterior: la importancia es gradual y es un criterio muy poco preciso, con lo que no permite una distinción clara.

Además, esa "importancia" puede considerarse desde varios puntos de vista: desde una perspectiva jurídico-formal o desde una perspectiva valorativa y/o sociológica. Desde una perspectiva formal, las normas "más importantes" serían las de mayor jerarquía, esto es, las de rango constitucional.

En este caso contaríamos con un criterio claro, pero ningún autor sostiene que todos los preceptos constitucionales son principios y que ningún precepto no constitucional lo es. Si se considera, como parece más adecuado, desde una perspectiva valorativa (cuán importantes para nosotros son esas normas o las cuestiones que ellas regulan), se convierte en un criterio muy indeterminado y cuestionable.

c) **Según el carácter abierto o cerrado de las condiciones de aplicación.** Este sería uno de los criterios de distinción más ampliamente compartidos, y, entre otros, el preferido por autores como Dworkin y Atienza y Ruiz Manero.

Conforme a este criterio, las reglas serían normas cuyas condiciones de aplicación están **cerradas**, mientras que los principios tendrían sus condiciones de aplicación **abiertas**.

Que las condiciones de aplicación estén cerradas significa que el supuesto de hecho de la norma determina con carácter completo aquellas condiciones que deben darse para la aplicación de la misma, de manera que si se dan las condiciones, la norma se aplica, y si no, no se toma en cuenta por no ser relevante para el caso.

En cambio, los principios serían normas cuyas condiciones de aplicación no están totalmente determinadas o cerradas, sino que más bien ofrecen razones *prima facie* a favor de una determinada solución, pero existe la posibilidad de que el caso presente otras circunstancias o propiedades que hagan que finalmente la solución sea distinta (no se aplique ese principio).

Además, suele afirmarse que no es posible "cerrar" o elaborar un catálogo completo y definitivo de las condiciones de aplicación de la norma. Por ejemplo, el hecho de que un periodista publique cierta noticia en un medio de comunicación, es en principio un comportamiento amparado en la libertad de información (art. 20.1 a) CE), con lo que "a primera vista" (*prima facie*) es un comportamiento jurídicamente permitido. No obstante, puede ocurrir que haya alguna circunstancia (por ejemplo, que esa información lesione el derecho a

Lecturas recomendadas

Sobre la distinción entre principios y reglas, podéis consultar las obras siguientes:

R. Dworkin (1978). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth.

M. Atienza; J. Ruiz Manero (1996). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.

Ejemplo de condiciones de aplicación

La regla que sanciona con una multa a los conductores que exceden de la velocidad máxima permitida se aplica si se dan las condiciones establecidas por la norma (el conductor excede el límite de velocidad establecido), y resuelve el caso (se aplica la sanción de multa), y si no, no se aplica por no ser relevante para el caso.

la intimidad de un persona, reconocido en el apartado 4 del mismo artículo 20 de la CE) que provoque que esa norma sea "derrotada" y que la solución del caso en consecuencia sea distinta.

Por eso, en lugar de "aplicarse y decidir el caso o no aplicarse", los principios serían normas que "inclinan la balanza" en uno u otro sentido, pero sin determinar automáticamente la solución. Por eso se dice que su supuesto de hecho está abierto, o al menos no totalmente cerrado.

Una de las dificultades del criterio propuesto, como bien explica Juan Carlos Bayón, es que resulta frecuente encontrar normas que habitualmente son consideradas "reglas" y que también tienen sus condiciones de aplicación abiertas y pueden ser derrotadas.

Por ejemplo, el Código penal (art. 138 CP) establece que si alguien mata a otro (homicidio), debe ser condenado con la pena de prisión de diez a quince años. Sin embargo, la circunstancia de matar a otro no es la única necesaria para dar lugar a la consecuencia (sanción de cárcel), ya que, además, deben cumplirse otras exigencias como la mayoría de edad penal, que no se haya matado en legítima defensa, etc., que están fijadas por otras normas y que pueden provocar que la norma penal sea "derrotada".

Por otro lado, existe el argumento del llamado *caballo de Troya*: como se admite que un principio puede constituir una excepción a una regla, y como los principios, por definición, tienen sus condiciones de aplicación abiertas, entonces también las reglas tendrían las condiciones de aplicación abiertas.

d) Principios como normas categóricas. De acuerdo con lo afirmado por Von Wright, las normas pueden ser categóricas o hipotéticas, según que sus condiciones de aplicación deriven exclusivamente del contenido de la prescripción (categóricas), o que incluyan alguna otra condición adicional (hipotéticas). Un posible criterio para configurar los principios y diferenciarlos de las reglas consiste en afirmar que los principios son normas categóricas, al menos en una primera interpretación.

De hecho, muchos de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales están redactados de tal manera que parecen expresar normas categóricas: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral [...]" (art. 15 CE); "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad [...]" (art. 17.1 CE); "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen" (art. 18.1 CE); etc. En estos preceptos, es difícil determinar cuál es el "supuesto de hecho" de la norma, ya que parece que no se exige condición específica alguna para su aplicación (más allá de las condiciones exigidas por su propio contenido).

Lectura recomendada

Sobre las condiciones de aplicación, podéis consultar la obra siguiente:

J. C. Bayón (1991). *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción* (pág. 362). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Es destacable, por otro lado, que este criterio no se contrapone necesariamente con el anterior, ya que puede afirmarse que los principios tienen abiertas o indeterminadas sus condiciones de aplicación hasta el punto de estar presentadas como normas categóricas. Además, se trata de un criterio claro y que permitiría una distinción entre principios y reglas no de grado, sino de estructura o categoría.

Sin embargo, tampoco está libre de dificultades, ya que podemos encontrar muchos preceptos que sin ninguna duda serían calificados como principios y que tienen una estructura de norma hipotética. Por ejemplo, el "principio de inviolabilidad del domicilio" (art. 18.2 CE) establece: "El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito". Este precepto es fácilmente interpretable como la norma (hipotética) siguiente: "Si no existe consentimiento del titular, resolución judicial o flagrante delito, está prohibida la entrada o registro del domicilio".

e) Principios como mandatos de optimización. El principal defensor de esta posición es el autor alemán Robert Alexy, para quien los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Esto parece asimilarlos a la estructura de las "reglas ideales" de la clasificación de Von Wright, ya que un principio establecería un ideal o modelo al que hay que acercarse en la medida de lo posible. Así, mientras que las reglas serían normas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas (coincidiendo aquí con lo afirmado por Dworkin), los principios son susceptibles de una aplicación o cumplimiento gradual.

Ejemplo de principio susceptible de aplicación gradual

El artículo 46 CE establece: "Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran [...]". El modo en que se realice esta conservación y enriquecimiento queda a decisión de los poderes públicos, que pueden conseguir estas finalidades en distinto grado.

A diferencia del criterio de la apertura de las condiciones de aplicación, en el modelo de Alexy la indeterminación propia de los principios se encontraría más bien en la consecuencia jurídica: en las reglas, aquello que se debe hacer u omitir está mucho más determinado que en los principios, que dejarían un amplio marco de acción para su satisfacción.

Esta concepción de los principios también presenta dificultades. Quizá la más destacable es que, a pesar de que el esquema parece funcionar muy bien para aquellas normas que establecen las directrices básicas en materia de política social y económica (no en vano, el Capítulo III del Título I de la Constitución se titula "De los principios rectores de la política social y económica"), ya que

Lectura recomendada

Sobre los principios como mandatos de optimización, podéis consultar la obra siguiente:

R. Alexy (1986). *Theorie der Grundrechte*. Francfort: Suhrkamp.

exigen ser concretados en medidas legislativas específicas y pueden ser satisfechos en distinto grado, no parece en cambio ajustarse bien a otra categoría muy importante de los principios, como son los derechos fundamentales.

En estos últimos, la consecuencia jurídica no parece estar indeterminada, sino todo lo contrario; por ejemplo, si tomamos en cuenta los derechos al honor o a la intimidad (art. 18.1 CE), la consecuencia es que cualquier comportamiento que atente contra el honor o la intimidad de la persona está jurídicamente prohibido. La consecuencia, por tanto, es totalmente específica, porque si un comportamiento concreto atenta contra el derecho, ese comportamiento se prohíbe.

En suma, ninguno de los criterios propuestos resulta plenamente satisfactorio, a pesar de lo cual, como se ha dicho anteriormente, la distinción ha sido ampliamente aceptada y de ella se derivan importantes consecuencias respecto de temas tan importantes como la interpretación jurídica y el modo de resolver conflictos entre normas cuando estas son consideradas "principios".

Ved también

Sobre los conflictos entre principios, ved el epígrafe "Consistencia y antinomias" del subapartado 2.2.2 de este módulo.

2. Sistema jurídico

Una idea muy firme y extendida tanto entre los juristas como entre los ciudadanos en general es que el Derecho es un sistema, hasta el punto de que las expresiones "sistema jurídico" y "Derecho" suelen usarse como sinónimos. Con ello se quiere subrayar que el Derecho no consiste en un mero conjunto desordenado de elementos (algo así como un cajón en el que se van colocando normas sin ningún tipo de orden), sino que, al contrario, ese conjunto cuenta con una cierta estructura u orden, y que sus elementos guardan entre sí ciertas relaciones.

Un **sistema** consiste, en síntesis, en un conjunto ordenado de elementos, o, si se quiere, en un conjunto más una estructura.

Por tanto, no cualquier conjunto constituye un sistema. Nosotros podemos crear conjuntos de elementos a nuestro antojo, pero un conjunto formado por una silla, una obra de Shakespeare y el número π no forman un sistema. En cambio, el conjunto formado por todos los números pares sí que constituye un sistema, ya que sus elementos están ordenados por la relación "ser divisible por dos".

Antes de entrar en detalles acerca de cuáles son las relaciones que se plantean entre los elementos del sistema jurídico y que lo dotan de una estructura, han de destacarse ciertas características básicas que definen a los sistemas jurídicos (permitiendo así diferenciarlos de otros sistemas que contienen normas, como la moral o las reglas sociales).

Así, usualmente se dice que el Derecho se define como un sistema caracterizado por ser normativo, coactivo e institucionalizado.

El Derecho sería, en primer lugar, un **sistema**, porque se entiende que entre los elementos que forman parte del conjunto que llamamos "Derecho" existen ciertas relaciones que dotan a ese conjunto de un cierto orden o estructura. Más adelante, concretaremos cuáles son las principales relaciones.

El Derecho sería, además, un sistema **normativo**. La interpretación más sencilla y directa de esta afirmación sería entender que el Derecho está formado por normas (los elementos del conjunto son normas). Ahora bien, como hemos visto, existen varios sentidos de "norma", y muchas veces se ha interpretado que todas las normas jurídicas son de un mismo tipo (normas prescriptivas),

lo que da lugar a problemas. Por eso, decir que el Derecho es un sistema normativo no debe entenderse como que todos sus elementos son normas prescriptivas.

Es preferible, en consecuencia, una caracterización como la que proponen Alchourrón y Bulygin, para quienes un sistema es normativo si entre sus elementos hay al menos una norma (prescriptiva), esto es, un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa (obligación, prohibición, etc. de un comportamiento). En suma, un sistema será normativo si tiene al menos una norma (prescripción), pero eso no significa que solo contenga prescripciones.

El Derecho sería asimismo un sistema **coactivo**. Y es que, si bien el Derecho es un sistema normativo, no cualquier sistema normativo es jurídico. Otro elemento indispensable que debe satisfacer un sistema para poder eventualmente ser calificado como "Derecho" es que sea coactivo.

Esto significa que entre sus normas existen algunas que regulan el uso de la coacción (imposición de sanciones, así como otras medidas coactivas), así como también que, en términos generales, una característica central del Derecho es la posibilidad de acudir, aunque sea como último recurso, al uso de la fuerza para asegurar el cumplimiento de sus normas o para castigar su incumplimiento.

De forma similar a lo que se apuntaba en el párrafo anterior, el hecho de que la regulación y el ejercicio de la coacción sea una característica central de los sistemas jurídicos no significa, contrariamente a lo sostenido por autores como Austin o Kelsen, que todas las normas jurídicas estén relacionadas con la imposición de sanciones o con el uso de la coacción en general.

Por último, el Derecho sería un sistema **institucionalizado**. Este es un rasgo especialmente sobresaliente de los sistemas jurídicos, que los distingue claramente de otros sistemas normativos que incluso, en cierta medida, podrían satisfacer el criterio de ser coactivos.

Normas no jurídicas y coacción

En algún sentido, también las normas no jurídicas pueden acarrear, en cierta medida, algún tipo de coacción, en forma de presión social, que nos empuja a ajustar nuestro comportamiento a ellas, o en forma de reproche social en caso de incumplimiento (pensemos, por ejemplo, en normas sociales como las relativas al uso de los cubiertos o la de ir vestidos cuando vamos por la calle, o en normas morales como la de cumplir nuestras promesas o prestar nuestra ayuda a quien lo necesita cuando ello no nos supone ningún perjuicio ni molestia).

Pero lo que no ocurre en esos sistemas normativos es que sus normas hayan sido dictadas por ciertos "órganos", y que sea tarea de otro órgano o institución (por ejemplo, un juez) el imponer una sanción por su incumplimiento. En

La coacción en el Derecho

La coacción consiste en el uso de la violencia (habitualmente física), lo que significa que el Derecho está de algún modo vinculado necesariamente con la regulación y el ejercicio de la violencia.

el ámbito jurídico nos encontramos con un entramado bastante complejo y sofisticado de autoridades u órganos, que determinan tanto el contenido del derecho como su aplicación.

Estos órganos, autoridades o instituciones son creados por normas, rigen su funcionamiento conforme a normas, y muchos de ellos tienen también la capacidad de aprobar nuevas normas o eliminar otras ya existentes. Este entramado institucional es exclusivo de los sistemas jurídicos y, por tanto, el criterio que nos permite calificar como "jurídico" un determinado sistema normativo y coactivo.

Como conclusión, podemos calificar como **Derecho o sistema jurídico** todo aquel conjunto de elementos que satisfaga los criterios expuestos, y como **norma jurídica** a todo elemento que forme parte de un sistema jurídico.

2.1. Sistemas normativos estáticos y dinámicos

Los sistemas normativos estáticos son aquellos estructurados u ordenados mediante relaciones lógicas (criterio de deducibilidad), lo que significa que algunos de sus elementos se deducen lógicamente de otros elementos del conjunto. Un **sistema normativo estático**, por tanto, es un tipo de sistema deductivo (un sistema deductivo se define como un conjunto de afirmaciones más todas sus consecuencias lógicas).

Expresado de manera rigurosa, existe una relación de deducibilidad entre las normas N_1 y N_2 si, y solo si, N_2 es una consecuencia lógica de N_1 .

Según Kelsen, los sistemas morales serían buenos ejemplos de sistemas normativos estáticos, ya que estarían formados no solo por aquellas normas que constituyen los principios morales básicos (no dañar a los demás, decir la verdad, cumplir las promesas, ayudar al prójimo, etc.), sino también por todas aquellas normas que pueden deducirse a partir de estos elementos.

Por su parte, los **sistemas normativos dinámicos** son aquellos ordenados o estructurados mediante relaciones genéticas (principio de legalidad), lo que significa que algunos de sus elementos pertenecen al sistema en virtud de haber sido dictados conforme a lo dispuesto por otros elementos del conjunto.

Formulado de manera rigurosa, existe una relación de legalidad entre las normas N_1 y N_2 si, y solo si, N_1 autoriza al órgano O la creación de N_2 , y O ha creado N_2 .

La distinción de Kelsen

La distinción entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos la planteó por primera vez Hans Kelsen.

Ejemplo de sistema normativo estático

De la norma moral "Deben cumplirse las promesas" puede derivarse "Debemos cumplir los contratos", "Debemos satisfacer los compromisos adquiridos –sean expresos o tácitos–", "No debemos traicionar", etc., porque no son más que distintas formas o manifestaciones del concepto de promesa.

Expresión genética

La expresión *genética* es una metáfora que hace referencia a cómo ha sido creada la norma (cómo "ha nacido"; su génesis).

La característica central de los sistemas normativos dinámicos es la capacidad de modificar su propio contenido, introduciendo y eliminando elementos del sistema. Resulta claro que los sistemas jurídicos son buenos ejemplos de sistemas normativos dinámicos. Así, si la Constitución autoriza al Parlamento a dictar una ley y el Parlamento dicta dicha ley, esta formará parte del sistema, no porque tal ley sea consecuencia lógica o se deduzca lógicamente de la Constitución, sino porque se ajusta al criterio de legalidad (su creación satisface las condiciones o requisitos establecidos por la Constitución).

No obstante, el hecho de que los sistemas jurídicos sean dinámicos no debe hacernos perder de vista que también cuentan con una dimensión estática, ya que asimismo forman parte del sistema todas las normas que se deducen lógicamente (son consecuencia lógica) de otros elementos del sistema.

Dicho de otra manera, el Derecho se configura tanto en cuanto sistema estático como en cuanto sistema dinámico, o si se prefiere, cuenta con una dimensión estática y con una dimensión dinámica.

Por eso puede afirmarse que entre los distintos elementos del sistema jurídico (las normas jurídicas) se plantean dos tipos de relaciones básicas, que son las que dotan al conjunto de una estructura y permiten calificarlo como "sistema": las normas jurídicas se relacionan entre sí, bien mediante relaciones lógicas (deducibilidad), bien mediante relaciones genéticas (legalidad).

Esta doble dimensión del Derecho permite examinar el sistema jurídico tanto desde su perspectiva como sistema normativo estático como desde su perspectiva de sistema normativo dinámico.

2.2. El Derecho como sistema estático: las relaciones lógicas

Desde su perspectiva estática, el Derecho sería un sistema deductivo, lo cual supone que forman parte del sistema jurídico no solo aquellos elementos que, de manera expresa o explícita, han sido incorporados al sistema, sino que también hay que entender que se incluyen todos aquellos otros que pueden deducirse lógicamente.

Por otro lado, es posible también atribuir ciertas propiedades lógicas no solo a los elementos del sistema individualmente considerados, sino al sistema en su conjunto.

Sobre las propiedades del sistema en su conjunto, ved el subapartado 2.2.2 de este módulo.

Modelos formales de análisis lógico de sistemas normativos

Algunos autores, como C. E. Alchourrón y E. Bulygin en su obra *Normative Systems* (1971), han desarrollado modelos formales que permiten analizar con gran precisión, gracias

Lectura recomendada

Podéis consultar la formulación asociada a los sistemas normativos en la obra siguiente:

J. J. Moreso; J. M. Vilajosana (2004). *Introducción a la teoría del Derecho* (pág. 97). Barcelona: Marcial Pons.

Recuérdese

Un sistema deductivo, como se ha dicho anteriormente, es un conjunto de enunciados más sus consecuencias lógicas.

al uso de recursos propios de la lógica formal y la filosofía del lenguaje, cuáles son las consecuencias lógicas de un sistema normativo, y qué propiedades formales tiene ese sistema normativo en cuestión.

Estos modelos permiten presentar de manera clara, estructurada y taxativa tanto la totalidad de los casos genéricos regulados por el sistema, como las consecuencias jurídicas (o normativas, en general) que el sistema atribuye a cada uno de esos casos, permitiendo así determinar, de manera rigurosa, las propiedades formales del sistema (si son consistentes o contienen antinomias, mostrando en qué casos y de qué tipo son; si son completos o contienen lagunas, identificando en qué casos no existe respuesta; o si son independientes o redundantes, nuevamente, identificando los casos de redundancia).

Aunque el uso de estos modelos puede resultar muy útil y permite clarificar la explicación y comprensión de ciertos conceptos básicos de la teoría jurídica, dada su complejidad y el carácter introductorio de la asignatura, no van a ser utilizados.

2.2.1. Normas formuladas y normas derivadas

Desde el punto de vista estático, es posible distinguir entre dos tipos de normas (si bien todas ellas formarían parte igualmente del sistema jurídico): las normas formuladas y las normas derivadas.

Las **normas formuladas** son las promulgadas o dictadas por una determinada autoridad (parlamento, gobierno, ayuntamiento, etc.). Las **normas derivadas** derivan lógicamente de las normas formuladas, por lo que se considera que han sido implícitamente dictadas aunque no hayan sido promulgadas por una autoridad.

Por ejemplo, de la norma formulada "Se prohíbe circular a velocidad superior a los 120 km/h", se puede derivar "Se prohíbe circular a velocidad superior a los 150 km/h", o de la norma formulada "Los residentes en España deben pagar el impuesto sobre la renta", también se deduce, entre otras, la norma "Los residentes en Madrid deben pagar el impuesto sobre la renta". A pesar de que ningún precepto contenga explícitamente estas normas derivadas, se entiende que también forman parte del Derecho, ya que de lo contrario se produciría una contradicción lógica (sería contradictorio decir que el Derecho prohíbe circular a más de 120 km/h y que en cambio no prohíbe hacerlo a más de 150 km/h).

Hay que tener en cuenta que es posible que ciertas normas derivadas solo se deduzcan lógicamente de la combinación de dos o más normas formuladas, aunque no de una única norma.

Ejemplo de normas derivadas de dos o más normas formuladas

Sean las dos normas formuladas N_1 y N_2 :

N_1 (norma formulada y prescriptiva): "Se prohíbe trabajar en los días festivos"

N_2 (norma formulada y constitutiva): "Los domingos son días festivos"

De las normas formuladas N_1 y N_2 es posible obtener, como norma derivada:

N_3 (norma derivada y prescriptiva): "Se prohíbe trabajar los domingos"

La norma N_3 no es consecuencia lógica ni de N_1 ni de N_2 aisladamente consideradas, aunque se deduce lógicamente de ambas, por lo que si N_1 y N_2 forman parte del sistema jurídico, también formará parte de él la norma N_3 , puesto que se deduce de las dos primeras y por tanto sería contradictorio afirmar que N_1 y N_2 son normas del sistema y en cambio N_3 no lo es.

2.2.2. Propiedades formales de los sistemas normativos

Desde el punto de vista formal o lógico, es posible calificar a los **sistemas normativos** (sean o no jurídicos) atendiendo a las tres propiedades siguientes: consistencia, plenitud e independencia.

a) La **consistencia** está relacionada con el hecho de que el sistema regule de manera no contradictoria los diferentes casos o supuestos que abarca. De ese modo, si (y solo si) el sistema no contiene contradicciones normativas (llamadas también antinomias), es decir, si no existe ningún caso que esté correlacionado con soluciones distintas e incompatibles (como ocurriría, por ejemplo, si una norma establece para ese caso la obligación de hacer x mientras que otra norma establece para ese mismo caso la prohibición de hacer x), entonces el sistema es consistente. En cambio, si (y solo si) el sistema contiene al menos una antinomia, estaremos ante un sistema inconsistente.

b) La **plenitud** del sistema se relaciona con la característica de que el sistema normativo ofrezca una respuesta (solución normativa) para todos y cada uno de los casos que regula. Si algún caso no está correlacionado con solución alguna por parte de las normas del sistema (ninguna norma da respuesta al caso), entonces existe lo que se conoce como *laguna normativa*. Un sistema será completo si (y solo si) no contiene lagunas normativas, mientras que el sistema será incompleto si (y solo si) presenta al menos una laguna normativa.

c) La **independencia** del sistema está vinculada a la cuestión de que el sistema regule los distintos casos de manera no redundante. Existe redundancia si más de una norma del sistema vincula el mismo caso con la misma solución (u otra que se deduzca lógicamente), lo que significa que, al menos en cierto sentido, alguna de las normas sobra, o resulta innecesaria, puesto que el caso ya estaría regulado con idéntica solución aunque se eliminara la norma redundante. Un sistema será independiente si (y solo si) no contiene redundancias, mientras que el sistema será redundante si (y solo si) contiene al menos una redundancia.

Cada una de estas propiedades da pie al análisis de muchos otros aspectos o conceptos teóricos relacionados con los sistemas normativos, que brevemente veremos a continuación.

Consistencia y antinomias

Una de las condiciones para que un sistema normativo sea satisfactorio y pueda cumplir adecuadamente su función de guiar la conducta es que no contenga antinomias o contradicciones normativas.

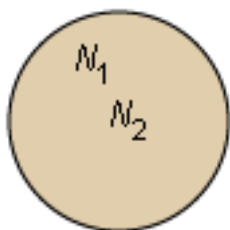
Estas situaciones son problemáticas porque en ellas es imposible satisfacer todas las normas en juego, hagamos lo que hagamos: si una norma ordena hacer lo que otra prohíbe, en el caso de que realicemos el comportamiento para cumplir con la obligación, incumpliremos la prohibición, y si no realizamos el comportamiento para respetar la prohibición, violaremos la obligación.

Si el conflicto se plantea entre una prohibición y un permiso, si hacemos uso del permiso incumpliremos la prohibición, y si no realizamos el comportamiento para cumplir con la prohibición, nunca podremos ejercer el permiso.

A pesar de que toda antinomia se caracteriza por ser una incompatibilidad entre normas, es posible diferenciar entre varios tipos o categorías, de acuerdo con una conocida clasificación elaborada por Alf Ross.

De acuerdo con el autor danés, es posible distinguir entre antinomias de tipo **total-total**, **total-parcial** y **parcial-parcial**:

a) En las antinomias de tipo **total-total**, los ámbitos de aplicación de las normas en conflicto (por ejemplo, la norma N_1 y la norma N_2) son exactamente coincidentes, de manera que siempre que sea aplicable N_1 , también lo será N_2 , y como las soluciones son incompatibles, siempre se producirá el conflicto. Si se representan los ámbitos de aplicación de cada norma con un círculo, los círculos de N_1 y N_2 serían totalmente coincidentes:



b) En las antinomias de tipo **total-parcial**, el ámbito de aplicación de una de las normas (la más específica) se incluye dentro del ámbito de aplicación de la otra (la más general), de manera que siempre que sea de aplicación la más concreta, se producirá el conflicto con la más general, aunque no ocurre lo contrario, ya que la norma más general cuenta con un ámbito propio de aplicación en el que no entra en conflicto con la más concreta.

Por eso, desde el punto de vista de la norma más específica, la antinomia es total, ya que no se puede aplicar sin que se produzca la colisión; pero desde la perspectiva de la norma más general, el conflicto es tan solo parcial, ya que

Antinomias

Una antinomia surge cuando varias normas correlacionan el mismo caso con soluciones distintas e incompatibles (por ejemplo, una de ellas obliga a hacer x al tiempo que la otra prohíbe hacerlo, o una de ellas prohíbe lo que la otra permite).

Lectura recomendada

Sobre las antinomias, podéis consultar la obra siguiente:

A. Ross (1958). *On Law and Justice*. Londres: Stevens & Sons.

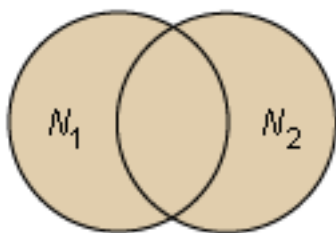
Antinomias de tipo total-total

Si, por ejemplo, la norma N_1 establece "Prohibido fumar en las aulas", mientras que N_2 dispone "Permitido fumar en las aulas", siempre se producirá un conflicto entre ambas, ya que cuando sea aplicable N_1 (esto es, cuando estemos en las aulas), también lo será N_2 (y viceversa), que regulan el mismo comportamiento (fumar) de manera incompatible.

no siempre se producirá el conflicto con la otra norma. En este caso, el gráfico sería el de un círculo mayor (norma general) que engloba otro círculo más pequeño (norma más concreta).



c) En las antinomias de tipo **parcial-parcial**, tanto la norma N_1 como la norma N_2 cuentan, además de los supuestos en que entran en colisión, con un ámbito propio de aplicación en el que el conflicto no se produce. Dicho de otra manera: existen casos en los que es posible aplicar N_1 sin que esta colisione con N_2 , y casos en que es aplicable N_2 sin que se produzca un conflicto con N_1 . Por tanto, aquí los círculos serían secantes:



Criterios de resolución de antinomias

A pesar de tratarse de un defecto importante, las antinomias no son situaciones tan excepcionales como podría pensarse, debido a la gran cantidad de normas que contienen los sistemas jurídicos y la gran complejidad de estos. Por esa razón, existe un conjunto de criterios para tratar de resolverlas (elegir entre las distintas alternativas incompatibles) que cuentan con una larga tradición en la dogmática jurídica (lo cual muestra que son situaciones relativamente habituales). Entre ellos, destacarían los tres siguientes:

a) El **criterio jerárquico** (*lex superior derogat legi inferiori*). Conforme a este criterio, si las normas en conflicto derivan de disposiciones de distinto rango jerárquico (por ejemplo, Constitución y ley ordinaria, o ley y reglamento), prevalecerá la norma de mayor rango o jerarquía (por ejemplo, si N_1 resulta de un precepto legal y N_2 de un decreto gubernamental, prevalecerá N_1).

Sobre la compatibilidad de las normas con las de rango superior como requisito para su validez jurídica, ved el subapartado 2.4.1 de este módulo.

Antinomias de tipo total-parcial

Un ejemplo podría ser el siguiente: la norma N_1 establece "Prohibido fumar en todo el recinto universitario", mientras que la norma N_2 dispone "Se permite fumar en los pasillos de la universidad". Siempre que sea aplicable la norma N_2 , también lo será N_1 (porque los pasillos forman parte del recinto universitario), de manera que se producirá la colisión. En cambio, es posible aplicar la norma N_1 en algunos casos sin que esta colisione con N_2 (por ejemplo, cuando nos hallamos en las aulas o en los despachos de profesores).

Antinomias de tipo parcial-parcial

Un ejemplo de este tipo de antinomias sería el siguiente: supongamos que N_1 establece: "Se prohíbe fumar en los vuelos de ámbito nacional", mientras que N_2 dispone: "Se permite fumar en los vuelos de más de tres horas de duración". Si resulta que un vuelo es de ámbito nacional pero dura más de tres horas, se producirá un conflicto entre N_1 y N_2 . Ahora bien, es posible aplicar N_1 sin que esta colisione con N_2 (vuelos nacionales de menos de tres horas), así como es también posible aplicar N_2 sin que esta colisione con N_1 (vuelos internacionales de más de tres horas).

b) El **criterio cronológico** (*lex posterior derogat legi priori*). Conforme a este criterio, si las normas en conflicto han sido promulgadas en distintos momentos temporales, prevalecerá la más reciente en el tiempo. Este criterio está estrechamente relacionado con el mecanismo de la derogación en sentido estricto.

Sobre la derogación, ved el apartado 2.3.2 de este módulo.

c) El **criterio de especialidad** (*lex specialis derogat legi generali*). Conforme a este criterio, si entre las normas en conflicto puede plantearse una relación de especialidad (una resulta más concreta o específica en relación con la otra, más genérica), prevalecerá la norma más concreta (norma especial). Este criterio resultará por tanto adecuado para los supuestos de antinomia total-parcial, que se caracterizan por el hecho de que el ámbito de aplicación de una de las normas (la más específica) queda incluido en el de la otra (la más general).

Si bien estos criterios pueden resultar útiles en muchos casos, desgraciadamente no nos permiten resolver todos los supuestos de antinomia. En primer lugar, podría ocurrir que la contradicción se planteara entre dos normas del mismo rango jerárquico, aprobadas en un mismo momento, y sin que entre ellas se pueda establecer una relación de especialidad. En estos supuestos, por tanto, no podríamos utilizar ninguno de los criterios citados.

Y en segundo lugar, como han puesto de relieve autores como Bobbio, en ciertos casos la aplicación de distintos criterios da lugar a soluciones contrapuestas (son las llamadas "antinomias de segundo grado"). Por ejemplo, cuando de acuerdo con el criterio jerárquico, debería prevalecer la norma N_1 , mientras que de acuerdo con el criterio cronológico prevalecería N_2 ; o bien, usando otro ejemplo, cuando de acuerdo con el criterio cronológico prevalecería N_1 , pero de acuerdo con el de especialidad la solución sería la opuesta.

Estos casos pueden ser bastante problemáticos, ya que, si bien podría decirse con carácter general que el criterio jerárquico prevalece sobre los demás (cronológico y de especialidad), la relación entre estos dos últimos no resulta muy clara, ya que si acudimos a la jurisprudencia, podemos encontrar tanto sentencias que dan prioridad al criterio de especialidad frente al cronológico (prevalece la norma anterior y especial respecto de la posterior más general), como también decisiones de signo contrario (prioridad de la norma posterior general sobre la anterior especial).

Plenitud y lagunas

Como sabemos, un sistema es completo si, y solo si, la totalidad de los casos que contempla están correlacionados con una solución. Si ocurre que algún supuesto no tiene asignada ninguna consecuencia jurídica, existirá lo que comúnmente se llama *vacío legal*, y que técnicamente se denomina *laguna nor-*

Lectura complementaria

Podéis consultar las antinomias de segundo grado en la obra siguiente:

N. Bobbio (1964). "Sobre los criterios para resolver las antinomias". En: A. Ruiz Miguel (ed.) (1990). *Contribución a la teoría del derecho* (págs. 339-354). Madrid: Debate.

mativa. Una **laguna normativa**, dicho de manera simple, es un caso no regulado por el sistema; un supuesto de hecho al que ninguna norma del sistema le asigna una consecuencia jurídica.

Las lagunas normativas son, como las antinomias, problemas importantes de los sistemas jurídicos (o normativos en general), pues en ambos supuestos estos dejan indeterminada la respuesta que jurídicamente corresponde al caso (en la hipótesis de la laguna, porque no existe norma alguna que determine la consecuencia jurídica que corresponde, y en el de las antinomias porque hay demasiadas normas que ofrecen una respuesta).

Ejemplo de sistema defectuoso

Supongamos que el profesor de una asignatura decide establecer una prueba especial para decidir qué estudiantes tendrán una calificación final de matrícula de honor, y, para ello, dicta las dos normas siguientes:

N_1 : "Podrán realizar la prueba aquellos estudiantes que hayan obtenido la calificación de excelente en el examen final"

N_2 : "No podrán realizar la prueba los estudiantes que no hayan realizado todas las prácticas del curso"

Teniendo en cuenta estas dos normas, son posibles cuatro situaciones (casos) distintos:

1. estudiantes que tengan un excelente y hayan realizado todas las prácticas;
2. estudiantes que tengan un excelente pero no hayan realizado todas las prácticas;
3. estudiantes que no tengan un excelente pero que hayan realizado todas las prácticas;
- y
4. estudiantes que no tengan un excelente y que no hayan realizado todas las prácticas.

Necesariamente, todo estudiante del curso estará dentro de una (y solo una) de las situaciones anteriores, ya que son conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. Luego:

- Los estudiantes que se encuentren dentro del caso 1) podrán realizar la prueba, por aplicación de la norma N_1 .
- En cambio, la situación de los estudiantes del caso 2) no está clara, ya que existe una antinomia: de acuerdo con la norma N_1 pueden realizar la prueba, pero de acuerdo con la norma N_2 no.
- La situación de los estudiantes del caso 3) también es problemática, ya que ni N_1 ni N_2 contemplan su situación: son estudiantes que no tienen un excelente (caen fuera del ámbito de aplicación de N_1), ni tampoco han entregado todas las prácticas (caen fuera del ámbito de aplicación de N_2).
- Por último, los estudiantes del caso 4) no podrán realizar la prueba, por aplicación de la norma N_2 .

Estos problemas habrían sido fácilmente evitados si en lugar de las normas utilizadas se hubiera dictado la norma siguiente: "Solo podrán realizar la prueba los estudiantes que hayan obtenido la calificación de excelente en el examen final y hayan realizado todas las prácticas del curso". De este modo, los casos 2), 3) y 4) quedarían excluidos de la posibilidad de realizar la prueba.

La situación es especialmente problemática cuando tenemos en cuenta que la mayoría de los sistemas jurídicos (entre ellos el nuestro) establece el deber de los jueces de resolver los casos que se les plantean (prohibición del *non liquet*),

sin que puedan negarse a decidir bajo el pretexto de que el Derecho no ofrece una respuesta para el caso o de que las normas son demasiado indeterminadas u oscuras.

Por esa razón, cuando el decisor se enfrenta a una situación de laguna normativa, tiene de algún modo que suplir las insuficiencias del sistema, y hacerlo además de manera justificada y argumentada (no vale con tomar una decisión al azar o que sea fruto de un mero capricho). Para ello, generalmente recurrirá al uso de ciertos esquemas argumentativos, como por ejemplo el argumento por analogía o el argumento *a contrario sensu*, para justificar así la decisión tomada.

Estos argumentos serán tratados con detalle, junto con otros, en el módulo "Interpretación y aplicación del Derecho".

Otros tipos de laguna

En ocasiones, los juristas utilizan también el término *laguna* para referirse a situaciones que no son estrictamente de ausencia de regulación (laguna normativa).

Todas estas situaciones son también supuestos de "carencia" de algo, pero el uso de la misma expresión para referirse a todas ellas puede dar lugar a problemas y equívocos. Por esa razón, Alchourrón y Bulygin realizaron una clasificación de los distintos tipos o clases de lagunas.

Según los autores argentinos, además de las lagunas normativas, podemos hablar de *lagunas de conocimiento*, *lagunas de reconocimiento* y *lagunas axiológicas*.

a) Las **lagunas de conocimiento** son situaciones de falta de conocimientos suficientes sobre los hechos del caso (individual) para así determinar qué solución jurídica le corresponde (qué norma o normas se le aplican). No se trata estrictamente de un problema del sistema jurídico, sino de la falta de información sobre los hechos que realmente acontecieron.

b) Las **lagunas de reconocimiento** son problemas derivados de la indeterminación semántica (vaguedad) de las normas, que pueden plantear la duda de si cierto caso individual (del que se conocen todos los hechos; no es un problema de falta de conocimiento) se subsume o no en el supuesto de hecho de la norma. Aquí, por tanto, estamos ante el problema de cómo calificar jurídicamente unos hechos (que se conocen perfectamente), ya que la vaguedad o imprecisión de los términos de la norma no permiten dar una respuesta categórica a esta cuestión. Un ejemplo: la constitución exige que todo registro en un domicilio esté autorizado por una resolución judicial. Esta exigencia, por otra parte, no existe cuando el registro se lleva a cabo en recintos que no tienen la consideración de "domicilio" (por ejemplo, cuando se registra un automóvil).

Lectura recomendada

Sobre estos otros tipos de lagunas, podéis consultar la obra siguiente:

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1971). *Normative Systems*. Nueva York/Viena: Springer Verlag.

Ejemplo de lagunas de conocimiento

Puede sospecharse que cierta persona mató a otra, pero carecer de información suficiente (pruebas suficientes o adecuadas) para poder determinar si realmente cometió el homicidio. Obviamente, las consecuencias jurídicas de una u otra alternativa son muy distintas (las normas aplicables y sus consecuencias serán muy distintas en función de si se considera que esa persona cometió o no cometió el homicidio).

Ejemplo de lagunas de reconocimiento

Supongamos ahora el supuesto siguiente, que se planteó realmente en Estados Unidos, caso California contra Carney, 105 SCt 2066 (1985): ¿qué ocurre con un individuo que usa una autocaravana –una caravana provista de motor y por tanto capaz de desplazarse por sí misma– tanto para circular por la vía pública como para dormir? No se trata de un problema de falta de información, sino de cómo calificar ese caso (la solución sobre si se requiere o no una orden judicial para el registro será muy distinta si se considera como un "domicilio" o como un simple vehículo).

c) Las **lagunas axiológicas** son situaciones en las que la "carencia" se sitúa en un plano valorativo o axiológico. Se trata de aquellas situaciones en las que se considera que el legislador, o la autoridad en general que dicta la norma, no ha considerado alguna circunstancia o propiedad que debería haber sido tomada en cuenta, porque se considera relevante. No se trata por tanto de un problema de ausencia de normas (el caso está regulado), sino de un defecto valorativo del sistema: la solución debería haber sido distinta porque no se ha tomado en consideración algún aspecto importante que merecía haber sido tomado en cuenta.

Ejemplo de lagunas axiológicas

Supongamos el caso en el que, a la entrada de un hospital, hay un cartel que prohíbe la entrada de los perros al recinto hospitalario. En cierto momento, llega al hospital un ciego guiado por su perro lazarillo. De acuerdo con la norma sobre el acceso de los perros, el perro lazarillo tiene prohibida la entrada (el caso está regulado; no se trata de una laguna normativa), pero muchos considerarían que existe una laguna axiológica, ya que deberían haberse tenido en cuenta ciertas situaciones excepcionales como la de los perros que sirven de guía a las personas invidentes.

La tesis de plenitud del Derecho

Algunos destacados juristas y teóricos del Derecho han sostenido que los sistemas jurídicos carecen necesariamente de lagunas normativas, por razones conceptuales. Uno de estos autores es Hans Kelsen, para quien es una verdad necesaria o conceptual que los sistemas jurídicos no tienen lagunas, ya que es una verdad lógica que "todo lo que no está prohibido, está permitido" (principio de prohibición).

En el "Ejemplo de sistema defectuoso" anterior, sobre la prueba especial para obtener MH, los estudiantes del caso 3) podrían realizar la prueba, ya que ninguna norma se lo prohíbe.

Ved el "Ejemplo de sistema defectuoso" en el epígrafe "Plenitud y lagunas" de este mismo subapartado.

Este argumento, que a primera vista parece muy plausible, resulta en realidad bastante problemático y discutible. Como hemos visto anteriormente, existen dos modos de entender que algo está permitido: como un permiso fuerte, o como un permiso débil. Un comportamiento está permitido en sentido fuerte si, y solo si, existe una norma en el sistema que expresamente permite ese comportamiento, mientras que un comportamiento está permitido en sentido débil si, y solo si, no existe en el sistema ninguna norma que lo prohíba. Como

veremos, la afirmación de que "todo lo que no está prohibido, está permitido" no resulta demasiado satisfactoria, tanto si se entiende *permitido* en sentido fuerte como en sentido débil.

Entendido como **permiso fuerte**, el principio de prohibición establecería que para todo comportamiento que no está prohibido, existe una norma que expresamente permite dicho comportamiento. Como resulta fácil ver, la existencia o no de normas que expresamente permitan ciertos comportamientos es una cuestión contingente, que depende de cómo sea cada sistema jurídico en cuestión, y no es una verdad lógica. Es cierto, con todo, que la gran mayoría de sistemas jurídicos disponen de ciertas normas de clausura en ciertas ramas del Derecho (normalmente el Derecho penal), conforme a las cuales solo se puede sancionar penalmente por aquellos comportamientos que explícitamente estén contemplados como delito (o infracción penal, en sentido amplio) en el momento de cometerse. Por ello, puede decirse que todo lo que no está prohibido penalmente, está permitido penalmente (sin perjuicio de que pueda estar prohibido y sancionado por otras normas no penales). De cualquier modo, la existencia de estas normas de clausura es algo contingente que depende de la voluntad del legislador, y no es una verdad conceptual o necesaria de todo sistema jurídico.

Entendido como **permiso débil** (equivalente a "no prohibido"), el principio de prohibición diría sencillamente que "todo lo que no está prohibido, no está prohibido", lo cual, a pesar de ser lógicamente verdadero, es una simple tautología que no sirve para eliminar las lagunas normativas que pueda tener el sistema.

En conclusión, el principio de prohibición resulta inadecuado como tesis negadora de la existencia de lagunas normativas, ya que, o bien se trata de una afirmación contingente (y no de una verdad lógica), o bien, pese a ser una verdad lógica, no sirve para eliminar las lagunas.

Independencia y redundancias

Que un sistema normativo sea independiente o que, por el contrario, sea redundante, dependerá de si presenta o no al menos una redundancia.

A diferencia de las antinomias y de las lagunas normativas, las redundancias son defectos relativamente poco importantes, ya que la solución del caso está determinada (sabemos cuál es la consecuencia jurídica del caso). Por ello, se trataría más bien de un defecto en la "presentación" del sistema, que podría haber sido más elegante o más económica (con menos elementos). Con todo, la presencia de redundancias puede plantear ciertos problemas:

Redundancias

Una redundancia consiste en que varias normas del sistema correlacionan un mismo caso con la misma solución, o con distintas soluciones que se impliquen lógicamente, como "obligatorio hacer *x*" y "permitido hacer *x*" (ya que la obligación de hacer *x* implica que está permitido hacer *x*).

1) En primer lugar, si dos (o más) preceptos legales dan lugar a una redundancia, y solo se deroga uno de ellos, ¿hay que entender que solo se ha eliminado una formulación que resultaba innecesaria, pero el caso sigue estando regulado del mismo modo, o bien ha de entenderse que el legislador ha querido cambiar la regulación del caso?

2) En segundo lugar, en algunas ocasiones, los órganos judiciales han realizado interpretaciones distintas de preceptos que al menos a primera vista o en una interpretación literal daban lugar a una redundancia, para así atribuirles significados distintos.

Esto se basa en la asunción de lo que se ha denominado "hipótesis del legislador racional", que es la creencia de que el legislador es un ente racional que, como tal, a la hora de dictar normas, no incurre en contradicciones (antinomias), no deja casos sin respuesta (lagunas), ni dicta normas superfluas o innecesarias (redundancias). Bajo estos presupuestos, se entiende que solo "aparentemente" hay una redundancia, puesto que el legislador es racional y por tanto los preceptos "deben" significar cosas distintas. Con todo, la hipótesis del legislador racional resulta altamente discutible, aunque no nos vamos a detener en esta cuestión.

2.3. El Derecho como sistema dinámico: las relaciones genéticas

Como hemos visto en el anterior apartado, algunas de las normas que forman parte del sistema jurídico se relacionan entre sí mediante relaciones lógicas o de deducibilidad, lo que nos permite diferenciar entre normas formuladas y normas derivadas.

Otras normas, en cambio, forman parte del Derecho no porque se deduzcan lógicamente de otros elementos del sistema, sino por su "génesis" o proceso de creación: han sido dictadas conforme a lo dispuesto por otra/s norma/s del sistema. Si una norma N del sistema autoriza a un órgano O a dictar normas sobre la materia M y O dicta una norma N' , N' formará parte del sistema. La relación entre N y N' es una "relación de legalidad", y no (o no necesariamente) una relación de consecuencia lógica.

Dicho de otro modo, *N'* podrá o no deducirse lógicamente de otras normas del sistema, pero la razón de su pertenencia al sistema es la relación de legalidad que le une con otra norma (ha sido aprobada por una autoridad que tenía competencia para dictar esa norma).

La capacidad de dictar (y eliminar) normas es lo que permite modificar el contenido del Derecho, dándole así su carácter dinámico. Los instrumentos básicos para llevar a cabo estos cambios son dos: las normas de competencia y el mecanismo de la derogación.

2.3.1. Las normas de competencia

Los sistemas jurídicos cuentan entre sus elementos con cierto tipo de normas, las llamadas **normas de competencia**, que son las que permiten la incorporación de nuevos elementos al sistema, al establecer el marco y las condiciones mediante las cuales ciertos órganos o autoridades pueden dictar nuevas normas.

La estructura estándar de una norma de competencia es la siguiente: El órgano *O*, mediante el procedimiento *P*, puede (o podrá, o está autorizado para, o es competente para, o tiene la competencia para, etc.) regular la materia.

Estas normas son las que hacen posible que, siempre que los órganos competentes dicten nuevas normas cumpliendo todos los requisitos exigidos por las normas de competencia, estas pasen a formar parte del sistema jurídico (sean normas válidas –pertenecientes– del sistema). Los requisitos de validez establecidos por las normas de competencia son fundamentalmente de tipo *formal*:

- a) que la autoridad que dicta las normas sea competente (órgano *O*);
- b) que las normas versen sobre la materia sobre la que ese órgano tiene competencia (materia *M*); y
- c) que hayan sido dictadas conforme al procedimiento establecido (procedimiento *P*).

Pero, además, es necesario satisfacer también condiciones de tipo *material*: toda norma, para ser válida (y por tanto para formar parte del sistema jurídico), debe no ser incompatible con lo establecido por otras normas válidas de rango o jerarquía superior.

Ejemplo de relación de legalidad

Puede haber una norma del Consejo de Ministros que autorice al Ministerio de Medio Ambiente a establecer los límites máximos de los vertidos para las distintas industrias, dependiendo de las zonas y el tipo de industria y vertido; si el ministerio dicta normas sobre este asunto, dichas normas formarán parte del sistema jurídico en virtud de la relación de legalidad que las une con la norma del Consejo de Ministros.

Lectura recomendada

Sobre las normas de competencia, podéis consultar la obra siguiente:

J. J. Moreso; J. M. Vilajosana (2004). *Introducción a la teoría del Derecho* (pág. 83). Madrid: Marcial Pons.

Esa es la razón por la que, por ejemplo, una ley inconstitucional carece de validez: a pesar de haber sido aprobada por el órgano competente (Cortes Generales o un Parlamento autonómico), sobre un asunto o materia de su competencia, y siguiendo el procedimiento legislativo, se exige además que no resulte contraria a la Constitución, por ser esta de jerarquía superior.

Teorías sobre la naturaleza de las normas de competencia

Ha existido, por otra parte, una larga discusión teórica acerca de cómo concebir adecuadamente las normas de competencia: en especial, si se trata de normas prescriptivas o bien de normas constitutivas. Algunos autores muy destacados como Kelsen o Von Wright, han sostenido, con diferentes versiones y argumentos, que se trataría de normas prescriptivas.

Así, para Kelsen, serían normas de obligación (normas que ordenan a los ciudadanos obedecer las normas dictadas por los órganos competentes); mientras que para Von Wright se trataría de normas de permisión (lo que el autor finlandés denomina "permisos de orden superior", que es un permiso para que cierta autoridad pueda dictar normas de un determinado contenido).

Por razones en las que no podemos entrar aquí, ambas concepciones resultan problemáticas, por lo que en las últimas décadas ha ido cobrando mayor fuerza el punto de vista según el cual las normas de competencia pertenecerían a la categoría de las normas constitutivas.

Bajo este punto de vista, las normas de competencia serían *normas que definen como válidas (pertenecientes al sistema) aquellas normas que han sido dictadas conforme a los requisitos establecidos por las normas de competencia* (dicho de otro modo: si un órgano dicta normas de acuerdo con las exigencias establecidas por las normas de competencia, estas normas son normas válidas del sistema). En tanto que normas constitutivas, correlacionarían el caso (supuesto de hecho) de que un órgano dicta una o varias normas de acuerdo con los criterios establecidos por la norma de competencia, con el caso (consecuencia jurídica) de que tales normas forman parte del sistema jurídico.

2.3.2. La derogación. Problemas de indeterminación lógica del sistema

La expulsión o eliminación de normas del sistema jurídico se conoce como **derogación**. Una norma derogada, por tanto, será aquella que ha sido eliminada o expulsada del sistema, con lo que ya no se trata de una norma válida.

Las normas derogadas previamente han formado parte del Derecho en algún momento, ya que no se habla de "derogación" en relación con aquellas normas que nunca han pertenecido al Derecho.

Existen fundamentalmente dos mecanismos mediante los cuales pueden derogarse normas jurídicas: la derogación expresa y la derogación tácita. A su vez, dentro de la derogación expresa puede distinguirse entre la derogación formal o nominada y la derogación material o innominada.

Veámoslas con detalle a continuación:

Lectura recomendada

Sobre la naturaleza de las normas de competencia, ved:

J. Ferrer (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1) La **derogación expresa** es aquella que se lleva a cabo mediante una disposición derogatoria. Una **disposición derogatoria** es un elemento introducido expresa o explícitamente (de ahí el nombre) por la autoridad competente y que suele tener la forma: "Queda derogada la norma N" (o equivalente). A su vez, dependiendo del grado de determinación o precisión con la que la disposición derogatoria identifica las normas derogadas, es posible diferenciar entre la derogación expresa formal o nominada y la derogación expresa material o innominada.

a) La derogación (expresa) es **formal** o **nominada** cuando la disposición derogatoria identifica de manera precisa aquellas normas que son objeto de la derogación (por ejemplo: "Quedan derogados los artículos x, y y z de la Ley L").

b) La derogación (expresa) es **material** o **innominada** cuando la disposición derogatoria no realiza una relación precisa de los elementos derogados, sino que solo hace una referencia genérica a las normas que resultan derogadas, correspondiendo por tanto a los intérpretes y aplicadores del Derecho en general la identificación precisa de las normas derogadas (por ejemplo: "Quedan derogadas todas aquellas normas que se opongan (sean incompatibles) con la presente ley").

2) La **derogación tácita**, por su parte, es aquella que se produce sin necesidad de disposición derogatoria alguna, puesto que ocurre por la simple aplicación del criterio cronológico (las normas posteriores derogan todas aquellas normas anteriores de igual o inferior jerarquía que resulten incompatibles).

Artículo 2.2 del Código Civil

Como establece el artículo 2.2 del Código civil:

"Las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado".

Al igual que ocurre en la derogación expresa material, corresponderá a los intérpretes y aplicadores del Derecho la tarea de identificar concretamente qué elementos han quedado derogados. El último inciso del artículo 2.2 del Código civil sirve para zanjar una cuestión que había sido históricamente discutida, y que recibe el nombre de "reviviscencia": ¿vuelven a formar parte del Derecho aquellas normas que habían sido derogadas cuando la norma que las derogó queda derogada? El Código civil cierra la discusión dando una respuesta negativa: la derogación es definitiva, y por tanto, el único modo de "revivir" una norma es aprobándola de nuevo.

Problemas de indeterminación lógica del sistema derivados de la derogación

Como puso de manifiesto E. Bulygin, en ocasiones, como consecuencia de la derogación (en los casos de la derogación expresa material y de la derogación tácita), puede producirse una situación de indeterminación lógica del sistema (es decir, no puede determinarse qué normas forman parte del sistema y cuáles han sido eliminadas).

Ved el "Ejemplo de normas derivadas de dos o más normas formuladas", en el subapartado 2.2.1.

Ejemplo de indeterminación lógica del sistema

Sean las normas formuladas N_1 y N_2 :

N_1 (norma formulada y prescriptiva): "Se prohíbe trabajar en los días festivos"

N_2 (norma formulada y constitutiva): "Los domingos son días festivos"

De las normas formuladas N_1 y N_2 se obtiene, como norma derivada:

N_3 (norma derivada y prescriptiva): "Se prohíbe trabajar los domingos"

Supongamos ahora que la autoridad competente dicta la norma siguiente:

N_4 (norma formulada y prescriptiva): "Permitido trabajar los domingos"

Es evidente que la promulgación de N_4 supone la derogación de N_3 , pero como N_3 no deriva de N_1 ni de N_2 aisladamente consideradas, sino de la combinación de ambas, la eliminación de N_3 es compatible tanto con la derogación de N_1 como con la derogación de N_2 (cualquier alternativa supone la eliminación de N_3), sin que contemos con un criterio que nos determine claramente qué alternativa es la adecuada. Por eso, el sistema queda indeterminado, ya que tenemos dos conjuntos de normas alternativos compatibles con la promulgación de N_4 .

2.3.3. Sistema jurídico y orden jurídico

Prácticamente cualquier persona, sin necesidad de que sea un jurista o un experto en Derecho, sabe que este se encuentra en un proceso continuo de transformación, ya que constantemente se aprueban nuevas normas y otras quedan derogadas. A pesar de todos estos cambios y del hecho de que el Derecho actual pueda tener poco en común con el de (por ejemplo) veinte años atrás, seguimos hablando del Derecho español (o francés, o de cualquier otro), que mantiene su identidad a pesar de los continuos cambios en su contenido.

Desde el punto de vista teórico resulta problemático compatibilizar estas dos ideas (cambios constantes y mantenimiento de la unidad), puesto que un sistema es un conjunto de elementos, y la identidad de un conjunto viene determinada por los elementos que lo componen. Por eso, cada vez que una nueva norma es introducida u otra es eliminada, obtenemos un conjunto distinto, y con ello un sistema distinto. ¿Cómo conciliar entonces estas dos ideas?

Lectura recomendada

Sobre los problemas de indeterminación lógica del sistema, podéis consultar la obra siguiente:

E. Bulygin (1991). "Tiempo y validez". En: C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1991). *Análisis lógico y derecho* (págs. 195-214). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Los juristas suelen utilizar las expresiones *Derecho*, *sistema jurídico* y *orden (u ordenamiento) jurídico* como sinónimos. Autores como Alchourrón y Bulygin o Caracciolo han propuesto dar un significado preciso y distinto a las expresiones *sistema jurídico* y *orden jurídico* para dar una respuesta satisfactoria al problema aquí planteado. Previamente, Joseph Raz había distinguido entre sistemas jurídicos momentáneos y sistemas jurídicos no momentáneos.

Un **sistema jurídico** sería el conjunto de las normas jurídicas válidas (pertenecientes al Derecho) en un momento temporal determinado.

Sería así como una "foto fija" del Derecho en un determinado momento, y estaría formado por la totalidad de las normas (tanto formuladas como derivadas) pertenecientes en ese momento.

Cada vez que una nueva norma es introducida o eliminada, obtendríamos un nuevo sistema jurídico: si tenemos, en el momento t_1 , un sistema jurídico SJ_1 formado por N_1 y N_2 , y en el momento t_2 , una nueva norma N_3 es introducida, tendremos un nuevo sistema jurídico SJ_2 compuesto por las normas N_1 , N_2 y N_3 .

La idea del sistema jurídico, por tanto, se corresponde con la de un sistema normativo estático (porque cada vez que hay un cambio, tenemos un sistema jurídico distinto y ya no se trata del mismo sistema). Un aspecto que hay que destacar es que las normas que forman parte de un sistema jurídico siguen perteneciendo a todos los sistemas jurídicos subsiguientes hasta el momento de su derogación.

Un **orden jurídico** sería, en cambio, una secuencia o sucesión de sistemas jurídicos, vertebrada por el criterio de legalidad.

El orden jurídico OJ_1 , por ejemplo, puede contener los sistemas jurídicos SJ_1 , SJ_2 , SJ_3 ... SJ_n , siempre que los cambios entre los sistemas jurídicos consecutivos se ajusten al criterio de legalidad. Por eso, la identidad de un orden jurídico está en función del criterio de legalidad: en el momento en que el paso de un sistema jurídico a otro no se haya ajustado a ese criterio (como ocurriría, por ejemplo, cuando se aprueba una nueva Constitución sin que esta haya sido el resultado de la reforma de la anterior por los cauces establecidos por los procedimientos de reforma constitucional), se dará lugar a un nuevo orden jurídico OJ_2 .

Lecturas recomendadas

Sobre los conceptos de sistema jurídico y orden jurídico, podéis consultar las obras siguientes:

C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1976). "Sobre el concepto de orden jurídico". En: C. E. Alchourrón; E. Bulygin (1991). *Análisis lógico y derecho* (págs. 393-407). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

R. Caracciolo (1988). *Sistema jurídico. Problemas actuales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

J. Raz (1970). *The Concept of a Legal System*. Oxford: Oxford University Press.

Una consecuencia destacable de los conceptos aquí manejados de "sistema jurídico" y "orden jurídico" es que, estrictamente hablando, las normas jurídicas pertenecen a uno (o varios) sistemas jurídicos, pero no a uno (o varios) órdenes jurídicos, ya que estos están formados por sistemas jurídicos, y no por normas jurídicas.

2.4. Validez jurídica

Como se desprende de lo dicho en apartados anteriores de este módulo, cuando hablamos de **validez jurídica** (normas jurídicas válidas), usamos la expresión como sinónimo de la *pertenencia* al sistema jurídico.

Una norma N es jurídicamente válida en el momento t si, y solo si, pertenece al sistema jurídico SJ vigente en dicho momento t .

Esta aclaración es importante en la medida en que, tradicionalmente, además de (o incluso en lugar de) la pertenencia al sistema, el concepto de "validez" incorporaba otros elementos, como por ejemplo la obligatoriedad de su cumplimiento (fuerza obligatoria) o la posibilidad de usarla para justificar jurídicamente una decisión por parte de una autoridad (aplicabilidad).

Sin embargo, aunque es cierto que en muchas ocasiones las normas pertenecientes al sistema jurídico son de obligatorio cumplimiento o son normas aplicables, no se trata, como veremos, de una conexión necesaria. Por ello, a fin de evitar problemas y malentendidos, conviene restringir el concepto de validez a la estricta pertenencia al sistema.

2.4.1. Criterios de validez jurídica

Como regla general, puede afirmarse que una norma pertenece al sistema jurídico (es jurídicamente válida) si, y solo si, satisface alguno de los criterios siguientes: de deducibilidad, de legalidad o de validez originaria.

Por el criterio de **deducibilidad**, si la norma N se deduce lógicamente de otra u otras normas pertenecientes al sistema jurídico SJ , entonces N también pertenece al sistema jurídico SJ .

Dicho de un modo más informal: las normas derivadas son también normas pertenecientes al sistema jurídico.

Según el criterio de **legalidad**, si la norma N en el momento de su promulgación (t) está correlacionada con otra norma N' perteneciente al sistema jurídico SJ vigente en el momento t mediante una relación de legalidad, entonces N también pertenece al sistema jurídico SJ , así como en los posteriores hasta su derogación.

Es decir, en la medida en que se trate de una norma que ha sido dictada conforme a las exigencias formales y sustantivas establecidas por las normas de competencia correspondientes, pertenecerá al sistema jurídico.

Ahora bien, en este punto nos enfrentamos a un problema. Si tratamos de reconstruir la cadena de validez de una norma, llegará un momento en que nos hallaremos ante una norma que no reúne ni el requisito de la legalidad ni el de la deducibilidad.

Por ejemplo, si nos preguntamos acerca de la validez de las normas que rigen el uso de ciertas instalaciones deportivas de un municipio, probablemente podremos hallar su fundamento de validez en cierta ordenanza municipal, que a su vez se sustenta en una ley estatal o autonómica de régimen local, que a su vez se apoya en el estatuto de autonomía correspondiente (si se trata de una ley autonómica), que a su vez encuentra su fundamento de validez en la Constitución. Pero, ¿qué ocurre con la Constitución? Las normas de la Constitución no han sido dictadas de acuerdo con lo establecido por otras normas del sistema (no satisfacen el criterio de legalidad), ni tampoco son normas que se deduzcan lógicamente de otras normas del sistema (no satisfacen el criterio de deducibilidad).

Sin embargo, ningún jurista diría que las normas de la Constitución no son normas válidas del sistema. Por eso, es necesario contar con algún otro criterio de validez jurídica.

De acuerdo con el criterio de **validez originaria**, ciertas normas, que no satisfacen ni el criterio de deducibilidad ni el de legalidad, y que usualmente se corresponden con las normas de la Constitución (o las normas de mayor jerarquía de un sistema jurídico, en general), son también normas jurídicas válidas, hasta el punto de que sirven de punto de partida para considerar la validez de las restantes normas del sistema jurídico.

Lo anterior nos sirve para introducir la distinción entre **normas dependientes** y **normas independientes** (o soberanas). Las primeras son aquellas normas cuya validez depende de su relación con otros elementos del sistema (ya sea por relaciones de legalidad o de deducibilidad); son, por tanto, normas que

dependen de otras normas. En cambio, las normas independientes son normas válidas por definición; aquellas cuya validez no depende de otros elementos del sistema, ya que esta es originaria.

2.4.2. Pertenencia y aplicabilidad

En una primera aproximación informal, afirmamos que una norma jurídica es "aplicable" cuando esta puede o debe ser usada por los jueces o las autoridades jurídicas en general para tomar y justificar decisiones.

Ejemplo de norma aplicable

Cuando un policía de tráfico multa a un conductor por exceso de velocidad, aplica la norma que establece que cuando el límite de velocidad se supera –supuesto de hecho– debe aplicarse una sanción determinada –consecuencia jurídica–; con ello el agente justifica su decisión basándose en la norma.

Según Moreso y Navarro, una norma N_i es aplicable en un tiempo t a un caso individual c , que es una instancia de un caso genérico C , si, y solo si, otra norma N_j , perteneciente al sistema jurídico S_j del tiempo t , prescribe (obliga o faculta) aplicar N_i a los casos individuales que son instancias del caso genérico C .

Por tanto, que una determinada norma sea aplicable dependerá, en suma, de que otra norma válida del sistema jurídico obligue o permita su aplicación. Como regla general, las normas válidas (pertenecientes) son normas aplicables, así como las normas aplicables son por lo general normas válidas. Sin embargo, no se da una total correspondencia entre los dos conjuntos (normas pertenecientes y normas aplicables), por lo que podemos encontrar ejemplos tanto de normas pertenecientes pero no aplicables como de normas aplicables que no pertenecen al sistema.

Esta es por tanto una buena razón para limitar el significado de la *validez jurídica* a la mera pertenencia al sistema jurídico.

Algunos ejemplos de normas válidas pero no aplicables serían los siguientes:

a) Normas en periodo de *vacatio legis*. En ocasiones puede existir (aunque no necesariamente, ya que dependerá de lo que establezca el propio texto legal) un periodo de tiempo entre la publicación oficial de una disposición (ley, real decreto, etc.) y su entrada en vigor, que es el momento a partir del cual podrá ser aplicada.

Ese lapso temporal es conocido como la *vacatio legis*, cuya duración en nuestro Derecho es de veinte días si la propia disposición no establece otra cosa (aunque la entrada en vigor en ningún caso puede ser anterior al momento de publicación). Durante ese periodo, la norma es válida (pertenece al sistema),

Lectura recomendada

Sobre pertenencia y aplicabilidad, podéis consultar la obra siguiente:

J. J. Moreso; P. Navarro (1998). "The Reception of Norms and Open Legal Systems". En: S. L. y B. L. Paulson (eds.). *Normativity and Norms* (págs. 273-292). Oxford: Clarendon Press.

como lo demuestra el hecho de que puede ser derogada, pero no es aplicable. Si algún juez u otro órgano aplicaran esa norma antes de su entrada en vigor, su decisión sería contraria a derecho.

b) Normas suspendidas. Los distintos sistemas jurídicos suelen incluir normas que establecen que, bajo determinadas situaciones excepcionales que ponen en peligro la estabilidad, ciertas otras normas serán temporalmente suspendidas para hacer frente a la situación, de manera que, mientras dure esa situación excepcional, no serán aplicables.

En el Derecho español, el artículo 55 de la Constitución establece que en las situaciones de estado de excepción y de sitio, ciertos derechos fundamentales quedarán suspendidos o limitados (por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de circulación, el derecho de huelga, etc.). Las normas que reconocen tales derechos siguen perteneciendo al sistema (no quedan derogadas, ya que cuando la situación excepcional finaliza, vuelven a tener vigencia sin necesidad de que sean nuevamente aprobadas), pero no son aplicables.

También existen situaciones en las que resultan aplicables normas que no pertenecen al sistema, como en los casos en que se trate de las normas siguientes:

a) normas derogadas. Cuando una norma es derogada, es expulsada del sistema jurídico y por ello, a partir de ese momento, deja de ser una norma válida (perteneciente). Sin embargo, ello no significa necesariamente que no pueda todavía ser aplicable, o que incluso los jueces deban aplicarla para resolver el caso planteado.

Ejemplo de aplicación de normas derogadas

Supongamos que en el momento t_0 , A y B celebran un contrato de arrendamiento de una vivienda. En dicho momento, la normativa válida y aplicable que regula ese tipo de contratos es la ley L_1 . En un momento posterior (t_1), se modifica la legislación sobre arrendamientos y la ley L_1 queda derogada, sustituyéndola la ley L_2 . Posteriormente, en el momento t_2 , surge una desavenencia entre A y B y el caso acaba en los tribunales. En esa situación, el juez deberá resolver el caso conforme a lo que dispone la ley L_1 (y no según la ley L_2 , que tan solo afecta a los contratos celebrados a partir de su entrada en vigor), que es la que rige el contrato entre A y B y que por tanto resulta aplicable, a pesar de estar ya derogada.

b) Normas de derecho extranjero. En ocasiones, puede ocurrir que las normas que resulten aplicables para resolver un caso sean normas de otro ordenamiento jurídico extranjero (que, por definición, no pertenecen al sistema jurídico de la nacionalidad del órgano que toma la decisión). Existe una rama del Derecho, llamada Derecho Internacional Privado, que fundamentalmente se ocupa de determinar qué normas son las que resultan aplicables en situaciones en las que los sistemas jurídicos de distintos países están involucrados, por distintas razones.

Ejemplo de aplicación de normas de Derecho extranjero

Si se celebra en España un contrato entre un ciudadano francés y otro alemán, y que tiene que cumplirse en Italia, ¿qué normas regirán ese contrato, las del Derecho español,

francés, alemán o italiano? ¿Y qué tribunales serán los competentes para el caso de que surja alguna disputa? En casos como este puede ocurrir perfectamente que un juez o tribunal deba aplicar normas jurídicas de otro país, y por tanto pueden resultar aplicables normas que no pertenecen al sistema jurídico.

c) Normas irregulares. Las normas irregulares son aquellas que, por alguna razón, no cumplen con todos los requisitos de validez (por ejemplo, porque el órgano que las dictó se extralimitó de sus competencias, o porque no siguió correctamente el procedimiento de creación, o porque resulta incompatible con lo que disponen normas de rango superior).

Estas normas, por tanto, son inválidas y no pertenecen al sistema jurídico. Sin embargo, en algunos casos pueden resultar aplicables. En nuestro Derecho, por ejemplo, las normas con rango de ley contrarias a la Constitución son aplicables (todos los órganos tienen el deber de aplicarlas) en tanto no sean declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional. Es más, en la hipótesis de que el Tribunal Constitucional, erróneamente, declarase que una ley es constitucional aun cuando fuera contraria a la Constitución, esta sería aplicable con carácter definitivo y todos los demás órganos tendrían el deber de aplicarla, aun siendo inválida.

2.5. La identidad del sistema

Nos queda todavía por examinar un último aspecto de los sistemas jurídicos. Es innegable que existe una gran cantidad de normas, pero de algún modo las relacionamos entre sí reconduciéndolas a un determinado conjunto (por ejemplo, el Derecho español). De modo similar, hablamos de distintos conjuntos de normas jurídicas, y los identificamos como Derecho español, Derecho francés, etc. ¿Qué criterios utilizamos para asignar unas determinadas normas a un cierto conjunto y no a otro? ¿Y cómo podemos diferenciar entre conjuntos, esto es, ¿cómo podemos distinguir entre Derecho español y Derecho francés, por ejemplo? En definitiva, nos estamos preguntando por la identidad del sistema jurídico; por aquello que le confiere unidad y permite diferenciarlo de los demás.

Aunque desde el punto de vista de la práctica jurídica (abogados, jueces, etc.) esta cuestión no parece suscitar demasiadas dificultades, ya que cualquier jurista competente identifica con relativa facilidad las normas de su propio sistema jurídico, se trata de una cuestión bastante compleja desde el punto de vista teórico. Nos limitaremos a exponer, de manera muy breve y esquemática, las propuestas de dos de los más destacados filósofos del Derecho del siglo XX: Hans Kelsen y Herbert Hart.

2.5.1. La norma básica de Kelsen

Como sabemos, para Kelsen las normas jurídicas son prescripciones, pero no cualquier prescripción es una norma jurídica: tan solo lo son aquellas que puedan considerarse "válidas". La validez es por tanto un aspecto fundamental para el carácter jurídico de las normas.

Simplificando al máximo, una norma es válida si ha sido creada conforme a lo establecido por otra norma también válida.

De este modo, se puede ir reconstruyendo la *cadena de validez*: un acto administrativo es válido si ha sido dictado conforme a lo dispuesto por el reglamento correspondiente, que a su vez es una norma válida si ha sido dictada de acuerdo con la ley, que al tiempo es válida si se ajusta a lo establecido por la Constitución. Pero ocurre, como también hemos visto, que esta cadena de validez no puede ser infinita, y esto plantea una serie de dificultades.

Según Kelsen, también la Constitución es una norma válida, y por ello, debe haber sido creada conforme a lo dispuesto por otra norma. Esta otra norma, que Kelsen denomina **norma básica** o **fundamental**, y que opera como fundamento de validez de la Constitución, no puede ser una norma positiva (dictada por una autoridad), porque como tal no existe (ninguna autoridad la ha creado). Por ello, esta norma básica (cuyo contenido sería la obligatoriedad de obedecer lo que establece la Constitución positiva) es un presupuesto teórico, una ficción de la ciencia jurídica que resulta necesaria para poder concebir el Derecho como un conjunto de normas válidas.

La **norma básica** es el fundamento último de validez del sistema, y lo que permite reconducir toda la multiplicidad de normas a un único conjunto, y también diferenciar entre conjuntos (cada uno de ellos cuenta con su propia norma básica).

La idea de la norma básica kelseniana ha sido objeto de muchas críticas, de entre las que solo se mencionará la siguiente: Kelsen destaca por ser un estricto positivista jurídico, que como tal sostiene que no existe otro Derecho que el Derecho positivo (normas dictadas por una autoridad), y es muy crítico con todas aquellas concepciones que entienden que también forman parte del Derecho elementos no positivos (como el llamado Derecho natural), no dictados por autoridad alguna.

Sin embargo, la norma básica no reúne este requisito, puesto que no se trata de una norma dictada por una autoridad, y resulta un tanto extraño que la norma que sirve de fundamento último de validez del sistema sea la única norma que no reúne el requisito de ser una norma positiva.

2.5.2. La regla de reconocimiento de Hart

Las dificultades de la teoría de Kelsen pueden evitarse desde la concepción alternativa que propone Hart. Según el autor inglés, la identidad del sistema depende de la **regla de reconocimiento**, que no consiste en una norma dictada por alguna autoridad jurídica ni tampoco en un presupuesto de la ciencia jurídica. La regla de reconocimiento es más bien una práctica social, una cuestión de hecho o dato sociológico relativo a una comunidad determinada.

Esquemáticamente, la regla de reconocimiento sería el criterio o conjunto de criterios que cierta comunidad (o al menos una parte destacable de esta, los operadores jurídicos, especialmente los jueces y funcionarios públicos) utiliza para identificar el Derecho (qué cuenta como *Derecho o norma jurídica*).

De ese modo, todas aquellas normas que satisfagan los requisitos de la regla de reconocimiento forman parte del mismo sistema, y los distintos sistemas se diferencian entre sí por el hecho de manejar distintas reglas de reconocimiento.

Lo anterior supone que, en última instancia, aquello que se considera *Derecho* no depende de las decisiones de ningún órgano, sino de las creencias y actitudes del conjunto de los operadores jurídicos de una comunidad.

Por ejemplo, y simplificando mucho, podría intentarse reconstruirse la regla de reconocimiento de la comunidad de juristas u operadores jurídicos de España de manera que esta diría: "Se considera *Derecho español válido* la Constitución de 1978, el resto de normas dictadas conforme a dicha Constitución, y todas las consecuencias lógicas de las normas anteriores". Eso explicaría, por ejemplo, por qué las normas dictadas por las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado) son consideradas desde la perspectiva del Derecho español como Derecho válido, mientras que no lo serían las normas dictadas por el Parlamento francés. Inversamente, desde la perspectiva de la comunidad de juristas franceses se considera Derecho válido las normas del Parlamento francés, porque satisfacen los requisitos de la regla de reconocimiento que dicha comunidad maneja, mientras que no los satisfacen las normas dictadas por las Cortes Generales españolas.

3. Los conceptos jurídicos fundamentales

A pesar de todas sus diferencias, los distintos sistemas jurídicos comparten una serie de conceptos centrales, como por ejemplo los de *personalidad jurídica*, *sanción*, *deber jurídico*, *acto ilícito*, *responsabilidad* o *derecho subjetivo*. Dichos conceptos son básicos o fundamentales en un doble sentido: por una parte, porque se trata de conceptos muy generales y transversales, por ser comunes tanto a los distintos ámbitos o ramas del Derecho como a los diferentes sistemas jurídicos (de distintos países y sociedades, tanto contemporáneas como históricas) y, por otra parte, porque el resto de conceptos jurídicos más concretos o específicos (como por ejemplo los de *hipoteca*, *donación*, *arrendamiento*, *delito de lesiones*, etc.) dependen en último término de estos conceptos más fundamentales. Resulta, por tanto, imprescindible tener unas nociones básicas de tales conceptos para poder comprender adecuadamente el resto de los conceptos jurídicos.

En lo que sigue, se centrará la atención en los seis conceptos siguientes: *personalidad (jurídica)*, *sanción*, *acto ilícito*, *deber u obligación jurídica*, *responsabilidad* y *derecho subjetivo*.

3.1. El concepto de personalidad jurídica

La personalidad jurídica consiste en la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones legales, esto es, en la consideración como un *sujeto de derecho*, en contraposición con un *objeto de derecho*. Dicho de otro modo, consiste en ser considerado por el derecho como *persona* y no como *cosa*.

Otra manera de decir lo mismo es que el sistema jurídico solo impone deberes y reconoce derechos a quien tiene el estatus legal de *persona* (sujeto) y no a lo que tiene un estatus legal de *no persona* u objeto.

Es importante tener presente que la personalidad jurídica es un concepto estrictamente legal o jurídico, y no es ni un concepto biológico ni moral (lo cual no significa que los aspectos biológicos o morales sean irrelevantes o no deban tenerse en cuenta por el Derecho). Esto quiere decir que, desde el punto de vista legal, son *personas* o sujetos de derecho aquellas entidades, biológicas o no, que determine el propio sistema jurídico. Por ello, puede ocurrir (y hay muchos ejemplos a lo largo de la historia y la geografía) que no todo

ser humano biológico sea considerado legalmente como persona, o que otras entidades distintas de los seres humanos de carne y hueso sean consideradas legalmente como personas.

En cualquier caso, el ejemplo por antonomasia de *persona* en sentido jurídico o legal es el del ser humano biológico o **persona física**. La regla general en los ordenamientos jurídicos actuales es que todos los seres humanos cuenten con personalidad jurídica y sean considerados por el Derecho como sujetos y no como objetos.

Sin embargo, no ha sido siempre así. En los sistemas legales que reconocían la institución de la esclavitud (como el Derecho romano), los esclavos no eran considerados personas por el Derecho, a pesar de ser seres humanos desde el punto de vista biológico, por lo que carecían de la posibilidad de actuar de forma legalmente válida (no podían, por ejemplo, tener propiedades, celebrar contratos o heredar), al menos en tanto que mantuvieran la condición legal de esclavos. Al contrario, desde el punto de vista del sistema jurídico eran objetos o cosas, por lo que podían, por ejemplo, ser vendidos, alquilados, regalados o destruidos por sus propietarios.

Afortunadamente, hoy en día la esclavitud ha desaparecido como institución legal (cuestión distinta es su desaparición *de facto*), y la regla general es que todos los seres humanos cuentan con personalidad jurídica. De hecho, aparece incluso enumerado como uno de los derechos fundamentales de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, que en su artículo 6 establece que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". En el caso español, el artículo 30 del Código civil establece que "la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno",¹ mientras que el artículo 32 del mismo Código dispone que "la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas".

⁽¹⁾ Como dato curioso, hay que destacar que esta redacción es relativamente reciente, adoptada tras la reforma del Código civil del año 2011. Previamente, por herencia del Derecho romano, para que una persona física adquiriese personalidad jurídica se requerían dos condiciones adicionales: a) tener forma humana; y b) vivir al menos 24 horas totalmente desprendido del seno materno. En caso de fallecer antes, no se llegaba a adquirir la condición de persona, con las posibles consecuencias jurídicas derivadas de ello (por ejemplo, en relación con una posible herencia).

De hecho, un debate actual (principalmente en el ámbito de la filosofía moral) que está cobrando cada vez mayor relevancia es el de la conveniencia de ampliar el estatus legal de persona a ciertos animales no humanos. En la actualidad, en la mayoría de los sistemas jurídicos (entre ellos el español), los animales no humanos tienen la consideración de cosas, por lo que no son titulares de derechos ni destinatarios de obligaciones. Sin embargo, esto no significa que estén totalmente desprotegidos desde el punto de vista legal, ya que lo que sí que existen son determinadas obligaciones dirigidas a los seres humanos (o a las *personas* en sentido legal) acerca de cómo tratar a los animales, que nos impiden entre otras cosas matarlos o dañarlos a nuestro antojo. Pero si existen estos límites no es porque los animales tengan derechos en sentido legal, sino porque las personas tenemos deberes relativos a nuestro trato hacia los animales. Al margen de tales obligaciones, en épocas más recientes, algunos sistemas jurídicos han creado una especie de categoría o estatus legal intermedio entre las personas y las cosas, para situar en ella a los animales. En ese sentido, los animales no serían estrictamente *cosas* desde el punto de vista legal, pero tampoco sujetos de derechos y obligaciones. Esta categoría intermedia resulta un tanto extraña y problemática desde el punto de vista teórico, ya que, para el Derecho, estrictamente hablando, o se es sujeto o se es objeto, pero en todo caso lo que estas reformas muestran es una preocupación por atribuir a los animales una consideración superior a la de los meros objetos inanimados. Algunos países europeos que ya han modificado sus legislaciones son Austria (1988), Alemania (1990), Suiza (2003), Francia (2015) y Portugal (2016). Fuera del ámbito europeo, ha habido reformas similares en Canadá, Nueva Zelanda, Colombia, Brasil o Argentina. En España, en el momento de escribir estas líneas, existe una proposición de ley (número 122/000134, accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-167-5.PDF) por la que los animales dejarían de ser legalmente cosas para ser considerados "seres vivos dotados de sensibilidad".

Por otro lado, las personas físicas no son las únicas entidades que cuentan con personalidad jurídica. Mayoritariamente a partir del siglo XIX, los sistemas jurídicos fueron atribuyendo también personalidad jurídica o estatus legal de persona a determinadas estructuras u organizaciones, denominadas como **personas jurídicas**.

Los primeros antecedentes de lo que serían las personas jurídicas actuales suelen situarse en las llamadas "Compañías de Indias" que se constituyeron en varios países europeos a partir del siglo XVI para gestionar el comercio de productos procedentes del entonces recientemente descubierto continente americano. Las expediciones comerciales hacia y desde América requerían grandes inversiones y la cooperación de muchas personas, ya que estaban normalmente fuera del alcance de individuos particulares. Pero fue fundamentalmente el desarrollo productivo y comercial que trajo consigo la revolución industrial lo que hizo patentes algunas de las limitaciones de los sistemas jurídicos existentes en la época. Imaginemos, por ejemplo, un negocio de fabricación, distribución y venta de tejidos, un sector en enorme auge durante el siglo XIX. La industria textil requería de grandes inversiones (fábricas, maquinaria, materias primas, trabajadores, medios de transporte, etc.), que habitualmente no estaban al alcance de un único individuo. Es también probable que algunos (o todos) de los miembros que quisieran llevar adelante ese proyecto empresarial necesitaran financiación. Y aunque la figura del prestamista es muy antigua, las nuevas necesidades requerían de mayores inversiones, que a su vez exigían aportaciones de muchas personas para poder ofrecerlas (los bancos). Por lo general, pues, era necesario que un conjunto de individuos colaborase en un proyecto empresarial común y aportasen todos ellos recursos para poder llevarlo adelante y poder obtener beneficios. Pero esto planteaba algunas dificultades: por ejemplo, si un proveedor quería proporcionar materias primas (como, por ejemplo, lana, algodón o lino), ¿tenía que contratar con todos los miembros que participaban en el proyecto empresarial? Si surgía alguna disputa o controversia (por ejemplo, no le pagaban el precio estipulado en el contrato por las materias primas), ¿debía demandar judicialmente a todos los miembros? ¿Qué ocurría cuando alguno de los miembros fallecía o vendía su parte a otra u otras personas?

En este contexto, pronto se vieron las ventajas que tendría la ficción legal de tratar como una unidad jurídica a estos conjuntos de personas y bienes unidos en un proyecto común, lo que dio lugar al concepto de *persona jurídica*. Consiste básicamente en otorgar personalidad jurídica propia y diferenciada de la de sus miembros a ciertas estructuras u organizaciones de personas y bienes, de modo que su actuación en el contexto jurídico se hace mucho más simple y eficiente. Así, por ejemplo, cuando hay que contratar, la persona que celebra el contrato y quien adquiere los derechos y obligaciones derivados de este no es el individuo particular que lo firma, sino la sociedad (u otro tipo o categoría de persona jurídica) en cuyo nombre actúa (siempre que lo haga, claro está, de acuerdo con las normas que rigen el funcionamiento de la sociedad, pues en caso contrario sí que actuaría en nombre propio). De este modo, también deja de ser un problema el hecho de que cambien los socios o miembros de la estructura o sociedad que cuenta con personalidad jurídica; si, por ejemplo, un socio de una sociedad anónima vende sus acciones a un tercero, este pasa a ser socio y, por tanto, un copropietario de la sociedad, pero esto no afecta a los derechos y obligaciones adquiridos por la sociedad como tal, ya que su personalidad jurídica es distinta e independiente de la de sus socios.

Los distintos tipos de persona jurídica y los requisitos legales para obtenerla varían en función de cada sistema jurídico, pero todos tienen en común el hecho de reconocer personalidad jurídica propia a diversos tipos de estructuras que reúnan ciertas condiciones o requisitos legalmente establecidos. Una dis-

tinción que suele ser común se da entre aquellas personas jurídicas reguladas por el Derecho público, que tienen un carácter oficial o semioficial y persiguen fines de interés público (por ejemplo, los consorcios, los colegios profesionales, los sindicatos, las universidades públicas, etc.) y las personas jurídicas reguladas por el Derecho privado, que normalmente persiguen fines de interés privado (de sus miembros). No obstante, no todas las personas jurídicas privadas son de carácter empresarial o con ánimo de lucro. En el caso español, y de modo muy similar al de los países de nuestro entorno, existen diversos tipos de persona jurídica (privada) sin ánimo de lucro, como las asociaciones y las fundaciones. Además, no todas las personas jurídicas de carácter empresarial o con ánimo de lucro responden a una misma estructura, sino que existen distintas categorías (como la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, etc.), con diferentes características y requisitos, para así poder adaptarse mejor a las diferentes necesidades y tipos de empresa.

En síntesis, podemos afirmar pues que la personalidad jurídica consiste en la consideración legal de *persona*, por la cual se es titular de derechos y obligaciones, y que cuentan con personalidad jurídica tanto las personas físicas como las personas jurídicas.

3.1.1. Capacidad jurídica y capacidad de obrar

Sin embargo, aunque toda persona física o jurídica cuenta con personalidad jurídica y puede ser titular de derechos y obligaciones legales, esto no significa necesariamente que pueda actuar o tomar decisiones de forma legalmente válida o que sus acciones tengan consecuencias jurídicas. Por eso, dentro del concepto de personalidad suelen diferenciarse dos aspectos: la *capacidad jurídica* y la *capacidad de obrar*.

La **capacidad jurídica** consiste propiamente en el reconocimiento como sujeto de derecho, es decir, como titular de derechos y destinatario de obligaciones jurídicas. Dicha capacidad es consustancial a la condición legal de persona, por lo que todas las personas (físicas y jurídicas) tienen capacidad jurídica, desde su nacimiento (físicas) o constitución legal (jurídicas) hasta su muerte (físicas) o disolución (jurídicas).

La **capacidad de obrar**, por otra parte, consiste en la capacidad de la persona para poder realizar actos jurídicos válidos (como, por ejemplo, celebrar un contrato o redactar un testamento), ejercer sus derechos legales y cumplir con sus obligaciones.

A diferencia de la capacidad jurídica, no todas las personas físicas tienen capacidad de obrar. El caso más claro es el de los menores de edad, que, aunque tienen plenos derechos desde su nacimiento, por regla general no pueden ejercerlos por sí mismos, así como tampoco pueden dar cumplimiento a sus obligaciones sino a través de sus representantes legales.

Por ejemplo, un bebé puede ser titular de un gran patrimonio que haya recibido a través de una herencia, pero ni ha podido aceptar la herencia, ni puede cumplir con las obligaciones derivadas de la posesión de sus propiedades (como puede ser la obligación de pagar los impuestos correspondientes por los rendimientos que estas producen).

Tanto el ejercicio de los derechos como el cumplimiento de las obligaciones, en el caso de las personas que carecen o tienen limitada su capacidad de obrar, se realizan a través de sus respectivos representantes legales (normalmente los padres en el caso de los menores de edad, aunque pueden ser otras figuras, como los tutores o los curadores).

Los menores de edad tampoco son el único caso de limitación de la capacidad de obrar. Por ejemplo, una persona que haya perdido o haya visto reducida considerablemente sus capacidades mentales puede ser incapacitada judicialmente (esto es, tras un proceso judicial), designándose un tutor o curador para que actúe legalmente en su nombre. Lo que no puede perder en ningún caso es su capacidad jurídica. De modo inverso, en determinados casos legalmente previstos, los menores de edad mayores de dieciséis años pueden adquirir una (casi) plena capacidad de obrar (es lo que se conoce como *menores de edad emancipados*). Los menores emancipados pueden actuar como si fueran mayores de edad, con algunas pocas limitaciones (por ejemplo, no pueden pedir dinero a préstamo ni vender un inmueble, como una casa o un terreno –artículo 323 del Código civil–, pues para eso requerirán la conformidad de sus padres o curadores).

Por lo que respecta a las personas jurídicas, todas ellas tienen tanto capacidad jurídica como capacidad de obrar, aunque para poder realizar válidamente actos jurídicos o ejercer sus derechos y obligaciones, deben hacerlo a través de las personas u órganos que ostenten la representación legal de las mismas (por ejemplo, el Consejo de Administración en el caso de una sociedad anónima).

3.2. El concepto de sanción

Como tuvimos ocasión de ver en su momento, los sistemas jurídicos requieren de ciertos mecanismos y procedimientos para intentar garantizar el cumplimiento de sus disposiciones, y para este fin suelen contemplar, aunque sea como último recurso, el uso de la coacción. Las sanciones son probablemente el ejemplo más claro y palpable de recurso a la violencia institucionalizada para asegurar el cumplimiento de las normas por los destinatarios, pero evidentemente no cualquier recurso a la coacción o a la violencia es una sanción. ¿En qué consisten entonces exactamente las sanciones? O, dicho de otro modo, ¿cómo es posible diferenciar las sanciones de otros mecanismos o recursos violentos o coactivos?

Una de las mejores elaboraciones teóricas del concepto legal de *sanción* es la que propone Hans Kelsen, que, como ya sabemos, es uno de los autores de referencia de la teoría jurídica contemporánea. Además, para este autor el concepto de *sanción* ocupa un lugar central en la teoría jurídica, ya que desde su punto de vista puede considerarse como el concepto primitivo o fundamental

a partir del cual pueden definirse otros conceptos, como los de *acto ilícito*, *deber jurídico* o *responsabilidad*, como veremos en su momento (cuestión distinta es hasta qué punto la definición de estos otros conceptos en términos de *sanción* resulta satisfactoria).

Según el profesor austríaco, el concepto jurídico de *sanción* se compone de los cuatro elementos siguientes:

La sanción es un **acto coactivo**, que **priva de un bien**, dictado por la **autoridad competente**, como **consecuencia de una conducta** o comportamiento previo.

1) En primer lugar, toda sanción implica la posibilidad del uso efectivo de la coacción, aunque sea como último recurso. Cuando, por ejemplo, se impone una multa, la persona sancionada puede satisfacerla voluntariamente, pero en caso de que no sea así se activan los mecanismos correspondientes para hacerla efectiva, incluso en contra de la voluntad del sancionado (por ejemplo, mediante un embargo de sus bienes). Cuando alguien es condenado a una pena de prisión puede presentarse voluntariamente para cumplir su condena, pero en los casos en que no sea así, será conducido por la fuerza en un furgón policial. No puede hablarse propiamente de sanciones en el sentido estricto del término si estas no pueden llegar a ejecutarse por la fuerza en caso necesario.

2) Toda sanción implica también alguna consecuencia negativa para el sujeto sancionado, pues se le priva de algo que en principio es valioso (la propiedad, la libertad, el ejercicio de ciertos derechos o, dependiendo del sistema jurídico de que se trate, incluso la vida o la integridad física). Kelsen señala que para valorar si algo es un *bien* ha de tenerse en cuenta la opinión general de la sociedad, con independencia de la valoración que haga el propio sujeto sancionado. Es decir, una medida no dejará de ser una sanción por el hecho de que el individuo concreto en cuestión no considere valioso aquello de que se le priva.

Por ejemplo, alguien puede ser tan rico como para considerar que el pago de una multa no le supone ningún mal, o tener tanto desapego a los bienes materiales que no valore como algo negativo el que se le obligue a pagar una cierta cantidad. De modo similar, una pena de inhabilitación para ejercer un cargo público puede no tener ninguna importancia para quien no se plantea trabajar en la Administración pública o presentarse a un cargo electo, o la privación del derecho de sufragio (que suele imponerse como pena accesoria a la de privación de libertad mientras dura la condena) puede no suponer consecuencia negativa alguna para alguien que nunca ha tenido la costumbre de votar ni participar políticamente. Usando un ejemplo extremo, incluso la pena de muerte podría no ser considerada un mal para alguien que tuviera previsto suicidarse. En cualquier caso, la opinión del individuo concreto sancionado no es lo que determina que algo sea considerado o no como un bien.

3) Un aspecto esencial para poder diferenciar una sanción jurídica de un mero acto de fuerza o coacción de naturaleza similar es el hecho de haber sido dictado o decidido por la autoridad jurídica competente. En esencia, una pena de multa es algo muy similar a un robo, ya que se nos priva por la fuerza de algo que es nuestro. La diferencia es que en lugar de haber sido algo perpetrado

por un ladrón o un atracador sin ningún tipo de cobertura legal que pueda respaldar o justificar su conducta, en el caso de la multa se trata de una decisión tomada por un órgano o institución que, de acuerdo con el sistema jurídico, tiene la capacidad o la competencia para dictar este tipo de decisiones, siguiendo el procedimiento legalmente previsto para ello. Es decir, en el caso de la multa, este comportamiento coactivo que priva de un bien está amparado por el Derecho, en la medida en que las normas legales permiten a ese órgano tomar esas decisiones en determinados casos y siguiendo un determinado procedimiento, regulado a su vez por normas jurídicas. Este aspecto de la justificación legal de sus actos es muy importante, ya que si se trata de una decisión que carece de ella (porque el órgano no es competente o porque no procede imponer dicha medida), se trata de un mero acto de fuerza (como el del atracador) y no de una sanción.

Lo mismo puede decirse en relación con los demás tipos de sanciones, como las de prisión (en contraposición a un secuestro) o la pena de muerte (en contraposición a un homicidio o asesinato). El aspecto institucional y la cobertura legal es lo que permite establecer una clara distinción conceptual entre una sanción y lo que de otro modo sería no solo un mero acto de fuerza, sino muy probablemente un comportamiento ilegal o delictivo.

4) El último elemento definitorio de las sanciones, según Kelsen, es que estas se imponen como respuesta o consecuencia de un comportamiento previo (acción u omisión) de un sujeto (no necesariamente del que será sancionado, como veremos más adelante). Es decir, solo puede hablarse de sanción si la medida se impone como respuesta a algo que un sujeto ha hecho (acción) o dejado de hacer (omisión), pero no si se trata de una medida relacionada con alguna característica o circunstancia del sujeto; es decir, por algo que el sujeto es o por alguna circunstancia en la que este se encuentra.

De este modo, no sería calificada como sanción una medida como, por ejemplo, el confinamiento forzoso o cuarentena de los habitantes de un área determinada en caso de un brote epidémico, aunque se trate de un acto coactivo que priva de un bien (la libertad de circulación) dictado por la autoridad competente, como tampoco lo serían medidas tomadas sobre la base de determinadas circunstancias o características de los destinatarios, como, por ejemplo, prohibir la realización de ciertas actividades consideradas como peligrosas a personas que no lleguen a una altura o edad mínima.

En este sentido, no son propiamente *sanciones* medidas que han sido tristemente bastante habituales a lo largo de la historia (y que lamentablemente subsisten en algunos lugares) como el internamiento coactivo o la expulsión del territorio de personas por razón de su raza, sus opiniones políticas o sus convicciones religiosas.

La propuesta de Kelsen parece funcionar bien en términos generales, porque es rigurosa y se ajusta bastante a la idea o concepción que tenemos de manera intuitiva acerca de lo que es una sanción. No obstante, en algunos casos podrían surgir dudas, porque parece que tendrían que calificarse como sanciones situaciones que normalmente no diríamos que lo son. Por ejemplo, ese sería el caso de los impuestos: la obligación de pagarlos es coactiva (no podemos decidir libremente si los pagamos o no), supone la privación de un bien (propiedad), responden a decisiones de la autoridad competente (el legislador, a tra-

vés de las leyes que aprueba) y están normalmente vinculados a conductas de los sujetos (como, por ejemplo, la de obtener rentas por el trabajo, vender un inmueble, comprar un objeto, etc.). Con todo, podría decirse que en realidad la sanción sería no el pago de los impuestos en sí (que estrictamente hablando sería voluntario), sino las medidas coactivas impuestas, en vía administrativa o judicial, como consecuencia de no haberlos pagado, pues en tal caso sí puede hacerse uso efectivo de la coacción para intentar asegurar el cumplimiento de la obligación.

3.3. Los conceptos de deber jurídico y acto ilícito

Como hemos podido ver anteriormente, una de las funciones básicas del derecho es el control social, entendido como la guía de la conducta de sus destinatarios, estableciendo qué es lo que pueden y no pueden hacer. Para ello, los sistemas jurídicos se sirven de normas prescriptivas que establecen obligaciones, prohibiciones y permisos, así como de mecanismos coactivos (como las sanciones) para intentar asegurar su cumplimiento. Por tanto, el concepto de *deber (u obligación) jurídica* y su contraposición, el *acto ilícito*, son consustanciales a cualquier sistema legal, y es imposible concebir el Derecho sin recurrir a tales conceptos.

Tal y como se apuntó en el epígrafe anterior, Hans Kelsen realiza una propuesta teórica para definir estos conceptos, basándose en la idea de *sanción* que ya hemos visto. De este modo, intenta ofrecer un modelo con una gran coherencia interna, en el que todas las piezas (conceptos jurídicos fundamentales) encajen perfectamente. Como sabemos, Kelsen concibe el Derecho como un conjunto de normas prescriptivas; concretamente, como prescripciones dirigidas a las autoridades relacionadas con el uso de la coacción (imposición de sanciones). No es de extrañar, por tanto, que la idea de sanción ocupe un lugar central en su modelo. Partiendo de este punto, entiende que el **acto ilícito** no es algo "contrario a Derecho", sino que sencillamente "es aquel comportamiento que constituye la condición para la aplicación de una sanción" (es decir, aquella conducta cuya realización da lugar a que se imponga una sanción, como, por ejemplo, matar a otra persona). Por su parte, el **deber jurídico** o la obligación jurídica sería la conducta opuesta al acto ilícito; o, dicho de otro modo, el comportamiento que *evita* la sanción. En palabras del propio autor: "Cuando se habla de una conducta "contraria al Derecho", se alude así a la conducta condicionante del acto coactivo; cuando se habla de una conducta "conforme a Derecho", se alude a la contraria, a la conducta que evita el acto coactivo".

Por consiguiente, solo podría hablarse de la existencia de deberes u obligaciones jurídicas y de conductas ilícitas en la medida en que exista alguna sanción vinculada a cierto comportamiento. En otras palabras, algo es ilícito o ilegal solo si está sancionado, y solo puede afirmarse que el Derecho impone una obligación en la medida en que está sancionado no comportarse de ese modo.

Referencia bibliográfica

KELSEN, H. (1993) [ed. original de 1960]: *Teoría pura del derecho*, 7.ª ed. (traducción de R. J. Vernengo), México D.F.: Editorial Porrúa, pág. 128.

Otra manera de decir lo mismo es que, en la concepción de Kelsen, los comportamientos no se sancionan porque sean ilícitos, sino que son ilícitos *porque se sancionan*. A diferencia de lo que ocurre en la moral, desde el punto de vista jurídico no habría comportamientos intrínsecamente incorrectos (*mala in se*), sino que los comportamientos se convierten en jurídicamente incorrectos al establecerse una sanción para ellos (*mala prohibita*). Así, el homicidio no se castiga legalmente porque sea malo, sino que se convierte en algo malo jurídicamente porque se castiga. Como afirma Kelsen:

"Una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia. No se trata de ninguna propiedad inmanente, y tampoco de ninguna relación con alguna norma metajurídica, natural o divina (...) la que hace de determinada conducta humana un acto ilícito o delito; sino exclusiva y únicamente, el que sea convertida, por el orden jurídico positivo, en condición de acto coactivo, es decir, en condición de una sanción."

Este esquema teórico encaja muy bien con la concepción de las normas jurídicas que tiene Kelsen, para quien estas son mandatos dirigidos a los aplicadores del derecho (jueces y órganos administrativos) relacionados con el uso de la coacción, es decir, con la imposición de sanciones. Para el autor, los destinatarios directos de las normas jurídicas son los jueces y demás aplicadores, y los ciudadanos en general solo serían destinatarios indirectos. De este modo, por ejemplo, la "auténtica" norma jurídica sería la que impone a los jueces la obligación de dictar una determinada pena de prisión a quien cometa homicidio, y de ahí indirectamente se extraería la norma para los ciudadanos de que no debe cometerse homicidio (porque es el comportamiento que evita la sanción). De hecho, en determinados ámbitos del Derecho, como el Derecho penal, este parece ser el esquema: el Código penal no establece que esté prohibido cometer homicidio, robo, secuestro, violación, etc., sino que sus disposiciones siguen la estructura "si alguien comete X (robo, secuestro, violación, homicidio, etc.), debe ser condenado con la pena Y".

Sin duda, la propuesta kelseniana es muy coherente con su modelo teórico, pero no es menos cierto que, al margen de la coherencia interna, todo modelo teórico debería también poder reconstruir o reflejar de manera mínimamente satisfactoria aquellas intuiciones o ideas fundamentales de los juristas o de los destinatarios del Derecho en general. Y, en este sentido, la construcción de Kelsen resulta bastante forzada y no parece ajustarse demasiado bien a las ideas que intuitivamente tenemos acerca de lo que significa que algo sea una obligación jurídica o un acto ilícito o contrario a Derecho, al menos por dos razones:

1) Normalmente asociamos la idea de estar obligados jurídicamente a hacer algo con la existencia de una norma que nos indica cómo debemos actuar, y no con la idea de comportarnos de modo que evitemos que nos impongan una sanción. Así, resulta mucho más natural decir "voy a pagar mis impuestos porque estoy legalmente obligado a ello" que "voy a intentar evitar que me sancionen y para ello un buen método es pagar los impuestos". Por tanto, la idea de "cumplir con las normas y obligaciones legales" parece ser algo más, o algo distinto, a meramente "evitar las sanciones", a menos que se adopte radicalmente el punto de vista del *hombre malo* que actúa movido por motivaciones estrictamente egoístas y que no guía su comportamiento por normas, sino por interés. De modo similar, la noción de *acto ilícito* parece vincularse

Referencia bibliográfica

KELSEN, H. (1993) [ed. original de 1960]: *Teoría pura del derecho*, 7.^a ed. (traducción de R. J. Vernengo), México D.F.: Editorial Porrúa, pág. 126.

a la vulneración o insatisfacción de un deber jurídico, es decir, a comportarse de manera incompatible con lo que la norma ordena o prohíbe, y no a la satisfacción de las condiciones para la aplicación de una sanción.

2) En el caso de las normas prescriptivas, como vimos en su momento, es perfectamente separable la norma que prescribe (ordena, prohíbe) una conducta de la sanción que otra norma establezca para el caso de incumplimiento, por lo que es perfectamente concebible que exista la primera sin la segunda. Por ejemplo: la normativa académica de una universidad presencial puede establecer la obligatoriedad de asistencia a las clases, pero no fijar ninguna consecuencia negativa para el caso de incumplimiento. Si partimos del modelo kelseniano, en el caso de que no exista sanción alguna prevista para el caso de que no actuemos conforme a lo dispuesto por una norma, deberíamos afirmar que estaríamos frente a una mera "apariencia" de deber jurídico, pero no ante un deber jurídico real, al no existir sanción alguna en caso de no satisfacer lo establecido por la norma. Del mismo modo, al no existir sanción, tampoco habría acto ilícito alguno, aun cuando actuásemos de manera contraria a lo que la norma ordena. Además, como tuvimos ocasión de ver, este esquema no ofrece una explicación satisfactoria de la nulidad de los actos jurídicos que no satisfacen los requisitos o condiciones establecidos por las normas constitutivas, puesto que la nulidad no es técnicamente una sanción.

En esencia, la propuesta de Kelsen adolece de los problemas derivados de la pretensión de querer reducir las normas jurídicas a una única categoría (prescripciones dirigidas a los jueces estableciendo las condiciones para la imposición de sanciones).

Por todo esto, resulta más plausible entender que un sujeto tiene el **deber jurídico** de realizar (o abstenerse de realizar) *X* en la medida en que las normas del sistema jurídico le imponen la obligación de comportarse de ese modo, y que dicho sujeto comete un **acto ilícito** si se comporta de manera opuesta o incompatible a lo que constituye su deber jurídico.

Para finalizar este apartado, debe hacerse referencia a una distinción relevante planteada por Hart entre "tener una obligación" y "sentirse obligado". El autor inglés señala que el hecho de tener una obligación jurídica es totalmente independiente del estado psicológico del sujeto, ya que depende exclusivamente del contenido del sistema jurídico. Para ilustrarlo, hace referencia al ejemplo de un atracador que, apuntando con un arma a su víctima, le exige que le entregue su dinero. En esta situación, es razonable pensar que la víctima "se sienta obligada" a entregarle el dinero, al temer por su integridad o incluso por su vida si no lo hace, pero no significa que "tenga la obligación" de hacer lo que el asaltante le ordena. El tener o no una obligación (legal, moral, social, etc.) depende de lo que establezca el sistema normativo en cuestión y no de lo que el sujeto crea o piense. Del mismo modo que la víctima del atracador no tiene la obligación de hacer lo que este le ordena, por más que pueda sentirse obligada a ello, un anarquista convencido no dejará de estar legalmente obli-

Referencia bibliográfica

HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, pág. 6 y sigs.

gado a cumplir con lo que el Derecho de su país le ordena, por mucho que no se *sienta* obligado por lo que este establece, al no reconocer la autoridad del Estado del que el sistema jurídico emana.

3.4. El concepto jurídico de *responsabilidad*

3.4.1. Diversos sentidos de *responsabilidad*

Lo primero que debe señalarse es que el término *responsabilidad* es ambiguo, lo que significa que tiene múltiples significados o expresa conceptos diversos, que conviene distinguir adecuadamente. En cierto sentido, todos estos significados o conceptos guardan algún tipo de relación con el Derecho, pero tan solo uno de ellos puede entenderse como el sentido propio del concepto *responsabilidad jurídica*. En síntesis, puede hablarse de *responsabilidad* en al menos cuatro sentidos distintos:

a) Responsabilidad como **causalidad**. En algunas ocasiones, decir que algo o alguien es responsable de cierta situación o estado de cosas significa que existe una relación de *causalidad* entre algún acontecimiento o acción y un resultado. Este es el caso, por poner algunos ejemplos, de afirmaciones como "las fuertes lluvias han sido las responsables de los daños en la estructura del edificio", o "el exceso de velocidad del conductor fue responsable del accidente que le dejó parapléjico". Dicho de otro modo, en este sentido la palabra *responsabilidad* es sinónimo de *causa*.

b) Responsabilidad como **capacidad**. En otras ocasiones, se utiliza la expresión para hacer referencia a las aptitudes o facultades mentales de una persona para dirigir su conducta, o como suele también decirse, para "ser dueño de sus actos", en el sentido de que estos dependen de decisiones voluntarias y conscientes del sujeto, y, por tanto, que este tiene cierto control sobre ellas y que puede prever, aunque sea mínimamente, sus consecuencias. Así, se dice, por ejemplo, que los niños pequeños no son responsables de sus actos, como tampoco lo son otras personas que por diversas circunstancias (por ejemplo, por sufrir una grave enfermedad mental) o en ciertos contextos (por ejemplo, una embriaguez muy acusada), no pueden guiar de manera consciente su conducta. A este sentido también parece referirse la expresión "ser un irresponsable", pues se usa para referirnos a quien actúa de manera irreflexiva, sin pensar y sin calcular mínimamente las consecuencias de sus actos.

c) Responsabilidad como **función** o cargo. También se utiliza el término *responsabilidad* para hacer referencia a las personas que tienen asignadas ciertas atribuciones, cargos o roles que llevan asociadas ciertas obligaciones. Si decimos "Laura es la responsable de organizar la fiesta", estamos afirmando que Laura tiene a su cargo las tareas y obligaciones relacionadas con esa actividad (organizar la fiesta). Algo similar ocurre cuando decimos, por ejemplo, "el pro-

Referencia bibliográfica

Sobre los diversos sentidos de *responsabilidad* puede verse:
HART, H. L. A. (1988). *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press.
NINO, C. S. (1987). *Introducción al análisis del derecho* (cap. IV). Barcelona: Ariel.

fesor de la asignatura es el responsable de impartir las clases, elaborar los exámenes y evaluar a los estudiantes" o "las fuerzas y cuerpos de seguridad son los responsables de mantener el orden en las calles".

d) Responsabilidad como reacción. Por último, se usa también el término *responsabilidad* para decir que alguien es acreedor o merecedor de cierta valoración (usualmente negativa) desde el punto de vista moral o jurídico, a raíz de cierto comportamiento o acontecimiento previo. Si, por ejemplo, le prometí a mi hija que el domingo la llevaría a tomar un helado y no lo hago, soy moralmente responsable por haber incumplido mi promesa, que es como decir que merezco un reproche desde el punto de vista moral por mi comportamiento.

La valoración no tiene por qué ser necesariamente negativa, como sería el caso de "mi profesor es en realidad el responsable de que haya finalizado con éxito mis estudios, ya que siempre me ha animado y ayudado en todo momento, y sin su apoyo no lo habría logrado". En esta afirmación no se incide tanto en el hecho de que el comportamiento del profesor haya sido la causa del resultado (finalizar los estudios), como en el hecho de que su comportamiento merece un reconocimiento o elogio. De todos modos, lo usual es que se trate de algún tipo de valoración negativa o reproche, especialmente en el ámbito jurídico.

En el contexto legal, ser **responsable** significa ser considerado como la persona a quien corresponde recibir cierta sanción o consecuencia negativa.

De hecho, en la definición proporcionada por Kelsen, alguien es responsable en la medida en que *es el destinatario de una sanción jurídica* (es decir, la persona a quien se impone una sanción).

Algunos ejemplos de responsabilidad jurídica serían los de afirmaciones como "el juez ha dictaminado que Pablo es responsable de un delito de homicidio, imponiéndole una pena de doce años de prisión" o "según la ley, el propietario de un edificio es responsable de los daños ocasionados por los objetos que caigan de este".

En síntesis, la responsabilidad jurídica en sentido estricto se corresponde con este último sentido del término (responsabilidad como reacción). Pero esto no significa que los demás significados sean irrelevantes desde el punto de vista jurídico. En no pocas ocasiones, para imponer una cierta consecuencia jurídica a un sujeto (es decir, para considerarlo legalmente responsable), es necesario que este también sea *responsable* en uno o varios de los demás sentidos del término. Por ejemplo, puede exigirse que el sujeto sea responsable en un sentido causal (que haya provocado con su actividad unos daños, pongamos por caso), o que sea responsable desde el punto de vista de la capacidad (que fuese consciente de sus actos en el momento de realizarlos), o que sea responsable como función (por ejemplo, determinados delitos, como el de prevaricación –dictar

a sabiendas una resolución contraria a derecho— solo pueden ser cometidos por funcionarios, que son quienes tienen como función precisamente tomar esas decisiones dentro de sus competencias y de conformidad con la ley).

3.4.2. Tipos de responsabilidad jurídica: responsabilidad subjetiva y objetiva; responsabilidad directa e indirecta

Si bien el concepto general de responsabilidad jurídica consiste en la atribución de ciertas consecuencias legales a un sujeto, existen diferentes esquemas a la hora de configurar la atribución de responsabilidad. Así, puede hablarse, por una parte, de un modelo de responsabilidad *subjetiva* o de un modelo de responsabilidad *objetiva*, y, por otro lado, de responsabilidad *directa* o *indirecta*. Las clasificaciones no son excluyentes, de modo que podemos encontrar modelos de responsabilidad directa y subjetiva, o de responsabilidad indirecta y objetiva, entre otras posibilidades. De hecho, lo habitual es que los sistemas jurídicos adopten distintos esquemas de responsabilidad, dependiendo del ámbito de que se trate o de las necesidades que se deban satisfacer.

Responsabilidad subjetiva

La **responsabilidad subjetiva**, muchas veces también denominada **intencional** o **por culpa**, es un modelo basado en el merecimiento, es decir, se basa en el principio o presupuesto de que la razón por la que se le hace responder a alguien es porque de algún modo "se lo merece". En un modelo de responsabilidad subjetiva, se exige que, o bien el sujeto haya querido realizar aquel comportamiento o resultado asociado a la sanción (intencionalidad) o, al menos, que haya actuado de manera negligente, es decir, que a pesar de que no pretendiera de manera intencional llevar a cabo la conducta o producir el resultado, no haya tomado las medidas de precaución suficientes o razonables para evitarlo.

El ámbito por excelencia en el que el derecho adopta un modelo de responsabilidad subjetiva es el del Derecho penal (delitos). Para poder ser sancionado penalmente, la ley exige que exista intencionalidad (llamada también *dolo*) o negligencia (llamada también *culpa*) a la hora de cometer alguno de los actos calificados como delictivos. Así, el artículo 5 del Código penal español (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), establece literalmente que "no hay pena sin dolo o imprudencia".

Lo anterior implica, por ejemplo, que para poder condenar penalmente a alguien por un homicidio, tiene que acreditarse o bien que el autor lo hizo intencionalmente (de manera consciente y voluntaria), o bien de manera imprudente (por ser un resultado previsible y no haber tomado las precauciones exigibles para intentar evitarlo), como ocurriría, por ejemplo, si estaba manipulando un arma cargada para limpiarla y se le disparó accidentalmente, matando a otra persona (porque una precaución básica era vaciar previamente la munición). En cambio, no podría imponerse una pena por un delito de homicidio en el caso de que alguien circulara con su vehículo de noche, por una zona mal iluminada, a una velocidad adecuada y cumpliendo todas las normas de tráfico y medidas de precaución razonables, y en una curva sin ninguna visibilidad se le cruzase repentinamente una persona, sin tiempo material para evitar la colisión. De todos modos, que no exista

responsabilidad penal en un caso así no implica que no pueda existir responsabilidad civil (obligación de indemnizar los daños), pues en muchos casos esta última no se basa en un esquema de responsabilidad subjetiva, o bien las exigencias para concluir que no existe negligencia son mucho mayores.

De modo similar, la norma general que regula la responsabilidad civil en el Derecho español (el artículo 1902 del Código civil) también establece un esquema de responsabilidad subjetiva: "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

No obstante, aquí existe una diferencia muy significativa respecto del ámbito penal. Mientras que en este último rige un estricto principio de presunción de inocencia, de modo que corresponde siempre a la acusación probar todos los elementos del delito (incluyendo la intencionalidad o la negligencia), en la responsabilidad civil, para favorecer la protección de la víctima del daño, existe la llamada *inversión de la carga de la prueba*: en lugar de ser la víctima la que tenga que demostrar que el causante del daño actuó de manera dolosa o negligente, se presume que existió negligencia, y corresponde en todo caso al causante del daño demostrar que adoptó todas las medidas necesarias y exigibles para evitarlo, a fin de exonerarse de responsabilidad.

Responsabilidad objetiva

El modelo de responsabilidad objetiva también es conocido como el de *responsabilidad por el resultado*, lo que ya sugiere importantes diferencias respecto al modelo de responsabilidad subjetiva.

En la **responsabilidad objetiva**, el elemento intencional es irrelevante para la atribución de responsabilidad, ya que se basa simplemente en la realización de cierto comportamiento o la producción de un resultado: si se da la situación descrita en la norma (habitualmente, causar un daño), se genera de manera automática la responsabilidad, con independencia de que exista o no intención o negligencia por parte de los implicados.

El modelo de responsabilidad objetiva es el que rige en la responsabilidad civil (indemnización por daños y perjuicios) de ciertos sectores o ámbitos concretos, como la protección del consumidor (daños por productos defectuosos), la navegación aérea (indemnizaciones por cancelaciones, retrasos, pérdida de equipajes, accidentes, etc.) o la energía nuclear (daños provocados por la actividad), por citar algunos ejemplos. En estos ámbitos, es irrelevante que el causante de los daños demuestre que no actuó de manera negligente, ya que la obligación de indemnizar (es decir, la responsabilidad) se genera simplemente por el hecho de la causación de un daño.

La motivación o fundamento que subyace en este modelo no es, por tanto, la noción de merecimiento, sino más bien la idea de *distribución del riesgo* y de los costes asociados al mismo. No se trata de "castigar" a alguien por no haberse comportado debidamente, sino del establecimiento de unas reglas o pautas para determinar quién asume los costes de las consecuencias o resultados negativos o indeseables vinculados a cierta actividad. En este sentido, se parte de

la base de que quien obtiene un beneficio por una actividad que entraña unos riesgos (los fabricantes, las compañías aéreas, las empresas energéticas...) tiene que asumir también los costes por los daños ocasionados por su actividad.

Por último, debe señalarse que el hecho de calificar un supuesto como de responsabilidad objetiva o subjetiva no depende de los hechos del caso (es decir, de si en esa situación concreta ha habido o no negligencia, o de si la persona merece o no la sanción), sino que depende siempre de las **normas** del sistema. Si las *normas* exigen la presencia de intencionalidad o negligencia para poder atribuir responsabilidad, estaremos ante un modelo de responsabilidad subjetiva, y si únicamente exige un resultado, estaremos frente a un modelo de responsabilidad objetiva.

Responsabilidad directa

La segunda gran clasificación de las modalidades de responsabilidad es la que distingue entre la responsabilidad directa y la indirecta (o vicaria).

La **responsabilidad es directa** cuando la sanción o consecuencia jurídica negativa se impone a la misma persona que ha llevado a cabo el acto o ha provocado el resultado que da lugar a la generación de responsabilidad.

Por tanto, hablamos de responsabilidad directa cuando quien debe responder por algo es quien ha hecho ese algo. Es probablemente el supuesto más habitual en cualquier ámbito del Derecho, pero es el único en el campo del Derecho penal. Solo pueden responder *penalmente* por un delito las personas que lo han cometido (incluyendo aquí a todos los participantes: autores, cómplices, encubridores, etc.). El inciso "penalmente" es importante, porque sí que cabe la responsabilidad *civil* subsidiaria derivada del delito; es decir, responsabilidad por los daños y perjuicios causados por una actuación delictiva (por ejemplo, una malversación de caudales públicos). Aquí sí que pueden responder otras personas distintas a los autores del delito. Por tanto, la responsabilidad penal o criminal se caracteriza por ser siempre subjetiva y directa.

Responsabilidad indirecta

En contraposición con la anterior, la **responsabilidad indirecta o vicaria** se produce cuando una persona recibe la sanción o la consecuencia jurídica negativa por un comportamiento realizado o un resultado causado por otra persona distinta.

Aunque a primera vista pueda parecer que es un modelo muy extraño, en realidad es bastante común en el ámbito jurídico y existen múltiples situaciones en las que alguien que no ha sido (al menos directamente) quien ha provocado

la situación que da lugar a la responsabilidad debe asumir las consecuencias por ello. Algunos ejemplos son los de la responsabilidad de los padres o de los tutores por los daños causados por los hijos menores de edad o personas bajo tutela, la de los directores o titulares de centros docentes no universitarios por los daños causados por los alumnos menores de edad durante el horario en el que están bajo su custodia, o la de los empresarios o directores de establecimientos por los daños causados por sus empleados o dependientes (todos estos supuestos están recogidos en el artículo 1903 del Código civil).

Algunos de los supuestos de responsabilidad indirecta están relacionados con la falta o la insuficiencia de responsabilidad (en el sentido de capacidad y/o función) de las personas que causan directamente los daños (menores de edad, empleados), mientras que, en otros casos, el fundamento es la protección de las víctimas del daño. Ello es así en la mayoría de los supuestos de responsabilidad objetiva. Por ejemplo, en la normativa de protección a los consumidores por perjuicios ocasionados por productos defectuosos, se establece que responden en la misma medida los fabricantes, los distribuidores y los vendedores. Es evidente que ni el distribuidor ni el vendedor tienen culpa alguna de que el producto sea defectuoso (pues no lo han fabricado), pero para una mejor protección del consumidor (la víctima) se les hace responder igualmente por el acto de un tercero (el fabricante).

El desplazamiento de la responsabilidad a terceros es también algo muy habitual gracias al mecanismo de los seguros. A través de un contrato de seguro, lo que se pacta es que la compañía aseguradora responderá (es decir, que asumirá los costes) por algo que esta no ha provocado, a cambio del pago de una prima por parte del asegurado. Un ejemplo muy conocido es el del seguro de vehículos, por el cual, en caso de accidente, la compañía asume los costes (responsabilidad) por los daños que el conductor (que sería quien en principio debería responder) ha causado a otros vehículos, bienes y/o personas. Las compañías aseguradoras hacen un cálculo económico partiendo de la base de que tan solo un pequeño porcentaje de los asegurados les generará la obligación de indemnizar los daños causados, de manera que la suma de las cuotas de todos los asegurados compensará con creces el pago de las indemnizaciones que deban satisfacer (pues, de otro modo, el negocio no sería viable).

Finalizaremos el apartado insistiendo en que las dos clasificaciones aquí expuestas (responsabilidad subjetiva/objetiva y directa/indirecta) son perfectamente compatibles entre sí. Algunos autores (incluido Kelsen) apuntan que mientras que la responsabilidad directa puede ser objetiva o subjetiva, la indirecta debe ser necesariamente objetiva, ya que no puede haber intencionalidad o culpa por nuestra parte en la acción de un tercero. En realidad, eso no es del todo exacto, ya que algunos supuestos de responsabilidad indirecta (como el de los padres por los actos de los hijos menores de edad o el del empresario por los actos de los empleados) se fundamentan también en el requisito o la exigencia de culpa o negligencia. Es lo que se conoce como *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo*: el fundamento para exigir responsabilidad a los padres o tutores o al propietario de un negocio es que no han sido lo bastante cuidadosos o diligentes a la hora de supervisar o controlar los actos de las personas que

están bajo su custodia (*culpa in vigilando*) o que no han colocado a la persona idónea para el desempeño de las tareas (*culpa in eligendo*). Por tanto, cabe la posibilidad de un modelo de responsabilidad indirecta y subjetiva.

3.5. El concepto de *derecho subjetivo*

Hasta el momento hemos usado la palabra *derecho* prácticamente en todos los casos como sinónimo de *sistema jurídico*, pero este no es el único significado asociado al término. Es también muy habitual usar *derecho* para referirnos a ciertas facultades que el sistema jurídico nos reconoce y protege. Este es el caso de expresiones como "todos tenemos derecho a expresarnos libremente", "el vendedor tiene derecho a que el comprador le pague el precio de la cosa vendida" o "el Ayuntamiento me ha concedido el derecho de colocar un anuncio luminoso para mi negocio". En expresiones como estas, es evidente que *derecho* no se usa como sinónimo del conjunto del sistema jurídico, aunque también parece bastante claro que estas facultades guardan algún tipo de relación con las normas del sistema.

Para evitar las posibles confusiones derivadas de la ambigüedad del término, los juristas suelen diferenciar entre el *Derecho objetivo* y los *derechos subjetivos*. Otro modo habitual de diferenciar los conceptos es usando *Derecho* (con mayúscula) para el derecho objetivo y *derecho* (con minúscula) para los derechos subjetivos.

Como acabamos de ver, el **Derecho objetivo** hace referencia a las normas jurídicas como tales, es decir, al propio sistema jurídico (o a una parte de este), mientras que un **derecho subjetivo** es un ámbito de acción o una facultad que el sistema jurídico reconoce y protege a una persona o conjunto de personas.

A pesar de tratarse de dos conceptos o sentidos distintos, conviene tener muy presente que la existencia y el contenido de los derechos subjetivos depende de lo que establezca el Derecho objetivo. Dicho de otra manera, todas las afirmaciones o enunciados relativos a los derechos subjetivos son equivalentes, o "traducibles" si se prefiere, a afirmaciones sobre el Derecho objetivo.

Tomemos como ejemplo la afirmación "todos tenemos derecho a una vivienda digna". Para poder afirmar que el derecho (jurídico) a una vivienda digna existe como tal, y que no se trata solo de una mera aspiración o de un derecho moral (y no legal), tiene que estar de algún modo reconocido a través de las disposiciones del Derecho objetivo (por ejemplo, en un artículo de la Constitución). Además, el contenido de dicho derecho subjetivo estará configurado por lo que establezcan las normas jurídicas (Derecho objetivo). Dicho contenido podría consistir, por ejemplo, en medidas de promoción de la vivienda protegida, alquileres sociales, beneficios fiscales para el arrendamiento, compra o mejora de la vivienda habitual, prestamos a bajo interés para viviendas, etc. Esa sería la "traducción" del derecho subjetivo a la vivienda en términos de Derecho objetivo. De ese modo, si se diera el caso de que el derecho a la vivienda digna fuera tan solo proclamado por una disposición constitucional pero no hubiera ningún tipo de desarrollo normativo asociado al mismo, no sería más que una apariencia de derecho, o, usando una expresión del

profesor genovés Riccardo Guastini, un "derecho de papel", porque sería algo así como proclamar "¡Hurra por la vivienda digna!" sin ningún impacto o consecuencia efectiva.

3.5.1. La tipología de los derechos subjetivos según Hans Kelsen

Para complicar más el tema, no todos los derechos subjetivos pueden reducirse a una única categoría. Si bien en todos los casos serían "traducibles" a afirmaciones sobre el Derecho objetivo, podemos estar hablando de cosas muy distintas en cada situación. Kelsen hace un análisis de los diferentes sentidos en que podemos hablar de *derecho subjetivo*, en función de cómo se relaciona con el *Derecho objetivo*. Expuestas de manera breve, dichas categorías serían las siguientes:

a) *Derecho* como conducta no prohibida (ausencia de prohibición)

En algunas ocasiones, al afirmar que alguien tiene derecho a hacer (o no hacer) algo, simplemente se está poniendo de manifiesto que no existe en el Derecho ninguna norma que prohíba comportarse de ese modo.

Sería el caso de afirmaciones como "tengo derecho a vestirme como quiera", "tengo derecho a elegir mi destino para las próximas vacaciones", "tengo derecho a fumar en la calle" o "todo el mundo tiene derecho a decidir qué hacer en su tiempo libre".

Hay que tener en cuenta que en estos casos, si bien no existe razón legal alguna que impida realizar estas conductas, tampoco se ofrece ningún tipo de respaldo o cobertura legal para las mismas, por lo que no dejan de ser situaciones bastante precarias, dado que en cualquier momento una autoridad podría promulgar una norma por la cual ya no sea posible comportarse de ese modo (por ejemplo, mediante una reforma legal aún más restrictiva con el tabaco, prohibiendo fumar en cualquier lugar público, incluida la calle).

b) *Derecho* como permisión o autorización expresa

En otros casos, tener un derecho a hacer o dejar de hacer algo equivale a afirmar que el Derecho objetivo permite o autoriza explícitamente a realizar dicho comportamiento.

Ya no se trataría simplemente de que no exista ninguna norma que lo prohíba y que, por tanto, no haya fundamento jurídico alguno para impedirlo, sino que más allá de eso, el sistema jurídico ofrece un respaldo o fundamento explícito para justificar dicha conducta. Ese sería el caso, por ejemplo, de afirmaciones como "los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional" (art. 19 de la Constitución), "el Ayuntamiento ha concedido el derecho al circo X para montar su carpa en esta explanada" o "el profesor me ha dado el derecho a presentar el trabajo que no pude entregar a tiempo a causa de mi enfermedad".

Cuando existe un permiso o autorización explícita, el sujeto se encuentra en una situación mucho más protegida que cuando simplemente no existe prohibición. Además de contar con un fundamento legal para su comportamiento, las autoridades no pueden modificar la situación jurídica del sujeto a menos que se cumplan las exigencias o requisitos legales para ello. Ello significa, por ejemplo, que si el permiso está reconocido en una norma de rango constitucional (como el derecho a la libertad de residencia y circulación), ninguna disposición de rango inferior puede derogarlo o modificarlo, de manera que sería inválida una norma legal o reglamentaria que obligara a una persona con nacionalidad española a residir en un lugar determinado o que le prohibiera viajar a una cierta comunidad autónoma, por ejemplo. En cambio, desde el punto de vista de los extranjeros (personas que no tienen nacionalidad española), el derecho a la libertad de residencia y circulación sería tan solo una conducta no prohibida, por lo que una ley podría cambiar la situación y limitar esa libertad para los extranjeros.

c) *Derecho* como correlación de una obligación activa o pasiva de otro sujeto

En no pocas ocasiones, afirmar que "tenemos un derecho" es un modo de decir que otra persona tiene el deber de hacer algo (obligación activa) o de abstenerse de hacerlo (obligación pasiva) que de algún modo nos afecta.

En sentido estricto, pues, se trataría de deberes u obligaciones que el Derecho objetivo impone a un sujeto. Tales obligaciones pueden ser activas (esto es, que establecen un deber de hacer o realizar algún comportamiento), como en la afirmación "el propietario del inmueble tiene derecho a que el inquilino le pague el alquiler", que es un modo de decir que el arrendatario tiene el deber de pagar; o también pasivas (es decir, un deber de omitir o abstenerse de realizar algún comportamiento), como en "el propietario de un terreno tiene derecho a impedir que nadie entre o cruce el mismo sin su autorización", que es un reflejo de la obligación de no entrar en una propiedad ajena sin consentimiento de su titular.

d) *Derecho* como acción procesal (derecho subjetivo en sentido técnico)

En su sentido más pleno, "tener un derecho" supone contar con la posibilidad de iniciar una acción procesal (es decir, acudir a los tribunales u otros órganos administrativos) para exigir la satisfacción o cumplimiento de un deber a otro sujeto y/o para la imposición de una sanción por su incumplimiento.

Esto implica que esta última categoría presupone la anterior, es decir, la existencia de un deber u obligación activa o pasiva de otro sujeto. Pero va un paso más allá, pues supone que el Derecho objetivo establece un mecanismo para poder exigir en esos casos el cumplimiento forzoso (y/o la imposición de una sanción, en su caso) de dicha obligación, a través del recurso a la coacción institucionalizada de los tribunales de justicia o la Administración pública. Esto es lo que Kelsen denomina como un *derecho subjetivo en sentido técnico*. Si afirmamos que "el propietario de la vivienda tiene derecho a que el inquilino abandone la misma una vez finalizado el contrato de alquiler", no solo se es-

tá poniendo de manifiesto que el arrendatario o inquilino tiene la obligación legal de abandonar la vivienda, sino que además el propietario o arrendador tiene la posibilidad de pedir auxilio a los tribunales (a través de la correspondiente demanda judicial y el subsiguiente proceso) para ejecutar dicha obligación, incluso de manera forzosa (desahucio). De modo similar, al afirmar que "el Ayuntamiento tiene derecho a exigir el pago del impuesto de circulación", no solo se está diciendo que los propietarios de vehículos tienen la obligación de pagar dicho impuesto, sino que el Ayuntamiento cuenta con la posibilidad de reclamar forzosamente el pago utilizando el correspondiente procedimiento que implica mecanismos coercitivos.

e) Los *derechos políticos*

Finalmente, Kelsen considera como una categoría distinta y autónoma a un conglomerado de facultades que, sobre todo en los sistemas democráticos, el ordenamiento reconoce a los individuos, y que en conjunto pueden denominarse como *derechos políticos*, en el sentido de que son vías, mecanismos o instrumentos (normalmente indirectos, aunque pueden ser también directos, como en un referéndum o una iniciativa legislativa popular) para que las personas puedan influir en el contenido de las normas del ordenamiento jurídico.

El caso más claro sería el del derecho de sufragio. En su versión activa (derecho al voto), permite a los ciudadanos elegir a un conjunto de representantes (que en principio se corresponden con determinadas ideologías o concepciones políticas y con determinados programas) para debatir y aprobar las leyes. En su versión pasiva (derecho a presentarse para ser elegido) concede a los ciudadanos la capacidad de ser ellos mismos quienes puedan ser electos para debatir y aprobar las leyes. Además del derecho de sufragio, podrían incluirse en este apartado otros derechos como la libertad de expresión, asociación, manifestación, el derecho a crear partidos políticos o sindicatos, etc., en la medida en que todos ellos pueden ser vías o mecanismos para influir en la política y provocar o condicionar cambios normativos.

3.5.2. Las posiciones jurídicas de W. N. Hohfeld

Otra propuesta teórica distinta (aunque no incompatible con la de Kelsen) para la clasificación y distinción de los diversos sentidos de *derecho subjetivo* es la planteada por Hohfeld en un famoso artículo de 1913.

El autor estadounidense pone de manifiesto que los juristas utilizan muchos términos distintos, tanto para referirse a lo que él denomina *posiciones activas* (por ejemplo, *derecho*, *pretensión*, *libertad*, *privilegio*, *prerrogativa*, *potestad*, *poder*, *beneficio*, *competencia*...) como para las posiciones pasivas (*deber*, *obligación*, *sujeción*, *incompetencia*, *incapacidad*, *gravamen*, *carga*...). Con este punto de par-

Referencia bibliográfica

HOHFELD, W. N. (1913), "Some Fundamental Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en *Yale Law Journal*, n.º 23.

tida, realiza una propuesta de clarificación conceptual, intentando aislar los principales conceptos o significados (tanto de posiciones activas como pasivas) y estableciendo las principales relaciones entre ellos.

Para Hohfeld, existe una conexión conceptual o necesaria entre las posiciones activas (las que están de algún modo vinculadas al concepto de *derecho*) y las pasivas (las vinculadas con el concepto de *deber*), en el sentido de que no puede hablarse de la existencia de un derecho, en cualquiera de sus acepciones, sin el correspondiente deber, o viceversa. En la propuesta del autor, habría cuatro conceptos fundamentales en las posiciones activas: 1) el derecho en sentido estricto o pretensión (*claim*); 2) la libertad o privilegio (*privilege*); 3) la potestad (*power*), y 4) la inmunidad (*immunity*). Por lo que respecta a las posiciones pasivas, los conceptos fundamentales serían: 1) el deber en sentido estricto (*duty*); 2) el no derecho o ausencia de derecho (*no-right*); 3) la sujeción (*liability*), y 4) la incompetencia (*disability*).

Como se ha apuntado, las posiciones activas y pasivas están conceptualmente relacionadas, de modo que toda posición activa implica otra pasiva, y viceversa. Hohfeld expone dos tipos de relaciones distintas: la de **correlación** y la de **oposición**. La diferencia fundamental es que las relaciones de correlación implican a dos partes o sujetos (una posición activa de A implica una posición pasiva de B, o viceversa), mientras que las relaciones de oposición solo implican a una parte o sujeto (una determinada posición activa de A excluye que A tenga otra determinada posición pasiva).

Las relaciones de correlación

Como se ha indicado, según Hohfeld cada posición activa de un sujeto se vincula o correlaciona con una posición pasiva de otro. Tales correlaciones serían las siguientes:

a) Derecho (*claim*) / Deber (*duty*)

Puede afirmarse que alguien tiene un derecho en sentido estricto o una pretensión (*claim*) a que otra persona se comporte de cierto modo o realice cierto acto X en la medida en que otra persona tiene un deber (*duty*) de realizar X.

Así, por ejemplo, los contratos suelen ser una de las principales fuentes de derechos y deberes en sentido estricto para las partes. En un contrato de compraventa en el que A es el vendedor y B el comprador, A tiene el derecho a que B le entregue el precio convenido en el contrato en la medida en que B tiene el deber correlativo de entregar el precio a A, mientras que B tiene el derecho a recibir de A el objeto de la venta, en la medida en que A tiene el deber de entregar dicho objeto a B.

b) Libertad o privilegio (*privilege*) / No derecho (*no-right*)

Alguien cuenta con la libertad o el privilegio (*privilege*) para realizar cierto acto X, en la medida en que otro sujeto carece del derecho o tiene el no derecho (*no-right*) para oponerse o impedir que el primero realice el acto X.

Por ejemplo, si A es el propietario de cierto bien, A tiene la libertad o el privilegio de gozar y disponer de dicho bien como crea conveniente (dentro de los límites establecidos por la ley), ya que los demás individuos no propietarios carecen del derecho (o tienen el no derecho) para impedirlo (es decir, no pueden evitar u oponerse legalmente a que A haga uso del bien de su propiedad como considere oportuno). De modo similar, si A es el propietario de una vivienda y B su inquilino, B tiene la libertad o el privilegio de usar la vivienda dentro de los términos del contrato y durante el tiempo estipulado por este sin que A pueda impedirlo.

c) Potestad (*power*) / Sujeción (*liability*)

La potestad (*power*) consiste en la capacidad que tiene un sujeto A de producir ciertos efectos jurídicos sobre otro(s) sujeto(s) o para cambiar la situación jurídica de estos otros sujetos. Correlativamente, alguien está en una posición de sujeción (*liability*) respecto de A en la medida en que su situación jurídica es afectada por los actos o decisiones de A.

Con carácter general, la Administración o los poderes públicos en sentido amplio se encuentran en una situación de potestad respecto de los ciudadanos en la medida en que pueden tomar decisiones que afecten o alteren la situación jurídica de estos últimos (ya sea positivamente, como emitiendo autorizaciones o concediéndoles beneficios, o negativamente, imponiéndoles cargas o sanciones), que se encuentran en una situación de sujeción respecto de la Administración pública. Pero los individuos o personas privadas (físicas o jurídicas) también contamos con cierto margen para poder alterar la situación jurídica de otras personas. Por ejemplo, mediante un testamento o una donación, podemos hacer que otras personas pasen a ser los titulares de nuestros bienes. O en un contrato de arrendamiento de vivienda, en ciertos supuestos legalmente previstos, el arrendatario (inquilino) puede decidir que otra persona le sustituya en el contrato (lo que se conoce como *subrogación*) o ejercer, en los términos legalmente previstos, un *derecho de tanteo* (si el propietario quiere vender la vivienda a un tercero, el inquilino tiene un derecho preferente a adquirirla por el mismo precio de la oferta del tercero).

d) Inmunidad (*immunity*) / Incompetencia (*disability*)

Por último, alguien cuenta con una posición activa de inmunidad (*immunity*) frente a otro sujeto en la medida en que este último es incompetente (*disable*) para alterar la situación jurídica del primero.

Si en la correlación anterior la potestad (*power*) de A consistía en la capacidad para alterar la situación jurídica de otro sujeto B, la inmunidad consiste precisamente en estar protegido frente a la posibilidad de que otro sujeto B modifique la situación de A. Correlativamente, la incompetencia (*disability*) de B consiste en la incapacidad para modificar la situación jurídica de A. Por ejemplo, un principio básico de las relaciones contractuales es que los pactos son vinculantes para ambas partes (siempre que cumplan los requisitos legales) y que ninguna de las partes puede alterar unilateralmente los contenidos y cláusulas contractuales sin el consentimiento de la otra parte. Por ello, puede decirse que cada parte contractual goza de inmunidad frente a toda pretensión de la otra de modificar el contenido del contrato, al tiempo que es incompetente para hacer lo propio.

Por último, y para complicarlo todo un poco más, estas relaciones no son mutuamente excluyentes, de modo que en muchos casos es posible establecer varias correlaciones de posiciones activas y pasivas entre los mismos sujetos.

El siguiente ejemplo lo mostrará claramente: en un contrato de arrendamiento de una vivienda, A (arrendador) tiene el derecho en sentido estricto a recibir el pago del alquiler por parte de B (arrendatario), en la medida en que B tiene el deber de pagar dicho alquiler. Además, B tiene la libertad o privilegio de usar la vivienda sin que A pueda impedirsele (no derecho). Asimismo, en los supuestos legalmente previstos, B tiene la potestad de modificar la situación jurídica de A (por ejemplo, mediante una subrogación o el ejercicio del derecho de tanteo), y, por último, ambas partes son inmunes a cambios unilaterales de las condiciones contractuales porque son incompetentes para imponer las mismas.

Las relaciones de oposición

Hohfeld destaca también que las diferentes posiciones jurídicas activas y pasivas se encuentran conceptualmente relacionadas por lo que respecta a su incompatibilidad mutua. En este sentido, desde el punto de vista de un único sujeto, el hecho de contar con una cierta posición activa implica que no puede contarse a su vez con otra determinada posición pasiva, y viceversa. A esto, Hohfeld lo denomina **relaciones de oposición**. En concreto, se trata de las siguientes:

a) Derecho (*claim*) / No derecho (*no-right*)

Si A tiene frente a otro sujeto B el derecho en sentido estricto o pretensión de que B realice X, se excluye que A tenga un no derecho respecto de la no realización de X por parte de B.

Por ejemplo, si A tiene el derecho a que B le pague el precio de la cosa vendida, se excluye que A no tenga la posibilidad de impedir que B no pague el precio.

b) Libertad (*privilege*) / Deber (*duty*)

Si A tiene frente al sujeto B la libertad de realizar el comportamiento X, se excluye que A tenga el deber de abstenerse de realizar X.

Por ejemplo, si el inquilino tiene la libertad de usar la vivienda durante la vigencia del contrato de alquiler, se excluye que tenga el deber de abstenerse de usarla.

c) Potestad (*power*) / incompetencia (*disability*)

Si A tiene la potestad frente a B de modificar la situación jurídica de este último, se excluye que A sea incompetente frente a B (es decir, que no pueda modificar la posición jurídica de B).

Por ejemplo, si la Administración puede modificar con sus decisiones la situación jurídica de un ciudadano (por ejemplo, imponiéndole una multa), se excluye que aquella sea incompetente para modificar la posición jurídica de este último.

d) Inmunidad (*immunity*) / Sujeción (*liability*)

Si A es inmune frente a B, se excluye que el primero esté sujeto frente al segundo, ya que B no puede modificar la situación jurídica de A.

Siguiendo con el ejemplo anterior, si la Administración es inmune frente a nuestras decisiones, se excluye que esté sujeta a las mismas, ya que no afectan a su situación jurídica.

Resumen

A lo largo del módulo nos hemos ido introduciendo en los aspectos que son más relevantes con el fin de tener una visión general de los sistemas jurídicos desde una perspectiva o punto de vista estructural (qué elementos componen el derecho y cómo están relacionados entre sí).

En realidad, los aspectos examinados en los dos primeros apartados pueden entenderse como una profundización en las afirmaciones (por otro lado, bastante obvias para cualquier jurista) de que el Derecho está formado por normas y de que las normas del derecho forman un sistema.

a) Respecto a la primera afirmación, varias cuestiones han sido analizadas a fin de comprender adecuadamente qué son las normas jurídicas. En primer lugar, es necesario considerar varios aspectos relacionados con el lenguaje, y especialmente con los usos del lenguaje, como paso previo para analizar y comprender los distintos sentidos de la palabra *norma* (o los distintos tipos de normas que pueden distinguirse).

De entre estos, ocupan un lugar destacado las prescripciones, como instrumento para guiar el comportamiento (aspecto fundamental para cualquier sistema jurídico). A pesar de ello, hemos podido comprobar que no resulta adecuado sostener que el derecho está exclusivamente formado por normas prescriptivas y que una correcta comprensión de los sistemas jurídicos actuales exige prestar también una especial atención a otra categoría normativa, la de las normas constitutivas, que sirven para llevar a cabo funciones que son indispensables en cualquier contexto jurídico, como, por ejemplo, definir conceptos legales, atribuir propiedades institucionales, establecer las condiciones de validez de los diferentes actos jurídicos o atribuir competencia para dictar nuevas normas.

Hemos podido ver, además, que resulta muy problemático intentar buscar ciertas características, atribuibles a las propias normas, que nos permitan calificarlas como normas jurídicas, puesto que resulta más adecuado entender que su carácter jurídico deriva de la pertenencia a ese conjunto que llamamos *sistema jurídico*.

Por último, nos hemos detenido en la distinción entre dos categorías de normas jurídicas prescriptivas: *los principios y las reglas*, distinción que ha cobrado una gran relevancia en los últimos años.

b) En relación con el segundo punto, puede sostenerse que las normas jurídicas conforman un *sistema* (el sistema jurídico), en la medida en que se plantean varias relaciones entre las mismas.

Estas relaciones son básicamente dos: las *relaciones lógicas* (deducibilidad) y las *relaciones genéticas* (legalidad). Estas relaciones nos permiten analizar los sistemas jurídicos desde dos perspectivas distintas: la estática (el Derecho como sistema deductivo), y la dinámica (el Derecho como sistema cambiante y basado en relaciones de legalidad). Desde la primera perspectiva, hemos visto cómo es posible atribuir ciertas propiedades lógicas a los sistemas jurídicos, así como identificar posibles defectos formales (lagunas, antinomias y redundancias). Desde la segunda perspectiva, hemos analizado los principales mecanismos que hacen posible la dinámica jurídica (las normas de competencia y la derogación), y hemos diferenciado entre los conceptos de *sistema jurídico* y de *orden jurídico*.

Seguidamente se ha centrado la atención en otros aspectos esenciales para comprender adecuadamente la dimensión sistemática del derecho, como es la noción de *validez jurídica*, sus relaciones con el concepto de aplicabilidad, y los distintos criterios propuestos para dar cuenta de la identidad de los sistemas jurídicos. En definitiva, todos estos aspectos nos permitirán tener una visión global adecuada del Derecho desde una perspectiva estructural.

Por su parte, en el tercer apartado se ha realizado una primera aproximación a un conjunto de conceptos básicos en todo ordenamiento jurídico. Todas las ramas del derecho, en los diversos sistemas u ordenamientos jurídicos, se basan en último término en un conjunto relativamente pequeño de conceptos fundamentales, entre los que se encuentran los de *personalidad jurídica*, *sanción*, *deber jurídico*, *acto ilícito*, *responsabilidad* o *derecho subjetivo*.

La *personalidad jurídica* consiste en el reconocimiento por parte del Derecho a alguien o a algo como titular de derechos y obligaciones jurídicas, es decir, como sujeto de Derecho. Cuentan con personalidad jurídica no solo las personas físicas (seres humanos), sino también ciertas estructuras u organizaciones, siempre que cumplan las condiciones establecidas legalmente para ello (personas jurídicas). La personalidad comprende tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar, si bien esta última (posibilidad de realizar en nombre propio actos jurídicos válidos) puede estar limitada en ciertas personas, como, por ejemplo, los menores de edad. En estos casos de limitación, estas personas actúan jurídicamente a través de sus representantes legales.

El concepto de *sanción* está basado en el análisis de Kelsen, conforme al cual se trata de un acto coactivo que priva de un bien, dictado por la autoridad competente como consecuencia de una conducta previa. De ese modo, puede distinguirse de otros actos de fuerza o coacción que no están amparados por el Derecho.

Aunque este concepto de sanción sirve de base a Kelsen para definir los deber jurídico y acto ilícito, resultan algo forzados y por ello es preferible definir el *deber u obligación jurídica* en los términos que hace Hart (haciéndolo depender del contenido del sistema jurídico, con independencia de las creencias o del estado psicológico del sujeto) y el *acto ilícito* como la conducta que viola o contraviene un deber jurídico.

Sobre el concepto de *responsabilidad*, el primer aspecto a destacar es la multiplicidad de significados asociados al término (ambigüedad). Aunque todos estos significados pueden ser jurídicamente relevantes, en sentido estricto alguien es jurídicamente responsable en la medida en que se le impone una sanción u otra consecuencia legal negativa. Existen diversos esquemas para la configuración de la responsabilidad jurídica, entre los que destaca la distinción entre la responsabilidad subjetiva (por culpa o merecimiento) y objetiva (por el resultado), y entre la responsabilidad directa (la que recae sobre el mismo sujeto que realiza el acto ilícito) e indirecta (la que recae sobre un sujeto por el comportamiento realizado por un tercero). Estas dos clasificaciones no son excluyentes.

El último concepto fundamental analizado es el de *derecho subjetivo*. Se trata en realidad de un conjunto de situaciones o categorías diversas que pueden reconducirse de algún modo al Derecho objetivo. Según Kelsen, pueden consistir en la ausencia de una prohibición, en un permiso explícito reconocido por el Derecho objetivo, en el reflejo de una obligación activa o pasiva de otra persona, en un derecho en sentido técnico (la posibilidad de incoar un procedimiento judicial o administrativo para materializar ese derecho) o en un denominado *derecho político*. Por su parte, Hohfeld analiza los derechos subjetivos en términos de relaciones entre dos familias de conceptos, a las que denomina *posiciones activas* y *posiciones pasivas*, respectivamente, dando lugar a cuatro categorías básicas en cada una de ellas: pretensión, privilegio, poder e inmunidad para las posiciones activas, y deber, no derecho, sujeción e incompetencia para las posiciones pasivas.



73.574 TEORÍA GENERAL DEL DERECHO 30.506 INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Semestre Feb. 23 - Julio 23

Módulo 2

Unidad de Aprendizaje 2 – GES 2

El Derecho: qué es y cómo es

- [Itinerario de estudio de la Unidad de aprendizaje](#)
- [Presentación de la GES](#)
- [Objetivos](#)
- [Conceptos más importantes](#)
- [Lecturas complementarias](#)

• Itinerario de estudio de la Unidad de Aprendizaje 2

LISTADO DE TAREAS Y DEDICACIÓN HORARIA ESTIMADA

- Lectura de la GES 2
- Lectura y estudio del Módulo 2
- Lectura del Glosario del Módulo 2
- Lectura (opcional) de los materiales complementarios indicados en la GES 2
- Lectura del enunciado de la PEC 2
- Realización de la PEC 2
- Lectura de las soluciones de la PEC 2

La dedicación horaria total estimada para esta unidad de aprendizaje es de **42 horas**

Presentación

El derecho es un fenómeno social complejo y multidimensional que puede estudiarse desde diferentes ópticas o perspectivas. Si en el primer módulo nos habíamos centrado en la perspectiva funcional, ahora en el segundo módulo prestaremos atención a ciertos aspectos estructurales del derecho: qué elementos lo componen y cómo se relacionan entre sí, así como una aproximación a los conceptos jurídicos más básicos.

Entre otras cuestiones, se examinan ciertos aspectos lingüísticos y su relación con los diversos tipos de normas, las características de las normas jurídicas (tipos de normas que podemos encontrar en el ordenamiento jurídico), las principales relaciones y conexiones entre los elementos del sistema jurídico, los posibles defectos del sistema, la dinámica jurídica (introducción y eliminación del normas), los conceptos de validez y aplicabilidad y sus relaciones, y los criterios de identidad del sistema. Se trata de aspectos teóricos generales que no se limitan a cierta rama del derecho, y ni siquiera a un ordenamiento jurídico concreto, sino que son una base para comprender de manera adecuada la estructura y funcionamiento de los diferentes sistemas jurídicos que podemos encontrar en los diferentes países, y por lo tanto es necesaria una correcta comprensión de estos aspectos si queremos tener una idea clara y adecuada de lo que es el derecho.

También se lleva a cabo una presentación, así como un análisis breve, de los denominados conceptos jurídicos básicos. Estos se caracterizan porque son comunes a todas las ramas del derecho y a todos los sistemas jurídicos, además de que sirven de base a conceptos más concretos. Específicamente, en este módulo centraremos la atención en los conceptos siguientes: la personalidad jurídica, la sanción, el acto ilícito, el deber y la obligación jurídica, la responsabilidad, y el derecho subjetivo.

Objetivos

Esta segunda unidad de aprendizaje tiene como principal objetivo conseguir que los estudiantes, sin necesidad de tener conocimientos jurídicos previos, adquieran ciertas nociones teóricas básicas que les permitan tener una visión y comprensión adecuadas del derecho desde una perspectiva formal o estructural. Este objetivo principal se puede subdividir en los objetivos concretos siguientes:

- Aproximarse a ciertas nociones básicas del lenguaje para comprender correctamente las normas y el derecho en general.

- Conocer y saber reconocer los diferentes tipos de normas, su estructura y sus principales características, con el fin de comprender su relevancia dentro del fenómeno jurídico.
- Acercarse en el estudio del derecho como sistema y destacar las principales relaciones que existen dentro del sistema jurídico, sus características más destacables, los posibles defectos formales que poder afligirlos y los principales mecanismos de la dinámica jurídica.
- Estudiar la noción de validez jurídica, los criterios de validez y sus conexiones con el concepto de aplicabilidad.
- Caracterizar y diferenciar el concepto de personalidad jurídica.
- Caracterizar y diferenciar el concepto de sanción.
- Caracterizar y diferenciar el concepto de acto ilícito.
- Caracterizar y diferenciar los conceptos de deber y de obligación jurídica.
- Caracterizar y diferenciar el concepto de responsabilidad jurídica.
- Caracterizar y diferenciar el concepto de derecho subjetivo.

Conceptos más importantes

El sentido común nos dice que el derecho está formado por *normas*, que se relacionan entre sí formando un *sistema*. Pero desgraciadamente, las cosas no son tan sencillas. ¿Qué es una norma, y qué estructura tiene? ¿Cómo podemos diferenciar una norma jurídica de otras normas no jurídicas? ¿Qué quiere decir que el derecho es un sistema? ¿Qué relaciones se plantean dentro de este sistema? ¿Qué problemas pueden surgir en el sistema? ¿Cómo se introducen y se eliminan normas en el sistema? ¿Cómo diferenciamos un sistema jurídico de otros sistemas jurídicos? Éstas son, de manera brevísima, algunas de las cuestiones tratadas al segundo módulo.

En relación con la idea de **norma**, el punto principal es ver qué tipos de norma hay y cuáles de estos tipos podemos encontrar en el derecho. Como las normas dependen del lenguaje (no hay normas sin que haya previamente alguna formulación lingüística), hemos de detenernos brevemente en algunas cuestiones lingüísticas, como los diferentes **usos del lenguaje** y las **direcciones de ajuste**, ya que no todo aquello que podemos considerar "norma" es igual desde el punto de vista lingüístico.

Según el análisis de Von Wright de las normas, podemos hablar de seis tipos o categorías: reglas conceptuales, prescripciones, reglas técnicas, costumbres, normas morales y reglas ideales. La pregunta básica es: ¿de qué tipo son las normas del derecho? Tradicionalmente, muchos autores han considerado que todas las normas del derecho serían un tipo de **prescripciones**, con ciertas características que las convertirían en normas *jurídicas* (básicamente estar relacionadas con el uso de la coacción), y el derecho o sistema jurídico sería el conjunto de las normas jurídicas. Autores más recientes, como Hart, han puesto sin embargo de manifiesto que esta concepción tiene muchos problemas y que es más razonable sostener que el derecho contiene diferentes tipos de normas, que básicamente serían las **normas prescriptivas** y las **normas constitutivas** (que se corresponderían con las categorías de las prescripciones y de las reglas conceptuales respectivamente, en la tipología de Von Wright). Asimismo, es muy problemático pensar que las normas del derecho tienen alguno o algunos rasgos especiales que las hacen *jurídicas*, ya que su estructura y contenido no tienen por qué ser diferentes de los de otras normas sociales o morales, y parece más adecuado sostener que su carácter jurídico depende del hecho de que forman parte del *sistema jurídico*, y no de su contenido.

El apartado dedicado a la norma jurídica finaliza con la presentación de la distinción entre las **reglas** y los **principios** (dos tipos de normas prescriptivas), que ha adquirido mucha relevancia a las últimas décadas, tanto a nivel teórico como en la práctica judicial, ya que los principios normalmente se relacionan con los derechos fundamentales constitucionales.

La noción de **sistema jurídico** es todavía más problemática. Desde antiguo se ha pensado que el derecho es un conjunto ordenado y estructurado de normas, de aquí que se lo considere como un "sistema". ¿Pero cuáles son estas relaciones que dotan de orden y estructura al sistema? Éste es un tema mucho más problemático y discutido. La concepción que se expone en el módulo es la que sostiene que hay **dos relaciones básicas**: relaciones lógicas (**deducibilidad**) y relaciones genéticas (**legalidad**). Las primeras permiten explicar adecuadamente ciertos fenómenos como el de las **normas derivadas**, o los **problemas lógicos** del sistema (existencia de lagunas, contradicciones y redundancias). Las segundas, por su parte, permiten dar cuenta de aspectos centrales del derecho: la **estructura jerárquica** del derecho y la **dinámica jurídica** (posibilidad de modificar el contenido del sistema mediante la introducción y eliminación de normas), a través de las **normas de competencia** y el mecanismo de la **derogación**.

Seguidamente, se centra la atención en el concepto de **validez jurídica**, un concepto central de la teoría jurídica, que ha generado muchas discusiones entre los teóricos y filósofos del derecho. En el módulo se adopta la concepción según la cual la validez se entiende como la *pertenencia* de la norma al sistema, y se exponen los diferentes **criterios de validez**, así como las **relaciones entre la validez y la aplicabilidad** (posibilidad de justificación de una decisión jurídica mediante una norma) de las normas jurídicas.

Para acabar con la sección dedicada al sistema jurídico, se exponen y explican brevemente las concepciones de Kelsen y Hart en relación con la **identidad** de los sistemas jurídicos (cómo diferenciar, por ejemplo, el derecho español del derecho francés).

Por lo que respecta a los conceptos jurídicos fundamentales, se destacan los siguientes:

-**Acto ilícito**: según Kelsen, es la conducta que resulta condición para la imposición de una sanción por parte de los jueces. Sin embargo, es más plausible vincular esta noción a la de deber jurídico, de manera que diremos que un sujeto comete un acto ilícito si se comporta de manera opuesta o incompatible a lo que constituye un deber jurídico.

-**Capacidad de obrar**: es la capacidad para realizar actos jurídicamente válidos, ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

-**Capacidad jurídica**: es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

-**Derecho subjetivo**: con carácter general es un ámbito de acción o una facultad que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela en relación con una persona o grupo. Kelsen articuló una tipología de los derechos subjetivos, señalando las cuatro categorías siguientes: como conducta no prohibida, como permisión o autorización expresa, como correlación de una obligación activa o pasiva de otro sujeto, y como acción procesal. Hohfeld, por su parte, analiza esta noción en términos de relaciones entre dos familias de conceptos a las que denomina posiciones activas y posiciones pasivas. De este modo, arbitra cuatro categorías básicas en cada una de ellas: pretensión, privilegio, poder e inmunidad (para las activas), y deber, no derecho, sujeción e incompetencia (para las pasivas).

-**Personalidad jurídica**: aptitud para ser sujeto del derecho.

-**Responsabilidad jurídica**: en términos generales se dice que alguien es jurídicamente responsable en la medida en que se le impone una consecuencia legal negativa (por ejemplo, una sanción). Para la configuración de la responsabilidad jurídica, se emplean diversos esquemas: así, se habla de una responsabilidad subjetiva (por merecimiento o culpa) y de una responsabilidad objetiva (por el resultado). También, de una responsabilidad directa (que recae sobre el sujeto que realizó el acto ilícito) y de una responsabilidad indirecta (que recae sobre un sujeto distinto al que realizó el acto ilícito).

-**Sanción**: según Kelsen, es un acto coactivo, dictado por la autoridad competente, que consiste en la privación de un bien y que trae su causa en una conducta previa.

Completado el estudio, el/la estudiante debe ser capaz de responder de forma razonada a las siguientes preguntas:

1. ¿En derecho sólo son personas las personas físicas?
2. ¿Significa lo mismo que alguien se vea obligado a hacer algo a que tenga la obligación de hacerlo?
3. ¿Es lo mismo la orden de un asaltante que el acto de establecer un impuesto?
4. ¿Puedo ser responsable por algo que yo no he hecho?

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

A lo largo del módulo se incluyen recomendaciones bibliográficas específicas dirigidas a complementar y facilitar el estudio de las diferentes secciones. Con carácter general, se pueden también consultar las obras siguientes:

- C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Normative Systems*, Nueva York/Viena, Springer Verlag, 1971. Existe traducción castellana (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- H. L. A. HART, *The Concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961. Existe traducción castellana (1963). *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (2ª. Ed.), Viena, Deuticke, 1960. Existe traducción castellana (1986). *Teoría pura del derecho*, México, UNAM.
- J.J. MORESO y J.M. VILAJOSANA, J.M., *Introducción a la teoría del derecho* (2004), Madrid, Marcial Pons.
- C.S. NINO, *Introducción al análisis del derecho* (1987), Barcelona, Ariel, caps. II y III.
- J. RAZ, "On the nature of rights", en *Mind*, vol. 93, nº 370, pp. 194-214.
- J. RAZ, *The concept of a legal system*, Oxford, Oxford University Press, 1970. Existe traducción castellana (1986). *El concepto de sistema jurídico*, México D. F., UNAM.
- G. H. VON WRIGHT, *Norm and action. A logical enquiry*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1963. Existe traducción castellana (1971). *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos.



73.574 TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

30.506 INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Semestre Marzo 23–Julio 23 Unidad 2

Prueba de evaluación continua- PEC 2

EL DERECHO: QUÉ ES Y CÓMO ES

- Presentación y objetivos
- Enunciado: descripción teórica de la práctica a realizar
- Materiales
- Criterios de evaluación
- Formato entrega
- Fecha de entrega

Presentación

Presentación y objetivos

Esta PEC se propone desarrollar los objetivos y competencias indicados a la unidad de aprendizaje 2, siguiendo las pautas del Plan Docente. Para esta unidad se establecen los siguientes **objetivos** específicos:

1. Saber identificar y utilizar ciertas nociones básicas del lenguaje para comprender correctamente las normas y el derecho en general.
2. Conocer y saber reconocer los diferentes tipos de normas, su estructura y sus principales características, a fin de comprender la relevancia dentro del fenómeno jurídico.
3. Dominar la noción de validez jurídica, los criterios de validez y sus conexiones con el concepto de aplicabilidad.
4. Acercarse al estudio del derecho como sistema y destacar las principales relaciones que existen dentro del sistema jurídico, sus características más destacables, los posibles defectos formales que pueden afligir y les principales mecanismos de la dinámica jurídica.
5. Reconocer y dominar los aspectos centrales de los principales conceptos jurídicos fundamentales: personalidad jurídica, acto ilícito, obligación jurídica, sanción, responsabilidad jurídica, derecho subjetivo.
6. Presentar un documento de actividad (PEC) correcto desde el punto de vista lingüístico, de acuerdo con los estándares exigibles a la educación superior.

Además, esta PEC trabaja las **competencias** siguientes, de acuerdo con el Plan Docente:

Grado en Derecho

Competencias transversales

- Uso y aplicación de las TICs
- Comunicarse correctamente, oralmente y por escrito, tanto en las lenguas propias como en una lengua extranjera
- Trabajar en equipo y en ambientes multidisciplinares, así como las relaciones interpersonales

Competencias específicas

- Búsqueda, obtención y uso de las fuentes jurídicas (legales, jurisprudenciales y doctrinales)
- Comprensión de las diferentes formas de creación del Derecho, su evolución histórica y su realidad actual
- Desarrollo de un discurso jurídico correctamente estructurado, tanto de manera oral como escrita
- Análisis de la realidad social desde la perspectiva del Derecho como sistema regulador de las relaciones sociales

Grado en Criminología

Competencias transversales

- Comunicarse correctamente, oralmente y por escrito, tanto en las lenguas propias como en una lengua extranjera

Competencias específicas

- Desarrollar la actividad criminológica conforme a los principios constitucionales, los derechos fundamentales y las libertades públicas
- Situar el fenómeno criminal en el contexto personal, social y jurídico en el que se desarrolla

Descripción de la práctica

La prueba consta de **dos partes**. La **primera** parte (4 puntos) consiste en 8 afirmaciones, sobre las que se ha de indicar si son verdaderas o falsas, justificando brevemente la respuesta. La **segunda** parte (6 puntos) consta de un ejercicio con tres preguntas relacionadas con diferentes conceptos trabajados en el módulo y su aplicación práctica.

Enunciado de la PEC

Primera parte (4 puntos)

Indica si las siguientes afirmaciones son verdaderas o falsas. Justifica de manera razonada la respuesta (en 5 o 6 líneas como máximo):

1. El artículo 14 de la Constitución española, según el cual "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", expresa una regla.

Falso. Esta norma puede ser considerada como un principio puesto que tiene establecidas sus condiciones de aplicación de manera abierta. Establece pautas no concluyentes que expresan razones que han de ser tenidas en cuenta por el legislador y en la elaboración de decisiones judiciales.

2. Aunque la autoridad competente aprobara dentro de la legalidad vigente una multa a la empresa Ferrovial por establecer su domicilio en Holanda, dicha multa no podría considerarse una sanción desde la teoría de Kelsen.

Falso. Una sanción desde la teoría de Kelsen comporta un acto coactivo, resultado de la conducta u omisión de un individuo, que priva de un bien y dictada por la autoridad competente. En este caso, si la multa se aprueba por la autoridad competente, puesto que se dan las otras tres exigencias, sí sería una sanción en el sentido kelseniano.

3. Una norma aprobada por el Ayuntamiento que establece la obligación de circular como máximo a 30 km/h por el centro de la ciudad, hace un uso del realizativo del lenguaje.

Falso. El uso que se hace del lenguaje en dicha norma es prescriptivo o directivo porque intenta influir en el comportamiento del sujeto. Se establece una obligación para todas las personas que circulan por el centro de la ciudad, es decir, se intenta influir en su comportamiento estableciendo el deber de limitar la velocidad a 30 km/h.

4. Entre la norma N1: "Los turismos, furgonetas y camiones no pueden estacionar en esta calle" y la norma N2: "Los vehículos de menos de 900 kgs. de peso pueden estacionar en esta calle" se plantea una antinomia del tipo total-parcial.

Falso. Aunque se produce un conflicto cuando, por ejemplo, un turismo pesa menos de 900 kgs., la antinomia es parcial-parcial porque cada una de las dos normas en juego tiene un ámbito propio de aplicación en donde no entra en conflicto con la otra. La norma N1 no choca con N2 cuando se trata de turismos, furgonetas y camiones de más de 900 kgs., mientras que la norma N2 no choca con la norma N1 en el caso de vehículos de menos de 900 kgs. que no sean turismos, furgonetas o camiones.

5. En relación con la norma "está prohibido conducir vehículos a motor sin el correspondiente permiso", la norma "está prohibido conducir turismos sin el permiso B1" sería una norma secundaria.

Falso. La norma "está prohibido conducir automóviles sin el permiso B1" es una norma derivada con respecto a la norma "está prohibido conducir vehículos a motor sin el correspondiente permiso", ya que el supuesto de hecho de la segunda está lógicamente incluido en la primera.

6. La regla de reconocimiento de Hart no permite evitar la falta de plenitud del ordenamiento jurídico.

Verdadero, la regla de reconocimiento evitaría los problemas de falta de certeza del derecho, ya que señalaría las características cuya posesión por parte de una norma determinan su pertenencia al derecho, pero no la falta de plenitud.

7. En las lagunas de conocimiento estamos ante casos genéricos que no se sabe si pertenecen a un caso individual.

Falso, en la laguna de conocimiento nos encontramos con información insuficiente acerca del caso individual, por lo que no podemos determinar es o no subsumible en un caso genérico, porque no podemos determinar si concurren las propiedades relevantes de dicho caso genérico.

8. El artículo 497 del Código Civil, que establece que "El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia", tiene una dirección de ajuste mundo-a-palabra.

Verdadero, la dirección de ajuste o encaje de dicho artículo es mundo-a-palabra porque con esta expresión se influye en el comportamiento del sujeto estableciendo una obligación sobre el cuidado de las cosas dadas en usufructo. Esta dirección de ajuste es la propia de las prescripciones, con las que podríamos decir que se intenta que el mundo se corresponda con las palabras.

Segunda parte (6 puntos)

Responde a las cuestiones que se plantean en relación con el siguiente supuesto:

Álvaro, de 10 años, jugaba solo con su amigo Jaime, de su misma edad, a tirar petardos en el exterior de la carpa de su falla. En un momento determinado, Álvaro lanzó al aire un petardo encendido y Jaime lo cogió mientras caía, de tal forma que le explotó en la mano y perdió tres dedos.

1. Imagina que eres el/la juez que tiene que decidir sobre este caso. ¿Qué modalidades de responsabilidad atribuirías de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico español?

En el supuesto de Álvaro, al ser menor de edad, la responsabilidad sería indirecta y atribuible a sus padres, que recibirán la sanción o la consecuencia jurídica negativa por un comportamiento realizado o un resultado causado por su hijo. Así, el artículo 1902 del Código Civil (CC) puntualiza que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Por su parte, el artículo 1903.1 CC señala que “la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder” y el artículo 1903.2 CC mantiene que “los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”.

Desde un modelo de responsabilidad subjetiva, podríamos indicar que los padres de Álvaro merecen recibir una consecuencia jurídica negativa por la acción de este debido a que han abandonado su deber de vigilancia respecto a Álvaro que es menor incurriendo así en culpa. En este sentido podría argumentarse que los padres incurrieron en “culpa in vigilando” en la medida en que desatendieron la vigilancia de Álvaro que se encontraba solo con su amigo.

2. A partir del tipo de responsabilidad señalada en la pregunta anterior y aplicando alguna disposición del ordenamiento jurídico español, introduce una modificación en el caso planteado para argumentar que dicha responsabilidad no existiría.

Si Álvaro en lugar de estar tirando petardos solo con su amigo Jaime, hubiera estado acompañado de alguno de sus progenitores, que le hubiera vigilado en todo momento y que incluso cuando vio que Jaime intentaba coger el petardo en el aire hubiera corrido para apartarlo y le hubiera empujado hacia atrás, aunque no hubiera podido evitar que lo cogiera, podríamos argumentar que no concurre la responsabilidad subjetiva indicada anteriormente, ya que habría actuado de manera diligente para intentar evitar el daño.

Así como señala el artículo 1903.6 del Código Civil la responsabilidad que concreta dicho precepto no procede cuando las personas implicadas hayan probado que “emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”, de tal forma que éste haya sido fruto de la mala suerte, pero no culpa de nadie. Este hubiera ocurrido si los niños hubieran estado bajo la supervisión de un adulto que hubiera realizado todo lo razonablemente posible para evitar que Jaime cogiera el petardo con su mano.

3. Explica brevemente (en 2 o 3 líneas como máximo) en qué sentido se utiliza la expresión “responsabilidad” en los siguientes enunciados:

a) Álvaro no es responsable de sus actos.

Responsabilidad entendida como capacidad, en la medida en que siendo un menor (tiene 10 años) no es consciente de los riesgos y consecuencias que implican sus actos.

b) El juez determinará la responsabilidad que concurre en este caso.

Responsabilidad entendida como reacción en cuanto que hace referencia a la reacción jurídica (o en su caso moral) ante el resultado del acto de Álvaro que se considera criticable, sancionable o reprochable.

c) Los curadores con facultades de representación plena son responsables de evitar los posibles perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella.

Responsabilidad entendida como función, en la medida en que se vincula a un conjunto de acciones que los curadores han de llevar a cabo para desarrollar su rol.

d) El petardo fue el responsable de que Jaime perdiera tres dedos de la mano.

Responsabilidad entendida como causalidad ya que se hace referencia a lo que provocó un determinado resultado (la pérdida de tres dedos de la mano de Jaime), sin que ello en principio suponga ningún tipo de implicación jurídica o valoración moral.

Materiales

Para realizar esta PEC se debe estudiar previamente el **módulo 2** de la asignatura.

Criterios de evaluación

Los criterios utilizados para otorgar las diversas puntuaciones serán:

- la **adecuación** de la respuesta al enunciado de la pregunta.
- la **corrección** del contenido de la respuesta.
- la **complejidad** del razonamiento que se utiliza para apoyar la solución aportada.
- el **estilo** de redacción en la respuesta, cuestión importante para un jurista.

Formato entrega

La PEC debe entregarse en el Registro de Evaluación Continua (no en el buzón personal del consultor). Las respuestas se entregarán en un fichero en formato Word (.doc), Open Document (.odf), Rich Text Format (.rtf) o PDF.

Fecha de entrega

La fecha límite de entrega son las 24 horas del día **17 de abril de 2023** (no se admitirá ningún ejercicio después de esta fecha).

El Derecho en acción: interpretación y aplicación del Derecho

PID_00279262

David Martínez Zorrilla

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas





David Martínez Zorrilla

Doctor en Derecho. Profesor Agregado de los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC.

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por el profesor: David David Martínez Zorrilla

Primera edición: septiembre 2020
© de esta edición, Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC)
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Autoría: David Martínez Zorrilla
Producción: FUOC
Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

1. La aplicación del Derecho y la justificación de las decisiones jurídicas.....	5
1.1. El silogismo jurídico	6
1.2. Justificación interna y justificación externa de las decisiones jurídicas	7
1.3. Casos fáciles y casos difíciles	10
1.3.1. Problemas vinculados con las premisas normativas	11
1.3.2. Problemas vinculados con las premisas fácticas	13
2. La interpretación del derecho.....	15
2.1. Problemas del lenguaje: vaguedad, ambigüedad y carga emotiva	16
2.1.1. La vaguedad	17
2.1.2. La ambigüedad	18
2.1.3. La carga emotiva	20
2.2. Tipos de interpretación jurídica	20
2.2.1. Tipos de interpretación en función del intérprete	21
2.2.2. Tipos de interpretación en función de las técnicas interpretativas	22
3. Los conflictos entre derechos constitucionales y la ponderación.....	38
3.1. Planteamiento del problema	38
3.2. La estructura de los conflictos entre derechos y el mecanismo de la ponderación	41
3.2.1. (De nuevo) Reglas y principios (tesis 1)	41
3.2.2. La estructura de los conflictos constitucionales (tesis 2)	43
3.2.3. La ponderación como mecanismo para la resolución de conflictos (tesis 3)	44
Resumen.....	53

1. La aplicación del Derecho y la justificación de las decisiones jurídicas

Hasta ahora se ha centrado la atención en el Derecho visto como un conjunto o sistema normativo, y de hecho, es así como se percibe habitualmente. Pero estas normas tienen un propósito principal, que es guiar la conducta de sus destinatarios (es decir, hacer que estos se comporten conforme a las normas, o al menos de manera no incompatible con ellas). Para ello, tanto las instituciones como los particulares deben mostrar que sus acciones y comportamientos son «conforme a Derecho», pues solo de ese modo estarán jurídicamente justificados. Dicho de otro modo, los comportamientos jurídicamente correctos o justificados son aquellos que «siguen» o «cumplen» las normas jurídicas. Es en este contexto donde cobran importancia los conceptos de *aplicación* e *interpretación* (como paso previo a la aplicación) del Derecho.

Usualmente se reserva la etiqueta «aplicación del Derecho» a ciertos actos que llevan a cabo ciertas autoridades públicas (jueces y funcionarios, principalmente), en los que estas toman decisiones basadas en normas jurídicas, y que cuentan además con el respaldo de la coacción pública institucionalizada propia del Estado.

En contraste, no se suele decir que *se aplica* el Código de la circulación cuando se circula respetando los límites de la velocidad en la carretera, o que *se aplica* el Código Civil cuando se cumplen las obligaciones contractuales. En lugar de ello, se dice que *se siguen* o *se cumplen* estas normas.

De todos modos, tanto en los actos de aplicación de las autoridades, como en el simple seguimiento de las normas como particulares, es necesario poder determinar el contenido del Derecho, esto es, aquello que jurídicamente corresponde hacer. Una decisión de una autoridad tan solo estará justificada si es *conforme a Derecho*, esto es, si coincide con lo que el Derecho establece, o al menos no resulta incompatible con este o contraria al sistema jurídico.

La justificación de las decisiones de las autoridades públicas es un aspecto de gran importancia, hasta el punto de que en un gran número de ellas no basta simplemente con que, efectivamente, la decisión sea correcta (conforme a Derecho), sino que además se exige que exista por parte del órgano una actividad de argumentación mediante la que se justifique la corrección de la decisión tomada. El caso más claro es el de las sentencias judiciales. De acuerdo con un deber constitucional (art. 120.3 CE), los jueces y tribunales deben fundamentar sus sentencias, de modo que sería inconstitucional que una decisión se limitara, por ejemplo, a establecer «Condeno al acusado a la pena de prisión de cinco años», incluso cuando, efectivamente, esta fuese la decisión correcta de acuerdo con el contenido del Derecho y con los hechos del caso. En otros tipos de decisiones (por ejemplo, en las providencias), no se exige esta actividad de motivación o argumentación, pero ello no significa que no deban estar justificadas.

Es decir, para cualquier decisión, independientemente de que exista o no una obligación de motivación, deberá ser posible construir un argumento que muestre que aquella se ajusta a lo que establece el Derecho para ese caso o, al menos, que está permitida o no resulta contraria al sistema jurídico.

1.1. El silogismo jurídico

Si se reflexiona acerca de cómo debe ser un argumento o razonamiento que justifique una decisión jurídica (esto es, que muestre que esa decisión es jurídicamente correcta o conforme a Derecho), se verá que, como mínimo, esta deberá contar con los siguientes elementos: por un lado, una afirmación relativa a cuáles son los hechos del caso, y por otro lado, otra afirmación relativa a lo que el Derecho establece para ese tipo o clase de situaciones como la examinada. Además, entre ambas afirmaciones deberá existir una relación tal que permita deducir o extraer como consecuencia lógica la solución al caso examinado.

Este esquema tan simple es lo que se conoce habitualmente bajo el título de «silogismo jurídico» o «silogismo judicial». El silogismo jurídico consta de la llamada **premisa normativa**, relativa al contenido del Derecho, y de la llamada **premisa fáctica**, relativa a los hechos del caso que ha de decidirse. De ambas premisas puede obtenerse la conclusión o respuesta jurídica del caso mediante un razonamiento lógico-deductivo (de ahí el nombre *silogismo*, que significa «razonamiento deductivo»).

Por ejemplo:

- 1) Si alguien mata a otra persona, debe ser condenado a la pena de quince años de prisión (premisa normativa).
- 2) X ha matado a Y (premisa fáctica).
- 3) Por lo tanto, X debe ser condenado a la pena de quince años de prisión (conclusión, respuesta jurídica al caso concreto).

De acuerdo con una corriente de pensamiento conocida como «**formalismo jurídico**», de gran importancia sobre todo durante el siglo XIX, la totalidad (o al menos la gran mayoría) de las decisiones jurídicas consistiría en una aplicación mecánica del silogismo jurídico, de modo que el juez (o el aplicador del Derecho en general) actuaría casi como un autómatas, limitándose, en palabras de Montesquieu, a ser «la boca de la ley», extrayendo de manera casi automática e inmediata la consecuencia jurídica para el caso.

Un autor clásico como Cesare di Beccaria, en su famosa e influyente obra *De los delitos y las penas* (1768), explicaba la tarea de aplicación judicial del Derecho en el ámbito penal en los siguientes términos: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena».

Referencia bibliográfica

BECCARIA, C. (1768): *Dei delitti e delle pene*. Citado por la traducción castellana de J. A. de las Casas (1968): *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza, pág. 31.

No obstante, esta visión «optimista» de la tarea de aplicación del Derecho tiene muchas dificultades. Una de ellas, bastante evidente, es que normalmente los problemas a los que debe darse respuesta jurídica no son tan sencillos como para poder resolverlos mediante este esquema tan simple de una única premisa normativa y una única premisa fáctica, de modo que, aun considerando válido este modelo de razonamiento, normalmente será necesaria una sucesión o encadenamiento de silogismos para llegar hasta la decisión final.

Por ejemplo, si se intenta justificar la imposición de una determinada pena al acusado por el delito de asesinato, que, desde el punto de vista legal, no es un simple homicidio (matar a otro), sino un homicidio cualificado por determinadas circunstancias, como la alevosía (art. 22.1 del Código Penal), el razonamiento justificatorio contendría, al menos, los elementos siguientes:

- Si el agresor utiliza métodos o medios que intentan asegurar la comisión del delito y evitar los riesgos de la posible defensa de la víctima, actúa con alevosía.
- Si el agresor ataca a su víctima mientras esta duerme, intenta asegurarse la comisión del delito al tiempo que evita los riesgos de la defensa del agredido.
- Si el agresor ataca a su víctima mientras esta duerme, actúa entonces con alevosía.
- El acusado mató a su víctima mientras esta dormía.
- El acusado mató a su víctima con alevosía.
- Si alguien mata a otro con alevosía, comete un asesinato.
- El acusado cometió un asesinato.
- Si alguien comete un asesinato, debe ser condenado a la pena de veinte años de prisión.
- El acusado debe ser condenado a la pena de veinte años de prisión.

1.2. Justificación interna y justificación externa de las decisiones jurídicas

Sin embargo, la anterior no es la dificultad principal. Un problema de mayor calado es que para la corrección o justificación de cualquier argumento o razonamiento (incluyendo, por supuesto, los jurídicos) no basta simplemente con que la conclusión se derive o deduzca de manera lógica de un conjunto de premisas. La justificación tiene dos aspectos o dimensiones distintas, a los que es habitual referirse como la «**justificación interna**» y la «**justificación externa**» del argumento.

La **justificación interna** hace referencia a la corrección lógico-deductiva del razonamiento, esto es, a que la conclusión se deduzca lógicamente (sea consecuencia lógica) de las premisas. Dicho en otros términos, el argumento está justificado internamente si y solo si entre las premisas y la conclusión existe una conexión lógica correcta.

Por su parte, la **justificación externa** se refiere a que las premisas del argumento sean correctas, verdaderas o sólidas; esto es, el razonamiento ha de estar basado en las premisas adecuadas, y se debe contar con buenas razones que justifiquen la selección de las premisas del razonamiento.

Un argumento precisa de los dos elementos (justificación interna y externa) para ser un argumento correcto o justificado (en otras palabras, para ser un buen argumento). Se trata, con todo, de dos aspectos totalmente independientes: un argumento puede ser correcto desde el punto de vista de su justificación interna, pero no desde la externa, o viceversa (e igualmente, puede no estar justificado desde ninguna de las dos perspectivas o estarlo desde ambas).

Por ejemplo:

- 1) Si alguien mata a otro, debe ser castigado con la pena de muerte (premisa normativa).
- 2) El acusado ha matado a otro (premisa fáctica).
- 3) Por tanto, el acusado debe ser castigado con la pena de muerte (conclusión).

Este argumento no sería correcto porque, a pesar de que la conclusión se deriva lógicamente de las premisas (justificación interna), estas (al menos, la premisa normativa) no están justificadas desde el punto de vista externo, puesto que el Derecho penal español no contempla la pena de muerte.

De modo similar, un argumento puede contar con premisas correctas, es decir, externamente justificadas, pero ser erróneo por razones lógicas (porque la conclusión no se deriva o deduce de las premisas):

- 1) Si alguien mata a otro, debe ser castigado con la pena de prisión de diez a quince años (premisa normativa).
- 2) El acusado ha matado a otro (premisa fáctica).
- 3) Por tanto, el acusado debe ser castigado con la pena de muerte (conclusión).

En este razonamiento, incluso considerando que la premisa normativa es adecuada y también (por hipótesis) lo sea la premisa fáctica, resulta evidente que de ellas no se puede derivar la conclusión. Por ende, el argumento no está internamente justificado.

Con todo, se plantea aquí un problema importante: mientras que la justificación interna depende de criterios claros (las reglas de la lógica), que permiten determinar con seguridad si un razonamiento está o no justificado desde esta perspectiva, ¿de qué depende exactamente la justificación externa? O, dicho de otro modo, ¿cuándo se puede afirmar que un razonamiento está externamente justificado?

Se trata de un punto complejo porque, a diferencia del aspecto lógico, la solidez de las premisas parece ser una cuestión gradual, y no binaria: una afirmación estará más justificada o será más sólida cuantas más y mejores razones tenga en su apoyo.

Así, por ejemplo, una afirmación en el ámbito de las ciencias naturales puede considerarse correcta y justificada si responde o se ajusta a una teoría científica consolidada y ampliamente aceptada. Pero podría ocurrir que alguien mostrara, con argumentos convincentes, que esa teoría ampliamente aceptada tiene problemas y resulta más adecuado sustituirla por otra teoría alternativa, que explica mejor cierto tipo de fenómenos. Si ese fuera el caso, la afirmación original (apoyada por la teoría «estándar») ya no parecería tan justificada externamente o, dicho en otros términos, se contaría con distintos grados de justificación. De manera similar, en el ámbito jurídico parece que la justificación externa de las premisas fácticas opera del mismo modo: una afirmación sobre ciertos hechos estará en principio más justificada en la medida en que resulte apoyada por más y mejores pruebas.

Así, la justificación externa de las premisas normativas parece en principio vinculada al hecho de que describan adecuadamente el contenido del Derecho: si coinciden con lo que el Derecho realmente establece para ese caso, será una premisa correcta (justificada), y no lo será en caso contrario. A primera vista, puede parecer que se trata de una cuestión muy simple, ya que bastaría fundamentalmente con conocer la ley para saber cuáles son las normas que se aplican a cada caso y que es una tarea que cualquier jurista medianamente competente puede realizar sin excesivos problemas. Pero, si bien en muchos casos es así, y la justificación externa de las premisas normativas no suele resultar problemática, por desgracia el conocimiento de las normas jurídicas, por amplio que sea, no siempre es suficiente para superar este paso.

Puede ocurrir, por ejemplo, que el texto de la ley resulte muy oscuro y plantee problemas de interpretación, o que el sistema jurídico pueda presentar algunos defectos (lagunas, contradicciones entre normas, etc.) que dificulten en gran medida la selección de la/s premisa/s normativa/s. En estos casos, resultará fundamental poder argumentar y justificar por qué se hace uso de esas premisas en lugar de otras alternativas, y su justificación externa dependerá de la solidez de las razones que las apoyen.

En síntesis, la justificación de un razonamiento jurídico depende, pues, por una parte, de que la conclusión se obtenga correctamente a partir de las premisas normativas y fácticas utilizadas (justificación interna), y, por otra, de que dichas premisas normativas y fácticas estén externamente justificadas. A su vez, una premisa normativa está externamente justificada si se ajusta al Derecho aplicable (que no necesariamente se corresponde con el derecho válido, como se vio en su momento), mientras que una premisa fáctica estará externamente justificada si describe un hecho adecuadamente probado.

Referencia bibliográfica

Sobre la prueba de los hechos, puede consultarse, por ejemplo:

FERRER, J. (2007): *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

TARUFFO, M. (2002): *La prueba de los hechos* (trad. de J. Ferrer). Madrid: Trotta.

1.3. Casos fáciles y casos difíciles

Es bastante sencillo darse cuenta de que no todas las situaciones plantean el mismo nivel de dificultad a la hora de justificar jurídicamente una respuesta. Es en este punto en el que cobra relevancia una distinción habitual en la teoría jurídica, que distingue entre los llamados *casos fáciles* o *casos claros* (*clear cases*) y los *casos difíciles* (*hard cases*).

Los **casos fáciles** o **casos claros** serían aquellos en los que la justificación de la respuesta jurídica no plantea dificultades, en la medida en que las premisas normativas y fácticas son claramente identificables. Para ello, en relación con las premisas normativas, debe existir un amplio consenso entre los juristas acerca de cuál o cuáles son las normas aplicables, así como en relación con su interpretación, mientras que en cuanto a las premisas fácticas, deben resultar claros cuáles son los hechos del caso (hechos probados), así como su calificación jurídica.

En los casos claros es posible extraer con relativa facilidad, casi de manera mecánica, la respuesta jurídica al caso planteado, utilizando argumentos como el del silogismo jurídico. La idea central es que, al estar todas las premisas perfectamente claras, gracias al razonamiento deductivo existe una única (y determinada) respuesta correcta al caso.

En contraste, los **casos difíciles** son aquellos en los que, debido a ciertos problemas que afectan a la/s premisa/s normativa/s y/o fáctica/s, surgen problemas de justificación externa que hacen imposible aplicar automáticamente mecanismos como el silogismo jurídico y que ponen en cuestión que exista una única respuesta correcta y determinada para el caso.

Si, por ejemplo, existen discrepancias acerca de la interpretación de cierto precepto de una ley (siempre que las diversas interpretaciones den lugar a respuestas divergentes a un mismo caso), se tendrán (al menos) dos premisas normativas posibles, ninguna de ellas claramente «evidente», por lo que surgirá un problema de justificación externa, y con ello la necesidad de aportar razones a favor de la interpretación elegida. Además, esta dificultad hará imposible convertir la respuesta al caso en una tarea automática, directa o mecánica de aplicación del silogismo jurídico.

El filósofo del Derecho escocés Neil MacCormick (1941-2009) realizó una clasificación de cuatro distintos tipos o categorías de casos difíciles, en función de la premisa a la que afectan (normativa o fáctica) y el tipo de dificultad del que se trate. Así, en relación con las premisas normativas, se pueden encontrar **problemas de relevancia** o **problemas de interpretación en sentido estricto**, mientras que en relación con las premisas fácticas pueden surgir **problemas de prueba** o **problemas de calificación jurídica**.

Referencia bibliográfica

MACCORMICK, N. (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, cap. VIII.

1.3.1. Problemas vinculados con las premisas normativas

Los problemas de relevancia o de determinación de la norma aplicable

Un posible problema con el que se puede topar consiste en que no se pueda determinar (al menos, con plenas garantías) cuál es la norma o normas aplicables al caso, no por desconocimiento del Derecho, sino por ciertos problemas imputables al propio sistema jurídico. Por ejemplo, puede ocurrir que el sistema presente una antinomia o contradicción normativa (que varios preceptos regulen de manera distinta e incompatible la misma situación, de modo que, por ejemplo, un determinado comportamiento resulte simultáneamente permitido y prohibido por el Derecho), o se puede encontrar que existe una laguna normativa (ninguna norma regula, al menos de manera explícita, el caso planteado) y el ordenamiento no ofrece de manera directa y clara una respuesta para el caso.

En situaciones como estas, se está ante el problema de determinar cuáles son las normas relevantes o aplicables al caso; en otras palabras, para saber cuál es la premisa normativa. En nuestro sistema, como en muchos otros, los jueces tienen el deber jurídico de resolver los casos que se les plantean, de manera que de algún modo deberán superar estas dificultades y suplir estas carencias, aportando las premisas normativas correspondientes. Pero como el ordenamiento no ofrece una única y clara respuesta, la justificación de las premisas normativas elegidas dependerá de la solidez de las razones que respaldan la selección de dichas premisas.

Por ejemplo, si el juez o decisor se encuentra frente a una antinomia o contradicción normativa, puede aplicar alguno de los criterios que se vieron en su momento, como el criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), el criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) o el criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*). Pero como también sabemos, si bien estos criterios pueden resultar útiles en muchos casos, desgraciadamente no permiten resolver todos los supuestos de antinomia. En primer lugar, podría ocurrir que la contradicción se planteara entre dos disposiciones del mismo rango jerárquico, aprobadas en un mismo momento y sin que entre ellas se pueda establecer una relación de especialidad. En estos supuestos, por lo tanto, no se podría utilizar ninguno de los criterios citados. Y en segundo lugar, como han

puesto de relieve autores como Norberto Bobbio (1909-2004), en ciertos casos la aplicación de distintos criterios da lugar a soluciones contrapuestas (son las denominadas *antinomias de segundo grado*).

Por ejemplo, cuando de acuerdo con el criterio jerárquico debería prevalecer la norma N_1 , mientras que de acuerdo con el criterio cronológico prevalecería N_2 , o bien, usando otro ejemplo, cuando de acuerdo con el criterio cronológico prevalecería N_1 , pero de acuerdo con el de especialidad la solución sería la opuesta.

Estos casos pueden ser bastante problemáticos, ya que, si bien podría decirse con carácter general que el criterio jerárquico prevalece sobre los demás (cronológico y de especialidad), la relación entre estos dos últimos no resulta muy clara, dado que si se acude a la jurisprudencia, se pueden encontrar tanto sentencias que dan prioridad al criterio de especialidad frente al cronológico (prevalece la norma anterior y especial respecto a la posterior más general), como también decisiones de signo contrario (prioridad de la norma posterior general sobre la anterior especial).

Por lo que respecta a las lagunas normativas (situaciones de «vacío legal»), para su resolución suele acudir a ciertos tipos de esquemas o argumentos interpretativos, como la analogía o el argumento *a sensu contrario*. A ellos se hará referencia brevemente al abordar la cuestión de la interpretación jurídica.

Los problemas de interpretación en sentido estricto

También puede ocurrir que, a pesar de que, a primera vista, sea posible identificar qué precepto o preceptos jurídicos son los relevantes para el caso en cuestión, surjan dudas o pueda discutirse acerca de cuál es la interpretación adecuada de dicho precepto o preceptos (entre varias alternativas razonables y que dan lugar a consecuencias jurídicas distintas e incompatibles). Ello puede deberse a la propia redacción de los preceptos (problemas de ambigüedad, vaguedad o indeterminación de los conceptos utilizados, etc.), a su encaje con otros preceptos o ámbitos de la regulación, a un cambio de las circunstancias o el contexto respecto del que existía en el momento de su aprobación, etc. En cualquier caso, el aspecto interpretativo es de gran importancia, ya que interpretaciones divergentes pueden dar lugar a respuestas completamente distintas a la cuestión que ha de resolverse. En estos casos, de nuevo, es primordial la solidez de las razones que apoyan la premisa normativa elegida.

Puede ilustrarse esta cuestión mediante el ejemplo de la interrupción de la prescripción de la responsabilidad penal. Si, desde la comisión del ilícito penal, transcurre el plazo legalmente establecido sin que haya juicio ni condena, se extingue la responsabilidad penal y, por lo tanto, el infractor no podrá ser castigado penalmente por esos hechos. No obstante, determinados actos o hechos hacen que el plazo de prescripción se interrumpa y vuelva a empezar de cero. La interrupción de la prescripción se regula en el artículo 132.2 del Código Penal, que establece literalmente que «La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena».

Como se puede ver, este precepto se refiere, de un modo muy vago e indeterminado, a que «el procedimiento se dirija contra el culpable», sin indicar qué tipo de acto o resolución puede considerarse, a estos efectos, como una dirección del procedimiento contra esa persona. Ello ha dado pie a distintas interpretaciones: según la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, es suficiente con la presentación de una denuncia o querrela contra el presunto culpable (eso supondría ya que «el procedimiento se dirija contra el culpable»), mientras que otras interpretaciones, como la asumida por el Tribunal Constitucional, entienden que para que el procedimiento se dirija contra alguien, es necesario que exista algún tipo de decisión o resolución por parte del órgano judicial que ponga en marcha el proceso penal (la admisión a trámite de una querrela o la apertura de diligen-

cias previas, por ejemplo). Estas diferencias pueden dar lugar a importantes consecuencias, ya que puede ocurrir (y de hecho así ha ocurrido en algunos casos) que, de acuerdo con una interpretación, un delito ya esté prescrito, mientras que, de acuerdo con la otra, se haya interrumpido la prescripción y, por lo tanto, pueda procesarse y condenarse al acusado. Eso ocurriría cuando, en el momento de interponer la denuncia, todavía no ha transcurrido totalmente el plazo de prescripción, pero sí en el momento en el que el órgano judicial la admitiera a trámite. Las diferencias en la interpretación determinarán, en consecuencia, aun basándose exactamente en los mismos hechos, si esa persona puede o no ser condenada penalmente.

1.3.2. Problemas vinculados con las premisas fácticas

Los problemas de prueba

Los problemas de prueba afectan a las premisas fácticas y consisten en la imposibilidad de establecer, más allá de toda duda razonable (o, más exactamente, más allá del mínimo de certeza exigido por la ley), que determinados hechos han acontecido o que no han acontecido. Son, pues, situaciones en las que existe desconocimiento o conocimiento incompleto de los hechos relevantes (o situaciones en las que, a pesar de conocer los hechos del caso concreto, estos no pueden acreditarse o probarse jurídicamente por no cumplir con las mínimas condiciones legales exigibles).

Sin embargo, en muchas ocasiones los problemas de prueba no plantean muchas dificultades desde el punto de vista pragmático, puesto que usualmente los sistemas jurídicos establecen que en los casos en los que una afirmación no pueda considerarse probada (por falta del nivel mínimo de certeza exigido legalmente), los hechos cuya ocurrencia es dudosa se consideran como no acontecidos, no en el sentido de que se niegue que ocurrieron, sino en el sentido de que no se puede válidamente utilizar como premisa de una decisión jurídica la que afirma unos hechos no suficientemente constatados. Esto tiene su principal expresión en el conocido principio del derecho penal *in dubio pro reo* o presunción de inocencia. Por tal razón, en los supuestos en los que alguna afirmación fáctica no haya quedado suficientemente constatada, el decisor debe actuar como si los hechos no hubiesen ocurrido.

Los problemas de calificación jurídica

Los problemas de calificación consisten en las dificultades que en algunas ocasiones se plantean en relación con la subsunción de los hechos del caso individual en el supuesto de hecho de la norma, debido a problemas lingüísticos como la vaguedad y la textura abierta (que se verán en el apartado correspondiente de este mismo módulo). En estos casos, el problema no se encuentra en un conocimiento defectuoso de los hechos, sino en que, a pesar de conocer perfectamente lo ocurrido empíricamente, existen dudas acerca de cómo calificar jurídicamente tales hechos y, por tanto, sobre si una determinada norma será o no aplicable al caso.

Un ejemplo de esta dificultad podría ser el siguiente: una persona de talante bromista decide gastar una broma a otra persona, y finalmente resuelve esperarla escondido en la entrada de su casa a que llegue y darle un susto cuando aparezca. Sin embargo, la víctima padece una enfermedad cardíaca (extremo que el bromista desconoce, por otra parte) y, con la impresión del susto, sufre un ataque cardíaco y fallece. Aunque los hechos se conozcan perfectamente, puede surgir el siguiente problema: ¿se ha de considerar que esta persona *ha matado* a su víctima, en el sentido de que estos hechos son subsumibles en el antecedente del delito de homicidio (art. 138 del Código Penal)? La situación plantea dudas. Por una parte, el susto responde a una acción consciente y voluntaria del agresor, y es de suponer que la víctima no hubiera fallecido de no haber sufrido la acción del bromista. Esto podría inclinarnos a pensar que el susto ha causado la muerte y, por lo tanto, que el agresor *ha matado* a su víctima. Pero, por otra parte, parece también que el

hecho de dar un susto no es un comportamiento del tipo adecuado para poder imputar a alguien la muerte de una persona. Esto es, la persona falleció fundamentalmente por sus especiales circunstancias de salud, pero no es imputable la muerte al susto porque el hecho de dar un susto no es un comportamiento que pueda considerarse *adecuado* para provocar la muerte de las personas (máxime si se desconoce su enfermedad), y así poderlo subsumir en el antecedente del delito de homicidio. En este sentido, no puede decirse que el agresor haya *matado* a su víctima. En conclusión, no parece poder decirse de modo concluyente ni que el agresor ha matado a la víctima ni que no la ha matado.

2. La interpretación del derecho

Interpretar es un término ambiguo, utilizado en muchos contextos distintos. Se habla, por ejemplo, de interpretar una obra de teatro, interpretar la reacción de una persona al recibir cierta noticia, interpretar hechos históricos, interpretar ciertos documentos, etc. No todos estos sentidos de *interpretar* parecen relacionados directamente con el lenguaje (interpretación lingüística). La interpretación lingüística sería aquella relacionada con la determinación del significado de ciertas expresiones lingüísticas (orales o escritas), es decir, qué significan dichas expresiones. En el caso de la interpretación jurídica, se hace referencia a un tipo de interpretación lingüística, principalmente a la interpretación de ciertos textos dictados por el legislador (disposiciones normativas).

Por ello, en una primera aproximación, la **interpretación jurídica** sería la determinación del significado de las disposiciones normativas del legislador, que es un paso previo para su posterior aplicación.

No siempre se presta a la interpretación jurídica la atención que se merece o se le reconoce la importancia que tiene en realidad. Como se ha tenido la ocasión de comentar anteriormente, la interpretación desempeña un papel muy destacado, ya que distintas interpretaciones de un mismo precepto (esto es, distintos significados asignados a una misma expresión lingüística) pueden suponer consecuencias jurídicas totalmente distintas, aun sobre la base de unos mismos hechos.

Se puede ilustrar este punto con algunos ejemplos. El Código Penal de 1995 regula, en los artículos 248 y siguientes, el delito de estafa. A fin de poder sancionar penalmente esta actividad, deben satisfacerse todos los requisitos establecidos por el artículo 248.1 CP: error, acto de disposición, perjuicio patrimonial, etc. Entre estos elementos se encuentra el de que haya habido por parte del estafador un *engaño bastante*, dando a entender que no sirve cualquier tipo de engaño, por burdo y simple que sea, sino que para poder imponer una pena dicho engaño debe ser de una cierta entidad (esto es, mínimamente sofisticado).

En relación con este punto, existen dos interpretaciones contrapuestas, que pueden calificarse como la «interpretación objetiva» y la «interpretación subjetiva» del engaño, respectivamente. Los partidarios de la «interpretación objetiva» entienden que la entidad del engaño debe tener en cuenta el modelo del hombre medio, es decir, la persona corriente que no es experta ni especialista en la materia sobre la que se ha producido el engaño. Por el contrario, los partidarios de la «interpretación subjetiva» consideran que el engaño debe calibrarse en función de las circunstancias de la víctima: así, si se trata de un especialista en la materia, se exigiría un nivel de engaño muy superior al que sería exigible tratándose de una persona no experta, porque se parte de la base de que si alguien es un experto, puede detectar más fácilmente la trampa y es más difícil el engaño. Estas diferencias no son solo teóricas, sino que tienen importantes repercusiones prácticas: pueden suponer que unos mismos hechos (por ejemplo, la venta de un cuadro supuestamente de un artista famoso pero que resulta ser una falsificación) sean sancionados o que no lo sean (y, por lo tanto, que el acusado vaya a prisión o no), en función de la interpretación adoptada. En esencia, se trata de que un mismo precepto puede expresar normas distintas y ofrecer soluciones incompatibles a un mismo caso.

Otro ejemplo, bastante común, de la importancia de la interpretación, es el que se produce en muchos de los casos en los que el Tribunal Constitucional examina la constitu-

cionalidad de algún precepto legal (o norma con rango de ley, para ser más estrictos). Salvo algunas excepciones, normalmente el precepto impugnado (un artículo de una ley, por ejemplo) no es ni claramente inconstitucional ni claramente constitucional, sino que dependerá de cómo se interpreten los preceptos constitucionales y de cómo se interpreten los preceptos legales que se impugnan. Por eso, puede ocurrir que un precepto legal se entienda como contrario a la Constitución si se interpreta de cierto modo, mientras que no se considere inconstitucional bajo otra interpretación. Sea como fuere, lo más destacable es que en ningún caso lo que se discute es cuáles son las palabras del legislador o del constituyente, sino el significado de dichas palabras.

Utilizando un ejemplo relativamente reciente, algunos juristas pusieron en duda que la reforma del Código Civil que introdujo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo fuera compatible con el artículo 32.1 de la Constitución, que establece literalmente: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Esta expresión admite, al menos, dos posibilidades de interpretación: que el hombre y la mujer tienen derecho a casarse entre sí (es decir, un hombre con una mujer) con plena igualdad de derechos y obligaciones, o que tanto los hombres como las mujeres tienen derecho a casarse (sin especificar con quién, ya que esto lo determinará la regulación legal), y que han de poder hacerlo con plena igualdad de derechos y deberes. Bajo la primera interpretación, la regulación legal sería inconstitucional, mientras que no lo sería bajo la segunda interpretación. Esta cuestión fue resuelta por el TC en la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, que se decantó por la constitucionalidad del matrimonio entre las personas del mismo sexo.

Teniendo esto en cuenta, es fácil ver por qué un filósofo del Derecho tan destacado como Hans Kelsen (1881-1973), cuando escribe sobre la interpretación del derecho en la *Teoría general del derecho y del Estado* (1945), cita el siguiente pasaje del obispo Hoadly (1717):

«Whoever hath an absolute authority to interpret any given or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them» («Quien tiene una total autoridad para interpretar cualesquiera leyes orales o escritas es quien verdaderamente es el legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que en primer lugar las escribió o pronunció»).

2.1. Problemas del lenguaje: vaguedad, ambigüedad y carga emotiva

La mayor parte de los problemas o dificultades a la hora de determinar el significado de las expresiones lingüísticas tienen que ver con determinadas características de los propios lenguajes naturales (entendiendo aquí «lenguajes naturales» en contraposición a los «lenguajes artificiales», como los de las matemáticas, la lógica o los lenguajes de programación informática).

Usualmente, se utilizan los lenguajes naturales, como el castellano, el inglés o el francés, por ejemplo, para comunicarse y argumentar. Normalmente, estos lenguajes cumplen sus funciones de manera satisfactoria, pero hay que señalar también que se ven aquejados por ciertos problemas que pueden dar lugar a algunas dificultades, lo que impide saber con exactitud o seguridad cuál es el significado de ciertas expresiones. Tales problemas no responden a un conocimiento deficiente del lenguaje, sino a determinadas características del lenguaje mismo. Entre estas, se pueden destacar las siguientes: la **vaguedad**, la **ambigüedad** y la **carga emotiva**.

2.1.1. La vaguedad

La vaguedad es una característica de los conceptos, esto es, del significado de las palabras, y no de las propias palabras en tanto que expresiones o enunciados lingüísticos.

Consiste, en síntesis, en la relativa indeterminación de los límites de un concepto (la *connotación* del término), que impide determinar con precisión si un objeto cae dentro o fuera de su *denotación*.

La denotación de un término es el conjunto de objetos designados por el término (por ejemplo, la denotación de *silla* sería el conjunto de todas las sillas, esto es, de todos los objetos que son calificables como «silla»). Por su parte, la connotación de *silla* estaría formada por el conjunto de propiedades que hace que cierto objeto sea calificable como «silla»: entre otras, que sea un objeto apto para sentarse, que esté pensado para una sola persona, etc.

Los nombres propios designan un único objeto y, por tanto, carecen de vaguedad, puesto que no se plantean dudas acerca de si la expresión se aplica o no a un determinado objeto. Pero la situación es distinta en los nombres de clase, que designan conjuntos de objetos definidos por ciertas propiedades (como «silla»). Algunos filósofos del lenguaje han destacado que, junto al **núcleo de certeza** de un concepto, existe también una **zona de penumbra**, en la que surgen dudas acerca de la aplicación o no de dicho concepto a un objeto determinado.

Por ejemplo, así como no se tendrían dudas acerca de calificar a Pau Gasol como «alto», ni tampoco se dudaría en excluir de la tal denotación a un varón que mide 1,50 metros (son casos del núcleo de certeza), en otros casos se pueden tener dudas. ¿Es «alto» un varón que mide 1,75 metros? ¿Cuántos cabellos hay que tener para no ser «calvo»? ¿Cuándo deja una persona de ser «joven»? ¿Puede calificarse como «roja» una tonalidad rojiza que tiende hacia el anaranjado o hacia el púrpura? ¿Cuántos granos de arena son necesarios para formar un «montón»? ¿Sería una «silla» el tronco de un árbol en el bosque con el tamaño, altura y forma adecuados para que una persona pueda sentarse cómodamente?

En algunos casos, la vaguedad es especialmente intensa, hasta el punto de que la discusión o controversia acerca del significado es central y forma parte del mismo significado del término, por ejemplo, en expresiones como *bueno*, *perfecto*, *justo*, etc. A estas situaciones se las suele denominar **conceptos esencialmente controvertidos**. En el contexto jurídico existen los llamados *conceptos jurídicos indeterminados*, como *razonable*, *interés público*, *fuerza mayor*, *buen padre de familia*, *justiprecio*, etc., en los que el nivel de vaguedad es especialmente destacable, con las consecuencias que ello conlleva para la interpretación.

Es posible tratar de limitar la vaguedad mediante definiciones que ofrezcan un mayor rigor y exactitud en la determinación de los significados. De hecho, esa es la estrategia habitual en el ámbito de los lenguajes técnicos, como el jurídico. Los conceptos jurídicos, elaborados por la propia legislación, la jurisprudencia o la doctrina de los juristas, son, por lo general, mucho más precisos que los que se usan en el lenguaje corriente. Sin embargo, la vaguedad no es nunca totalmente suprimible, ya que, al menos teóricamente, siempre

pueden surgir nuevas situaciones o casos que vuelvan a plantear dudas sobre su inclusión o no en el ámbito de un determinado concepto. Esta vaguedad potencial (e indeleble) de los conceptos es lo que se conoce como «**textura abierta del lenguaje**».

Siguiendo un ejemplo usado por el filósofo argentino Genaro R. Carrió, ¿se calificaría como «gato» a un animal con forma de gato pero que midiera 1,80 metros y pudiera hablar? El ejemplo puede parecer muy forzado o fantástico, pero eso no debe hacer perder de vista que siempre es posible que surjan situaciones que de nuevo vuelvan a plantear el problema de la vaguedad. Por ejemplo, la palabra *libro*, según el diccionario, significa «Conjunto de muchas hojas de papel u otro material semejante que, encuadernadas, forman un volumen». La definición parece clara, pero los avances tecnológicos provocan la aparición de nuevas situaciones (por ejemplo, los «libros electrónicos») en las que se plantean dudas acerca de si pueden o no calificarse adecuadamente como «libros». O pensemos por ejemplo en los «cigarrillos electrónicos». ¿Hasta qué punto son «cigarrillos»? ¿Está realmente «fumando» quien hace uso de estos artilugios?

2.1.2. La ambigüedad

A diferencia de la vaguedad, la **ambigüedad** es un problema que afecta a las palabras o expresiones lingüísticas, y no a los conceptos. Consiste en que un mismo enunciado (palabra u oración) es susceptible de expresar varios significados distintos e incompatibles.

Es posible diferenciar entre distintos tipos o categorías de ambigüedad. Una primera división básica sería la que diferencia entre la **ambigüedad extracontextual** y la **ambigüedad contextual**.

- La **ambigüedad extracontextual** es la que se produce cuando una determinada expresión tiene diferentes significados al margen de cualquier contexto (en el sentido de que el contexto en el que dicha expresión se inserta determina de manera unívoca el significado).

Este es el caso de la simple polisemia o de las palabras homónimas. Muchas palabras, como *cara*, *gato*, *luna*, *banco*, etc., son ambiguas en este sentido. Así, la palabra *cara* puede significar tanto 'rostro' o 'faz' como 'cada una de las superficies de un objeto' (por ejemplo, cuando se habla de las caras de una moneda). Pero desde el momento en el que la palabra se inserta en un determinado contexto, resulta claro cuál es el significado de la expresión. Si alguien pregunta: «¿Te has lavado la cara?», se sabrá que se está refiriendo al rostro; si se dice «Voy a dar de comer al gato», difícilmente alguien pensará en un gato hidráulico; o si alguien comenta «Acabo de hacer un ingreso en el banco», se sabrá que se refiere a una entidad de crédito y no a un objeto de la vía pública para sentarse.

- La **ambigüedad contextual**, por su parte, es la que se produce cuando una determinada expresión tiene diferentes significados, incluso dentro de un contexto dado. Este tipo de situaciones suele darse cuando los distintos significados están relacionados entre sí, o por razones sintácticas (ambigüedad sintáctica), y, como es fácil suponer, plantean muchas más dificultades que la ambigüedad extracontextual, pues el contexto no permite determinar con claridad cuál es el significado de entre todos los posibles.

Así, por ejemplo, una expresión como «el gato está en el garaje» no nos permite saber a ciencia cierta si se está refiriendo a un pequeño felino o a un elevador hidráulico.

A su vez, una palabra o expresión puede ser ambigua dentro de un contexto, ya sea de manera alternativa (**ambigüedad contextual alternativa**, de modo que o bien tiene el significado *a* o bien tiene el significado *b*, pero solo uno de ellos), ya sea de manera simultánea (**ambigüedad contextual simultánea o acumulativa**, en la que la expresión tiene distintos significados en un mismo contexto y al mismo tiempo).

Un caso habitual de ambigüedad contextual alternativa es el de la **ambigüedad sintáctica**, en la que los distintos significados posibles responden a la estructura sintáctica de la expresión, que permite ser entendida de maneras distintas (por ejemplo, en las oraciones de relativo).

El enunciado «A la fiesta acudieron hombres y mujeres elegantes» puede entenderse como que a la fiesta acudieron, por una parte, hombres, y, por otra, mujeres elegantes, o que tanto los hombres como las mujeres que acudieron a la fiesta eran elegantes. O, poniendo otro ejemplo, si se afirma «He vendido los libros y los discos que me regalaron», es posible entender que he vendido tanto los libros como los discos que me regalaron o que he vendido los libros, por un lado, y los discos que me regalaron, por otro.

En el ámbito jurídico, en ocasiones también se plantean problemas de ambigüedad sintáctica. En relación con el régimen económico matrimonial de gananciales, el artículo 1346.7 del Código Civil establece: «Son privativos de cada uno de los cónyuges: [...] 7. Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor». ¿El «extraordinario valor» se refiere tan solo a los objetos de uso personal o también incluye las ropas? ¿Sería o no privativo un caro abrigo de pieles?

Pero no todos los casos de ambigüedad contextual alternativa son casos de ambigüedad sintáctica. Una expresión como «A y B están casados» también es ambigua: puede interpretarse como que A y B están casados entre sí, o como que A y B son personas casadas (A con C y B con D, por ejemplo). Otro supuesto habitual es el de la ambigüedad proceso-producto: una misma expresión puede referirse a una actividad o al resultado de dicha actividad. Ese es el caso, por ejemplo, de la propia palabra *interpretación*: puede referirse a la actividad de determinar el significado de una expresión lingüística o al resultado de esa actividad (los significados propiamente dichos).

Por último, también pueden darse casos de **ambigüedad contextual simultánea**, en los que la pluralidad de significados se manifiesta al mismo tiempo. A diferencia de los casos anteriores que se han visto, este tipo de ambigüedad suele ser buscada expresamente, y es propia del lenguaje del «doble sentido» o de contextos humorísticos.

Cierta publicación periodística tiene el siguiente eslogan: «El primer diario que no se vende». Con ello se refiere, simultáneamente, a dos cosas: que se trata de una publicación gratuita, por la que no hay que pagar, y que además es una publicación independiente, que no está al servicio de ciertos intereses políticos y económicos («no se vende» en ese sentido, a diferencia de lo que —supuestamente— harían los demás).

2.1.3. La carga emotiva

Resulta bastante habitual encontrar expresiones que, junto a su significado descriptivo, cuentan también con una dimensión evaluativa o valorativa, que puede ser positiva o negativa, y que resulta inseparable del significado de la expresión. Esta dimensión valorativa es lo que se denomina *carga emotiva*.

Por ejemplo, decir que alguien es «perseverante» no es lo mismo que afirmar que es «obstinado», pues la primera expresión suele implicar una valoración positiva, al contrario que la segunda, pese a que en ambos casos se refiere a una persona que mantiene su punto de vista o sus convicciones o propósitos a pesar de las circunstancias o argumentos en contra. De modo similar, no es igual calificar a alguien como «intuitivo» o «espontáneo» que como «irreflexivo» o «irracional», a pesar de que, desde un punto de vista descriptivo, se está afirmando básicamente lo mismo (persona que no guía su comportamiento conforme a la reflexión racional).

Conviene ser conscientes del impacto de la carga emotiva del lenguaje, y estar en guardia porque suele ser una fuente de falacias argumentativas. Así, cuando se pretende defender o promocionar algo, se tiende a hacer uso de expresiones con una fuerte carga emotiva positiva, mientras que ocurre lo contrario cuando se trata de atacar o desprestigiar una posición, decisión, punto de vista, teoría, etc. Basta con imaginar la gran diferencia de que, en el contexto de una discusión acerca de a quién contratar para un puesto de trabajo de entre los distintos candidatos, alguien califique a un aspirante como «intuitivo y perseverante» en lugar de «irreflexivo y obstinado».

Un caso curioso de carga emotiva es el que acompaña a la noción de «democracia». Hoy en día es innegable que esta palabra cuenta con una fortísima carga emotiva positiva, hasta el punto de que muchos dirigentes políticos de regímenes que difícilmente podrían calificarse como «democráticos» (no satisfacen la regla de la mayoría, los derechos individuales y políticos básicos, la separación de poderes, la supremacía de la ley, etc.) se esfuerzan en presentarlos de este modo, para así obtener la legitimidad y el prestigio asociados a ella. Históricamente, no obstante, las cosas eran muy distintas, ya que durante siglos la democracia se concibió como un ejemplo de mal sistema político (así ocurre, por ejemplo, en el pensamiento de Platón, para quien ocupa el penúltimo lugar, tan solo por delante de la tiranía; o en el de Aristóteles, para quien era una forma degenerada de la república) y, por lo tanto, calificar un sistema político como «democrático» era criticarlo y desprestigiarlo. Durante la revolución estadounidense, los críticos afirmaban que el nuevo modelo propuesto era una «democracia», y frente a ello sus partidarios se defendían sosteniendo que no se trataba de una democracia, sino de algo mucho mejor que una democracia. Con el paso del tiempo, han resultado obvios los cambios producidos en este punto.

2.2. Tipos de interpretación jurídica

En el ámbito de la interpretación jurídica, una vez vistas las cuestiones generales anteriores, es posible realizar varias clasificaciones. Únicamente se centrará la atención en dos de ellas: por un lado, la que tiene en cuenta quién es el sujeto que lleva a cabo la interpretación y, por otro lado, la que tiene en cuenta la técnica interpretativa utilizada.

2.2.1. Tipos de interpretación en función del intérprete

Es habitual atribuir un nombre o denominación distinta a la interpretación realizada de un precepto normativo en función de quién es el intérprete que la lleva a cabo. En este sentido, las categorías más habituales son las siguientes: *interpretación auténtica*, *interpretación oficial*, *interpretación judicial*, *interpretación doctrinal* e *interpretación operativa o estratégica*:

- La **interpretación auténtica** es aquella que lleva a cabo la misma autoridad que ha dictado la disposición normativa que es objeto de interpretación (por ejemplo, cuando el legislador dicta una ley interpretativa de otra ley).
- La **interpretación oficial** es la llevada a cabo por una autoridad pública (órganos del Estado, en sentido amplio) en el ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, es el caso de las circulares dictadas por la Dirección General de Tributos acerca de cómo interpretar ciertos preceptos de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Para diferenciarla de la interpretación auténtica, la interpretación oficial suele restringirse a los casos en los que el intérprete no es el mismo órgano que dictó la disposición interpretada.
- La **interpretación judicial**, como su propio nombre sugiere, es la realizada por los órganos jurisdiccionales en su actividad de aplicación del Derecho. Esta es, posiblemente, la de mayor relevancia de cara a la determinación de la respuesta del caso planteado (al menos ello es así en los casos decididos en sede judicial).
- La **interpretación doctrinal** es aquella realizada por los juristas en su actividad teórica de descripción y sistematización del Derecho (por ejemplo, mediante libros y artículos jurídicos). La relevancia e impacto de este tipo de interpretación depende del prestigio del autor y de las razones ofrecidas en apoyo de las interpretaciones propuestas.
- La **interpretación operativa o estratégica** es la utilizada por los abogados o asesores jurídicos de las partes, y obviamente está guiada fundamentalmente por los intereses de la parte que defiende, aunque ello no significa que no puedan ofrecer razones sólidas en apoyo de las interpretaciones propuestas.

2.2.2. Tipos de interpretación en función de las técnicas interpretativas

Al menos en teoría, el intérprete no realiza su tarea del modo que libremente le apetezca, sin seguir guía o pauta alguna, sino que se ajusta a cierto tipo de técnicas, esquemas argumentativos o conjuntos de reglas que gozan de una larga tradición jurídica y que, al menos en principio, limitan el conjunto de interpretaciones posibles o admisibles.

Incluso el propio Derecho positivo se refiere a los criterios o técnicas interpretativas, como ocurre, en el caso español, con el artículo 3.1 del Código Civil, que establece:

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Este precepto enumera un conjunto de criterios o técnicas interpretativas (las que se conocen como interpretación literal, sistemática, histórica, etc.), pero ni mucho menos resuelve los problemas o las dificultades que se plantean en sede interpretativa. Se siguen planteando muchos interrogantes, fundamentalmente por el hecho de que el propio artículo 3.1 es, a su vez, una disposición normativa, susceptible de ser interpretada de varios modos: ¿es la interpretación literal un límite absoluto o son admisibles interpretaciones que sobrepasen las fronteras de sus significados lingüísticos?, ¿debe entenderse que la enumeración es exhaustiva o son admisibles también otras técnicas no enumeradas?, ¿se plantea una relación jerárquica entre ellas o todas las técnicas están en un mismo nivel? Y si es ese el caso, ¿qué ocurre si los resultados de aplicar distintas técnicas interpretativas son incompatibles?, ¿qué interpretación es la que debería ser elegida?

Según el profesor genovés Riccardo Guastini, es posible trazar una primera gran división entre las técnicas interpretativas, diferenciando entre la **interpretación literal**, por una parte, y la **interpretación correctora**, por otra. Esta clasificación, como apunta el autor, es conjuntamente exhaustiva (toda interpretación es o bien literal o bien correctora, sin que quepa ninguna otra posibilidad) y mutuamente excluyente (si una interpretación es literal, entonces no es correctora, y viceversa). No obstante, las categorías son algo imprecisas porque la propia naturaleza del lenguaje (vaguedad, ambigüedad, etc.) implica que no es posible trazar una frontera clara entre aquello que es una interpretación literal y aquello que es ya una interpretación correctora.

La **interpretación literal** (o declarativa) sería aquella que se ajusta al significado lingüístico de la expresión interpretada, según la práctica habitual de la comunidad lingüística de la que se trate (en este caso, la comunidad de los juristas).

Sería, por tanto, aquella interpretación que «se ajusta a las palabras» del legislador a la hora de atribuir un significado a la disposición normativa, tal y como estas se entienden en un contexto jurídico, o, en palabras del artículo 3.1 del Código Civil, la interpretación que se realiza «según el sentido propio de sus palabras».

En contraste, la **interpretación correctora** sería aquella que se aparta de la interpretación literal (dicho de otro modo, la que atribuye un significado distinto del que resulta de las estrictas palabras del legislador o autoridad normativa).

A su vez, la interpretación correctora puede ser o bien extensiva, o bien restrictiva. Una interpretación **correctora extensiva**, como su nombre sugiere, es la que «extiende» o amplía el ámbito de aplicación de la norma y la hace aplicable a casos que, de acuerdo con una interpretación literal, quedarían excluidos de su ámbito de aplicación.

Un ejemplo hipotético de interpretación correctora extensiva sería que frente a la disposición «Prohibido el acceso de vehículos de motor al parque» un intérprete sostuviera, mediante algún argumento (como, por ejemplo, que la finalidad de la norma es garantizar la tranquilidad y la seguridad en el parque), que debe entenderse que tampoco pueden acceder a él las bicicletas. El sentido literal de «vehículos de motor», tanto en el lenguaje común como en el ámbito jurídico, excluye las bicicletas, por lo que según una interpretación literal, las bicicletas no se verían afectadas por la prohibición. No obstante, mediante la interpretación ofrecida se amplía el ámbito de aplicación, lo que afecta a un supuesto (las bicicletas), que de otro modo quedaría excluido.

En contraste, la interpretación **correctora restrictiva** es la que restringe o limita el ámbito de aplicación de la norma en comparación con una interpretación literal. Ello supone, por lo tanto, que supuestos que en principio quedarían afectados por la norma resultan, gracias a la interpretación propuesta, excluidos de su ámbito de aplicación.

Si se supone ahora que una disposición establece «Prohibida la entrada de perros en el parque», pero algún intérprete sugiere (o impone, si se trata de una autoridad, como un juez) que esta disposición debe interpretarse de manera que excluye a los perros que vayan convenientemente atados con una correa y provistos de bozal, algunos casos que quedarían incluidos en el ámbito de aplicación de la norma según una interpretación literal (la clase «perros provistos de correa y bozal» está claramente incluida en la clase «perros») son excluidos, por vía interpretativa, de su ámbito de aplicación.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que cuando se habla de interpretación literal, no necesariamente se está afirmando que exista siempre una *única* interpretación literal. Los problemas del lenguaje que conocemos (vaguedad y textura abierta, ambigüedad, carga emotiva) provocan que en no pocas oca-

siones sea posible atribuir distintos significados a un mismo texto sin salir de su literalidad. Por esa razón, algunas de las técnicas interpretativas que se verán a continuación pueden ser usadas precisamente para elegir o privilegiar una determinada interpretación de entre las diferentes interpretaciones literales posibles. Es decir, no necesariamente estas técnicas han de verse como mecanismos para justificar o proponer interpretaciones correctoras.

Siguiendo en la misma línea, normalmente cada una de estas distintas técnicas no está necesaria o conceptualmente ligada a un tipo concreto de interpretación, sino que pueden ser usadas, según las circunstancias, o bien para justificar interpretaciones de distinto tipo (correctora extensiva, correctora restrictiva), o bien para elegir entre distintas posibilidades de interpretación literal. Además, algunas técnicas, más que ir dirigidas a ofrecer una interpretación de la disposición normativa, son más bien instrumentos argumentativos para evitar o resolver problemas del sistema, como lagunas o contradicciones normativas.

Finalmente, conviene destacar que, en no pocas ocasiones, el uso de distintas técnicas interpretativas puede dar lugar a diferentes interpretaciones incompatibles y, en estos casos, normalmente, no existe una clara ordenación o jerarquía entre las distintas técnicas.

A continuación, se verán brevemente y de manera individualizada algunas de las técnicas interpretativas más habituales:

- El argumento sistemático.
- El argumento histórico.
- El argumento teleológico.
- El argumento psicológico.
- El argumento sociológico.
- El argumento apagógico o reducción al absurdo.
- El argumento *a fortiori*.
- El argumento analógico.
- El argumento *a contrario sensu*.

Como se comprobará, aunque se trata de categorías fácilmente distinguibles desde el punto de vista conceptual o teórico, a la hora de aplicarlas su distinción no es sencilla en muchos casos, por lo que es posible que un mismo argumento o razonamiento pueda entenderse como una aplicación de más de una de estas técnicas.

El argumento sistemático

Bajo este rótulo se aglutinan varias técnicas de interpretación que tienen en común la idea de que una disposición normativa no debe interpretarse aisladamente, sino en relación o conexión con otras disposiciones, ya que el derecho es un «sistema» (se asimila este concepto a la idea de un conjunto ordenado de elementos al que se suelen atribuir las propiedades de coherencia y completitud). Por lo tanto, a la hora de determinar o atribuir un significado, debe tenerse en cuenta lo que establecen otros elementos del sistema.

Pueden diferenciarse al menos dos modalidades distintas del «argumento sistemático»: el **argumento *a cohaerentia*** y el **argumento *sedes materiae***.

- El argumento o razonamiento *a cohaerentia* establece que una disposición normativa debe interpretarse de modo que resulte coherente (es decir, no contradictoria) con otras normas jurídicas del sistema (o, más exactamente, con las interpretaciones de otras disposiciones normativas de la autoridad). Por esa razón, frente a varios significados posibles, donde uno o varios de ellos son contradictorios con otros preceptos, mientras que otro u otros no lo son, debe optarse por la interpretación que no resulte contradictoria. Se trata, al menos en la mayoría de las ocasiones, de una interpretación correctora, pues a partir de una interpretación literal se llegaría a una contradicción.

Si se supone que se cuenta con dos disposiciones, denominadas D₁ y D₂, y D₁ establece: «Se prohíbe fumar en la totalidad de las instalaciones deportivas», mientras que D₂ dispone textualmente: «Está permitido fumar en los bares y restaurantes de las instalaciones deportivas, siempre que tengan una superficie mínima de cien metros cuadrados y zonas físicamente separadas para fumadores y no fumadores», de acuerdo con una interpretación literal de los preceptos, se produciría una antinomia o contradicción normativa, ya que en los bares y restaurantes de las zonas deportivas (que cumplan ciertas condiciones) fumar estaría simultáneamente prohibido y permitido, en función de la norma considerada. En virtud de una interpretación *a cohaerentia*, podría sostenerse que D₁ debe interpretarse como que se prohíbe fumar en las instalaciones deportivas, «a excepción» de los bares y restaurantes que cumplan los requisitos establecidos por D₂. De ese modo, al entender que un precepto es una excepción a otra norma general, se preserva la coherencia del sistema.

Un ejemplo o manifestación especialmente relevante de argumento *a cohaerentia* es el de la llamada **interpretación conforme**. Como sabemos, en los sistemas constitucionales actuales, las normas constitucionales tienen un rango superior al de las normas legales (normas con rango de ley), por lo que una condición para la validez de las normas legales es que no resulten incompatibles con la Constitución. En algunas ocasiones, se plantea la duda de si cierto precepto legal resulta o no inconstitucional, y puede ocurrir que, interpretado de cierto modo, resulte compatible con la Constitución, mientras que no lo sea bajo otra interpretación (no se debería olvidar, sin embargo, que la constitucionalidad o la inconstitucionalidad no dependerá únicamente de cómo se interprete el precepto legal, sino también de cómo se interpreten los preceptos constitucionales). En situa-

ciones de ese tipo, lo que se hace es elegir aquella interpretación que resulta compatible con la Constitución, esto es, se realiza una interpretación conforme a la Constitución.

En muchos de los supuestos que llegan al Tribunal Constitucional para el examen de la constitucionalidad de uno o varios preceptos legales, este opta, siempre que sea posible, por dictar una **sentencia interpretativa**, en la que establece que el precepto en cuestión es compatible con la Constitución, siempre que sea interpretado de cierto modo. Esto supone, en virtud de la posición que ocupa este Tribunal en el esquema institucional, que el resto de órganos jurídicos deberá utilizar esa interpretación del precepto o, al menos, evitar la interpretación o interpretaciones que el Tribunal ha considerado contrarias a la Constitución.

- El argumento *sedes materiae* consiste en sostener que, a la hora de interpretar una disposición, debe tenerse en cuenta el contexto o marco normativo en el que esta se encuentra. Dicho «contexto normativo» puede resultar muy variable, de modo que puede ser muy limitado (por ejemplo, la sección concreta del capítulo concreto de la ley en el que se encuentra el precepto) o considerablemente amplio (por ejemplo, la rama del ordenamiento del que se trate).

Un ejemplo sería el de los diferentes significados de *funcionario público*, según la rama del ordenamiento jurídico que se esté considerando. El concepto es originario del Derecho administrativo y hace referencia a un estatuto jurídico muy determinado y rigurosamente regulado de ciertos trabajadores públicos. En cambio, en el ámbito del Derecho penal, el concepto de *funcionario público* es distinto (y mucho más amplio), ya que no se limita a los individuos que ostenten la condición jurídica formal de «funcionario» según las normas del derecho administrativo, sino que, según el artículo 24.2 del CP, alcanza a cualquier persona (funcionario en sentido administrativo, trabajador público con régimen laboral, cargos electos, etc.) que «ejerza funciones públicas». Por esa razón, cuando la ley penal hace referencia a delitos cometidos por «funcionarios», se entiende que ese concepto no se limita a los funcionarios en sentido formal administrativo.

El argumento histórico

El llamado **argumento histórico** es un esquema de razonamiento según el cual las disposiciones jurídicas han de interpretarse de acuerdo con la tradición jurídica, esto es, conforme a cómo se han entendido históricamente los distintos conceptos e instituciones jurídicas.

Se trata, por lo tanto, de un argumento de tipo conservador que intenta mantener la continuidad de la tradición jurídica a la hora de interpretar los preceptos normativos. En este sentido, se puede oponer al «argumento sociológico», que se verá más adelante, y que sostiene que la interpretación debe guiarse según el contexto social y los cambios sociales y culturales propios del momento en el que el precepto debe aplicarse. Este tipo de argumento también estaría en la base del recurso al precedente o a la jurisprudencia como criterio para determinar la interpretación (se interpretan los preceptos tal y como se ha venido haciendo tradicionalmente por la jurisprudencia en decisiones anteriores).

Utilizando nuevamente un ejemplo que apareció con anterioridad, el del artículo 32.1 de la Constitución sobre el matrimonio, parece bastante evidente que la interpretación tradicional de «matrimonio» es la que hace exclusiva referencia al matrimonio monogámico y heterosexual, por lo que, de acuerdo con esta tradición, cualquier otra forma de matrimonio quedaría excluida. De hecho, uno de los argumentos principales de los

sectores que se opusieron a la reforma legislativa que introdujo la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo era que esta unión no podía considerarse propiamente como un «matrimonio». Si el argumento se limita a indicar que esa no es la interpretación que tradicional o históricamente se ha hecho de matrimonio, entonces difícilmente puede negarse ese extremo, pero queda en pie la cuestión de por qué debería privilegiarse esta interpretación tradicional frente a otra más acorde con la evolución social y cultural de la comunidad.

Pero no necesariamente toda interpretación histórica conlleva una restricción de derechos o libertades: podría, por ejemplo, recurrirse al argumento histórico para sostener que determinadas limitaciones de derechos y libertades impuestas en nombre de la «lucha contra el terrorismo global» son inconstitucionales, ya que resultan incompatibles con lo que tradicionalmente se ha entendido que abarcan y protegen estos derechos y libertades (derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones, etc.).

En cualquier caso, este tipo de argumento interpretativo presenta importantes problemas. Por una parte, parece concebir la tradición jurídica como algo totalmente homogéneo, casi monolítico, cuando en la mayoría de las cuestiones existen y han existido históricamente controversias, distintas líneas jurisprudenciales o doctrinales, evoluciones, etc. Y, por otro lado, ¿hasta dónde ha de retrotraerse esta apelación a la tradición? ¿Es posible, por ejemplo, basarse en una tradición o en antecedentes propios del anterior régimen predemocrático para interpretar leyes aprobadas por un parlamento democrático? ¿Es posible incluso ir más allá y apelar al derecho romano?

El argumento teleológico

El **argumento teleológico** (del griego *télos*, «finalidad») consiste en atender al «espíritu», «finalidad», «objetivos», etc., de la ley a la hora de determinar el significado de sus disposiciones.

Puede considerarse que este es uno de los argumentos explícitamente reconocidos por el artículo 3.1 del Código Civil, que establece que la interpretación de las leyes se realizará «atendiendo fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquellas».

Se suele entender este «espíritu», «objetivo», «propósito» o «finalidad» en términos objetivos, esto es, como el propósito o la finalidad de la ley y no del legislador o autoridad concreta que dictó la disposición. Esto ya plantea un primer problema importante, que consiste en que, en sentido estricto, solo pueden atribuirse fines u objetivos a sujetos provistos de voluntad y no a objetos. Por esa razón, solo puede hablarse de la finalidad u objetivos de la ley en sentido metafórico, en una metáfora que, por otro lado, resulta bastante oscura.

Este tipo de argumento es uno de los que más claramente dan lugar a una interpretación correctora: usualmente, se recurre al argumento teleológico para interpretar una disposición en términos distintos a los que resultan de una

estricta interpretación literal, aduciendo que dicha interpretación correctora, a pesar de alejarse de su literalidad, se ajusta mejor al «espíritu» de la ley. Esta interpretación correctora puede ser restrictiva o extensiva, según los casos.

Por ejemplo, si se supone que existe una disposición que establece «No se admitirá la entrada de perros u otros animales domésticos en los restaurantes y demás recintos donde se sirvan comidas», y se toma en consideración el supuesto de una persona invidente que va guiada por un perro lazarillo, a partir de una interpretación literal, resulta claro que no podrá entrar con su perro en un restaurante, pues un perro lazarillo es claramente un perro (se subsume en el supuesto de hecho de la norma). Alguien podría sostener, no obstante, que el espíritu o la finalidad del precepto no es crear impedimentos o dificultades a los invidentes, sino tan solo ayudar a mejorar las condiciones sanitarias de los recintos donde se sirven comidas, por lo que existiría una excepción para el caso de los perros lazarillos. Dicha interpretación, que muchos considerarían razonable, se aparta del significado literal y establece una interpretación correctora restrictiva (excluye del campo de aplicación de la norma supuestos que estarían incluidos bajo una interpretación literal).

En otros casos, el resultado puede ser el contrario, el de una interpretación correctora extensiva. Ello ha sido así en un número bastante considerable de decisiones del Tribunal Constitucional relativas a requisitos formales exigidos por las leyes procesales. La tónica general en estas sentencias ha sido que una interpretación excesivamente rigurosa o estricta (es decir, literal) de los preceptos procesales relativos a cuestiones o requisitos formales para ejercitar acciones, interponer recursos, etc. (como los que establecen plazos o la documentación que hay que aportar) resulta incompatible con la finalidad de estas normas, destinadas a establecer mecanismos que permitan o faciliten la defensa o protección de derechos e intereses de las personas mediante el acceso a los tribunales.

El argumento psicológico

El **argumento psicológico** o de la voluntad del legislador consiste en intentar fundamentar la interpretación de la disposición en aquello que pretendía o entendía la autoridad concreta que la dictó.

Se opone así al argumento teleológico en la medida en que lo relevante aquí no es la «voluntad de la ley», entendida como algo objetivo y abstracto, sino la voluntad de la autoridad que la elaboró. Sería pues un intento de descubrir el contenido de una hipotética «interpretación auténtica» del texto.

Este argumento puede resultar persuasivo porque se presenta como el más respetuoso con el legislador, el que más se somete a su autoridad y el que menor margen de maniobra deja a la tarea «creativa» de los jueces y demás intérpretes. Con todo, presenta importantes problemas, tanto desde una perspectiva epistemológica (de conocimiento) como justificativa.

- Desde una perspectiva epistemológica, el mayor problema evidente es el de descubrir cuál es esta supuesta «voluntad del legislador». En ocasiones pueden resultar de utilidad algunos elementos, como los preámbulos o las exposiciones de motivos, los trabajos preparatorios (proyectos y anteproyectos) o las discusiones parlamentarias, pero en la mayoría de los casos, sobre todo si se trata de normas antiguas, es extremadamente difícil llegar a conocer esta «voluntad del legislador».

Por otra parte, este esquema de razonamiento concibe esta «voluntad» como algo unitario y perfectamente coherente, cuando en general las disposiciones jurídicas son la expresión de un proceso en el que participan mu-

chos individuos (órganos colegiados, como un parlamento o un consejo de ministros) que no tienen por qué interpretar del mismo modo el texto que se está aprobando.

En un parlamento, por ejemplo, las opiniones y voluntades de sus miembros pueden resultar muy dispares; no tienen por qué entender un mismo precepto de un mismo modo, y es posible que simplemente muchos de sus miembros actúen bajo la disciplina de voto de los partidos políticos, por lo que su voluntad u opinión individuales resultarán irrelevantes. Es más, no es infrecuente el caso en el que los distintos grupos parlamentarios se ponen de acuerdo precisamente en aprobar un determinado texto, que resulta lo suficientemente indeterminado o flexible como para permitir distintas interpretaciones, acordes con las respectivas orientaciones políticas. Un ejemplo paradigmático fue el consenso conseguido para la aprobación de la actual Constitución española de 1978.

- Además, este argumento resulta problemático desde la perspectiva de su justificación. Aun bajo la hipótesis de que esta «voluntad del legislador» fuera determinable y clara, se plantearía la cuestión de por qué debería optarse por una interpretación psicológica preferentemente a otras interpretaciones posibles.

En las últimas décadas, en Estados Unidos ha ido cobrando notable fuerza una corriente de pensamiento jurídico conocida como «originalismo» (*originalism*), que sostiene fundamentalmente que la Constitución estadounidense debe interpretarse de acuerdo con lo que pensaban sus autores, a finales del siglo XVIII. Partiendo de esa base, resulta claro que la prohibición constitucional de aplicar «penas crueles e inusuales» (octava enmienda) no excluye la pena de muerte, ya que a finales del siglo XVIII esta no era vista como una pena cruel, ni por supuesto inusual. También resulta clara la diferencia de criterio en temas como la esclavitud, la discriminación racial o el trato a la mujer. La cuestión clave es por qué considerar que las opiniones de estas personas deben prevalecer sobre otras consideraciones, lo que da lugar a una «tiranía de los muertos sobre los vivos» que difícilmente puede compatibilizarse con la democracia.

El argumento sociológico

El **argumento sociológico** es el que propone que la determinación o atribución de significado a las disposiciones normativas debe ir guiada fundamentalmente por la realidad social o el contexto histórico del momento en el que deben aplicarse las normas.

Es, por tanto, un criterio que aboga por una interpretación «dinámica» de los preceptos legales, que permite cambios en la interpretación para adecuarse al contexto, las circunstancias o las exigencias sociales y culturales cambiantes.

En este sentido, se opondría al argumento histórico y al psicológico, partidarios de la estabilidad en la interpretación y de la preeminencia de la tradición o el pasado. La mayoría de los autores entiende, por otra parte, que este criterio aparece recogido en el artículo 3.1 del Código Civil, cuando hace referencia a «la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas.

Este esquema argumentativo puede dar lugar tanto a interpretaciones extensivas como restrictivas, según los casos (o, simplemente, a interpretaciones distintas que incluyan supuestos que antes quedaban excluidos y excluyan situaciones que antes quedaban incluidas). Como ejemplo de la primera posi-

bilidad, se puede hacer referencia al caso, que ya apareció anteriormente, del artículo 32 de la Constitución, relativo al matrimonio. Si se basara en una interpretación histórica o en una supuesta «voluntad del legislador» (argumento psicológico), muy probablemente se concluiría que el precepto, cuando dice que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio», se refiere exclusivamente al matrimonio monogámico heterosexual. En un contexto social y cultural como el actual, con los cambios que ha sufrido la sociedad en las últimas décadas, no existe razón para entender que el artículo 32 deba interpretarse como que excluye los matrimonios homosexuales. Y siguiendo con el mismo esquema, en un hipotético futuro los cambios sociales podrían conducir a que dejara de tener sentido la concepción del matrimonio como una figura estrictamente monogámica. En cualquier caso, una interpretación sociológica da lugar a una ampliación de los supuestos que quedan cubiertos por la disposición (matrimonios homosexuales), en comparación con otro tipo de interpretación más «conservadora».

En contraste un posible ejemplo de la interpretación restrictiva podría ser el de la interpretación de términos como *pornográfico* u *obsceno* (recogidos en los arts. 185 y 186 del Código Penal), que con toda probabilidad sería más restringida que en décadas anteriores (por ejemplo, en relación con actos públicos de afecto entre personas homosexuales, que hace unos años serían calificados como obscenos).

El argumento apagógico

El **argumento apagógico**, también conocido como «reducción al absurdo», tiene como una de sus características más destacadas el hecho de ser un argumento negativo o indirecto: en lugar de ofrecer razones o apoyos directos a favor de una determinada tesis (una interpretación determinada de una disposición normativa, en este caso), se muestra que otra tesis distinta o incompatible es rechazable por dar lugar a consecuencias o resultados «absurdos». De ese modo, al rechazar una tesis o punto de vista contrario, se apoya indirectamente la tesis o punto de vista propio.

Originalmente, se trata de un mecanismo que se utiliza en el ámbito de la lógica para comprobar la corrección formal (validez lógica) de un razonamiento deductivo. En el ámbito de la interpretación jurídica, no obstante, se utiliza una noción de «absurdo» mucho más laxa, que no se limita exclusivamente a la inconsistencia o contradicción lógica. Una interpretación puede resultar «absurda», entre otros motivos, porque dé como resultado una norma incompatible con otra norma de rango superior o sea considerada como injusta, irrealizable o irracional desde el punto de vista económico, etc. En tal caso, ese resultado se manifiesta como una razón para rechazar esa posibilidad interpretativa, e indirectamente para aceptar la propuesta alternativa respaldada por el intérprete.

La mayoría de los países cuentan con una o varias figuras penales relacionadas con el histórico concepto de *lesa majestad*, ya acuñado por el Derecho romano, y que en términos más modernos suele denominarse *alta traición* o *rebelión*. Se trata de comportamientos

que ponen en serio peligro la propia supervivencia del Estado y de su orden constitucional, y que llevan aparejadas condenas muy severas (tradicionalmente, la pena de muerte o la cadena perpetua). En su configuración actual en los países democráticos, para poder apreciar este delito suele exigirse que haya existido violencia. Ahora bien, la *violencia* es un concepto que permite una gran gradación, porque esta puede ejercerse en distintos niveles de intensidad, desde por ejemplo el simple corte de una calle o la quema de un contenedor, hasta el uso de armamento militar en una insurrección armada (como suele ocurrir en los golpes militares). La determinación del nivel de violencia exigida es por tanto un asunto de gran importancia, porque puede determinar si unos mismos hechos pueden considerarse o no como un delito de alta traición.

Una posibilidad sería interpretar el concepto de *violencia* exigiendo un nivel de coacción o de fuerza física tal que sea capaz de «doblegar al Estado», es decir, de superar la capacidad de este para neutralizar o contrarrestar la insurrección. Pero es fácil ver que esta interpretación no resultaría adecuada, pues si se entendiera de ese modo, se llegaría a la conclusión de que la norma resulta conceptualmente inaplicable, lo que es absurdo desde el punto de vista jurídico (no tiene sentido dictar normas que sean inaplicables en cualquier circunstancia). En efecto, si se exige un nivel de violencia tan alto como para doblegar al Estado, por definición todos los intentos de golpe de Estado que no triunfen no cumplirán esa condición, ya que no han sido capaces de doblegar al Estado, como demuestra su fracaso. Y si la violencia utilizada ha sido lo bastante intensa como para doblegar al Estado, significará que el golpe ha triunfado, con lo que se producirá un cambio de régimen constitucional y no se aplicará la sanción penal (en todo caso el nuevo régimen castigaría como «traidores» a quienes se hubieran mantenido fieles a la legalidad vigente, como ocurrió tras la victoria de Franco respecto de quienes se habían mantenido fieles a la legalidad republicana). Es decir, pase lo que pase, no sería posible aplicar el delito de alta traición, lo que muestra que la interpretación es rechazable por absurda.

Como es fácil detectar, pero de todas maneras conviene también destacar, el argumento apagógico resulta bastante débil si es el único que se utiliza en apoyo de la interpretación propuesta, ya que no ofrece argumento alguno a favor de esta, sino tan solo en contra de otra alternativa posible. Por ello, es siempre aconsejable que vaya acompañado de algún otro argumento o técnica interpretativa que ofrezca un apoyo directo a la propuesta planteada.

El argumento *a fortiori*

Estrictamente hablando, el argumento o razonamiento *a fortiori* no es una técnica interpretativa, sino más bien un mecanismo para dar respuesta a un supuesto de laguna normativa (ausencia de norma expresa aplicable al caso al que el juez o aplicador debe dar respuesta). El presupuesto, pues, es hallarse frente a un supuesto para el que no existe ningún precepto que (al menos de manera explícita) determine la respuesta del caso. Sería, en términos de la clasificación de MacCormick, un problema de relevancia o determinación de la norma aplicable.

El argumento *a fortiori* consistiría en acudir a otra norma para resolver el caso (una norma que resuelve otro/s caso/s distinto/s), justificando su aplicación por el hecho de que la razón o fundamento que subyace en la norma aplicada se manifiesta aún con mayor intensidad en el caso a decidir.

En suma, el argumento requiere: una laguna normativa, un juicio acerca de la supuesta razón o fundamento de otra norma del sistema y un juicio de que, en el caso a decidir, dicha razón o fundamento se manifiesta todavía con una mayor intensidad que en los casos expresamente regulados por la norma.

Suele distinguirse entre dos modalidades o fórmulas de argumento *a fortiori*, si bien ambas se basan en la idea expuesta de la «mayor intensidad» de la razón subyacente. En concreto, se habla de: *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*.

- La primera modalidad (*a maiori ad minus*) se usa cuando se trata de una norma que confiere derechos o posiciones ventajosas en general, y se asemeja al dicho «Quien puede lo más, puede lo menos».

Si se supone, por ejemplo, que una disposición prohíbe el acceso de vehículos de motor a un parque, pero permite el acceso de bicicletas, y la gente se pregunta si está permitido el acceso con patines, ya que la disposición guarda silencio al respecto, un intérprete podría sostener que la razón, fundamento o finalidad de la norma es garantizar la tranquilidad de los usuarios del parque, y que si está permitido acceder en bicicleta, con mayor razón estará hacerlo con patines, ya que afectan todavía menos (en comparación con las bicicletas) a la tranquilidad de los usuarios.

Otro ejemplo: supongamos que una disposición urbanística de un ayuntamiento establece que no podrán edificarse viviendas de más de quince metros de altura en las calles de menos de diez metros de anchura, mientras que no existe disposición alguna en relación con la altura máxima de las edificaciones en las calles de más de diez metros de anchura. En este contexto, podría decirse que si pueden edificarse viviendas de menos de quince metros cuando la anchura de la calle es inferior a diez metros, con mayor razón podrán construirse edificios de menos de quince metros de altura en las calles con anchura superior a diez metros.

- La segunda modalidad (*a minori ad maius*) se utiliza cuando el precepto establece obligaciones o algún tipo de posición desventajosa para los individuos afectados, basándose en que, si una característica, situación, elemento, etc. ha bastado para establecer una carga, deber, obligación, etc., también debe establecerse esa consecuencia para las situaciones en las que dicha característica, situación o elemento se manifiesta con aún mayor intensidad.

Por ejemplo, una disposición normativa establece que ciertas clases de perros (identificados según su raza) deben inscribirse obligatoriamente en un registro especial, y se aduce que la razón o fundamento de la norma es la peligrosidad de estos animales, lo que justifica un mayor control de estos. Partiendo de esta base, se plantea el caso de ciertas personas que poseen grandes felinos (por ejemplo, tigres). Los grandes felinos no están incluidos expresamente en el precepto, pero podría argumentarse que, *a fortiori*, estos animales deben también inscribirse, ya que son aún más peligrosos que los perros a los que hace referencia el precepto.

El argumento analógico

El **argumento analógico**, *analogia legis* o simplemente «analogía», tiene muchos aspectos en común con el argumento *a fortiori*. Al igual que este, requiere una laguna normativa y acude a la aplicación de una norma que regula otro caso para darle respuesta. La diferencia principal, según suele aducirse, es que consiste en la aplicación de una norma que regula un caso similar (entre el caso por decidir y el caso regulado por la norma aplicada analógicamente existen similitudes relevantes), extremo que no se requiere en el argumento *a fortiori*. Y, por otro lado, no es necesario que la razón que fundamenta la norma aplicada se manifieste con mayor intensidad en el caso a decidir.

Se trata de una técnica expresamente recogida en el derecho positivo, concretamente en el artículo 4.1 del Código Civil, que establece literalmente: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

Con todo, su diferenciación respecto al argumento *a fortiori* resulta problemática. Como se ha visto, se dice que la analogía se basa en la similitud entre casos, y este requisito no es necesario en el razonamiento *a fortiori*. Una ilustración sería el ejemplo antes propuesto de los grandes felinos y la obligación de inscripción en un registro especial: la justificación de que también se inscriban los felinos no se basa en que estos y los perros sean semejantes, sino en otras consideraciones (peligrosidad). Pero si se atiende a lo que establece el artículo 4.1 CC, no basta una mera similitud, sino que se exige que exista una «identidad de razón». Es decir, como señala Guastini, tanto la analogía como el argumento *a fortiori* exigirían acudir al fundamento o principio que subyace a la disposición, con lo que los límites entre ambas figuras se diluyen.

Este precepto subraya que la analogía no puede fundamentarse en meras similitudes superficiales o accidentales, sino que esta «identidad de razón» exige que se trate de similitudes centrales o relevantes entre los casos. El problema evidente aquí es que la *relevancia de la similitud* es un concepto valorativo y bastante vago que otorga grandes dosis de discrecionalidad al intérprete a la hora de decidir si procede o no la aplicación del argumento analógico.

La analogía se ha usado en ocasiones para aplicar normas relativas al matrimonio para casos de uniones de hecho. Hace apenas un par de décadas, el ámbito de las parejas de hecho era prácticamente un «desierto» jurídico en el que casi no había normas relativas a ese tipo de situaciones, que eran reguladas de manera muy fragmentaria. Ante esta situación, algunos jueces que debían tomar decisiones sobre casos en los que estaba involucrada una relación de hecho acudían a las normas del matrimonio para dar una solución al caso (por ejemplo, para permitir la subrogación de la pareja de hecho en un contrato de alquiler), atendiendo a las similitudes que, en muchos extremos, comparten ambos tipos de situaciones.

El uso de la analogía, con todo, cuenta con ciertas limitaciones, bastante comunes entre los diferentes sistemas jurídicos. En el caso del Derecho español, el artículo 4.2 del Código Civil establece ciertas excepciones al posible uso del argumento analógico: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito

Referencia bibliográfica

GUASTINI, R. (2003): *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F.: Porrúa, pág. 25 y ss.

temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Ello supone que, en estos casos, existe la obligación de realizar una interpretación literal.

De todos los supuestos del artículo 4.2 CC, resulta especialmente destacable la prohibición del uso de la analogía en el Derecho penal, por las cuestiones que plantea. En principio, esta limitación responde a las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), que impiden castigar penalmente conductas distintas de las expresamente indicadas por la ley penal. El propio Código Penal, en el artículo 4.1, reitera, de modo casi idéntico al artículo 4.2 del Código Civil, esta idea: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». No obstante, existen al menos dos aspectos problemáticos que destacar:

- En primer lugar, gran parte de la doctrina sostiene que, si bien no es posible la analogía en derecho penal, sí que puede realizarse una interpretación extensiva de sus disposiciones. No está del todo claro qué se entiende exactamente por una interpretación extensiva en este contexto, ni tampoco cuáles serían sus diferencias respecto a la analogía. Parece que muchos autores entienden que una interpretación extensiva es una interpretación que de algún modo amplía el ámbito de aplicación o los supuestos afectados por la norma (en relación con el significado literal «común» o «normal»), pero sin superar los límites del significado literal. Es decir, de entre varios significados literales posibles, se optaría por la interpretación más amplia (la que incluye un mayor número de supuestos o, dicho de otro modo, la que además de incluir el núcleo de certeza incluye otros supuestos de la zona de penumbra). La analogía, en cambio, se produciría al extralimitarse del significado literal posible del precepto (casos que no estarían incluidos ni siquiera en la zona de penumbra). Aunque conceptualmente la distinción entre ambas figuras parece clara, en la práctica plantea muchas dudas, y no es en absoluto fácil determinar si se está frente a una interpretación extensiva o frente a una analogía.
- Aunque las disposiciones normativas citadas son muy taxativas a la hora de excluir el uso de la analogía en el derecho penal, la doctrina y la jurisprudencia, en una larga tradición, limitan esta prohibición tan solo a lo que denominan *analogía in malam partem*, es decir, al uso de la analogía cuando esta daría lugar a resultados perjudiciales para el acusado (por ejemplo, si se decidiera castigar a alguien por una conducta no contemplada como delito o falta, pero similar a otra que sí está sancionada). Por el contrario, entienden que sí cabe la analogía cuando esta es *in bonam partem*, es decir, cuando beneficia al acusado. Los casos más claros serían los de la aplicación analógica de las causas de exención o atenuación de la responsabilidad criminal; por ejemplo, considerando como atenuante alguna circunstancia que, sin estar expresamente recogida en la ley, es similar a alguna que sí está contemplada. Puede afirmarse, de hecho, que la analogía *in bonam partem* está explícitamente reconocida en la propia ley

penal, ya que el artículo 21.6 del Código Penal establece literalmente como atenuante «Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores». En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1998 estableció que se podía aplicar analógicamente la circunstancia de «parentesco» cuando, pese a no existir tal relación, existieran vínculos afectivos y vivenciales de carácter estable, análogos a los que usualmente se plantean entre parientes.

El argumento *a contrario sensu*

El **argumento *a contrario sensu*** (o simplemente *a contrario*) consiste, dicho en términos muy genéricos, en limitar la aplicación de un precepto normativo a los casos o supuestos estrictamente indicados en aquel, sin que quepa su «extensión» o «ampliación» a otros casos o supuestos distintos de los expresamente mencionados.

Aparece así como una técnica interpretativa muy apegada a la letra de la ley y, por lo tanto, como un mecanismo interpretativo propio de la interpretación literal.

Con todo, tal y como señalan autores como Tarello o Guastini, bajo la etiqueta de «argumento *a contrario*» los juristas suelen incluir dos actividades distintas, que no pueden reconducirse a una única categoría. Por esa razón, es posible hablar de dos tipos o modalidades de argumento *a contrario*:

- Por un lado, puede hablarse de argumento *a contrario* como una técnica o argumento interpretativo en sentido estricto, que da lugar a una interpretación literal de la disposición interpretada.

Por ejemplo, partiendo de lo que dispone el artículo 19 de la Constitución de 1978: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional», se diría que esta disposición establece la norma por la que cierta categoría de sujetos (los españoles) gozan de ciertos derechos (libertad de residencia y circulación por el territorio nacional), sin que establezca nada al respecto de otras categorías de sujetos (extranjeros y apátridas): el artículo 19 CE ni reconoce ni excluye de esos derechos a los extranjeros y apátridas, sencillamente guarda silencio al respecto, ya que se refiere exclusivamente a «los españoles». La situación de los extranjeros y apátridas en relación con la posibilidad de circular o residir en España no depende del artículo 19 CE, sino de otras normas, en el caso de que estas existan (pues podría haber una laguna normativa).

- Pero, por otro lado, es también muy habitual hablar de argumento o razonamiento *a contrario* para hacer referencia no ya a una técnica interpretativa en sentido estricto, sino a un «argumento creador de normas» (más allá del sentido literal del precepto), de modo similar al argumento analógico o al argumento *a fortiori* (es decir, para dar respuesta a un caso de laguna). En este sentido, el argumento diría que si un precepto se refiere expresamente a un cierto caso o conjunto de casos, debe entenderse que cualquier otra situación distinta a las expresamente mencionadas debe tener una solución también distinta («a casos distintos, soluciones distintas»), normalmente bajo el presupuesto de que si el legislador hubiera querido incluir también

ese otro caso, así lo hubiera hecho, y que su no inclusión demuestra que no quería que otros casos fueran tratados del mismo modo. Se basa, pues, en una presunta voluntad del legislador o autoridad normativa.

Bajo esta modalidad argumentativa, se afirmaría que del artículo 19 CE se sigue que los extranjeros y apátridas no gozan de la libertad de residencia y circulación, ya que el precepto se refiere exclusivamente a «los españoles», y que con ello el constituyente ha querido excluir expresamente a los extranjeros y apátridas, pues si hubiera querido que también gozaran de estos derechos, así lo habría establecido.

A veces se afirma que el argumento *a contrario* es un razonamiento lógico, como algo que «se deduce lógicamente» de los preceptos afectados. Un ejemplo de este punto de vista puede encontrarse en la sentencia del Tribunal Constitucional 21/1981, de 15 de junio. En ella, el TC se pronuncia acerca de la posibilidad de que la Administración militar imponga sanciones que, directa o subsidiariamente, supongan una privación de libertad. El artículo 25.3 de la Constitución establece que «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad», pero guarda silencio en relación con la Administración militar. El Tribunal afirmó (fundamento 8.º) que de ahí se deriva *a sensu contrario* que la Administración militar sí que puede imponer ese tipo de sanciones, y que esta posibilidad se deduce de la Constitución.

No obstante, no es cierto que el argumento *a contrario* sea un razonamiento lógico, en el que la conclusión se deduzca o derive lógicamente de las premisas. De hecho, su estructura se corresponde con la denominada *falacia de negación del antecedente* que, como su nombre indica (falacia), es un razonamiento erróneo desde el punto de vista deductivo. De hecho, la estructura del razonamiento es idéntica a la del argumento siguiente, que es a todas luces incorrecto:

- 1) Los perros son mamíferos.
- 2) Los caballos no son perros.
- 3) Por lo tanto, los caballos no son mamíferos.

Pero si se trata de un razonamiento incorrecto, ¿por qué se sigue utilizando? Aunque no se trate de un argumento deductivo, puede resultar bastante persuasivo si se parte de la base de la presunta voluntad del legislador (si hubiera querido que este otro caso quedara cubierto por la norma, así lo hubiera establecido). Es posible incluso que en algunas ocasiones resulte razonable sostener que la no inclusión de un supuesto manifiesta la voluntad de la autoridad de excluirlo del ámbito de aplicación de la norma, pero en cualquier caso será el intérprete/aplicador quien deberá justificar este extremo mediante los argumentos pertinentes.

Para finalizar, es necesario hacer las dos puntualizaciones siguientes:

- En muchas ocasiones, cuando uno o varios preceptos normativos establecen un listado o una enumeración de situaciones, casos o supuestos puede plantearse la duda de si tal enumeración es taxativa (excluye cualquier otro supuesto no contemplado expresamente) o meramente ejemplificativa, de manera que podrían incluirse otros casos similares. Al menos en algunos casos, la respuesta no es sencilla, y no puede hablarse de una solución objetivamente correcta, sino que queda a decisión del intérprete (por ejemplo, del órgano judicial). Si se opta por una interpretación *a contrario*, el intérprete se está inclinando por considerar que la enumeración es cerrada o taxativa.

Puede ilustrarse esta idea mediante el siguiente ejemplo. El artículo 81.1 de la Constitución establece: «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». El artículo 81.2, por su parte, establece ciertas exigencias formales (mayoría absoluta del Congreso) para la aprobación de leyes orgánicas. Aquí se planteó la duda acerca de si la enumeración del artículo 81.1 era o no cerrada, puesto que de no serlo cabría la posibilidad de aprobar otras materias mediante el procedimiento de la ley orgánica, lo que daría así pie a otras «leyes orgánicas» distintas a las expresamente previstas por la Constitución. La sentencia del TC 76/1983, de 5 de agosto, cerró la cuestión estableciendo que la relación era taxativa, aunque había habido previamente bastante discusión entre los constitucionalistas.

- Aunque el argumento *a contrario* (en su segunda versión) puede resultar un instrumento útil de cara a resolver casos de laguna normativa, en la gran mayoría de los supuestos da lugar a soluciones distintas (casi siempre incompatibles) a las que ofrecen otros argumentos útiles para el mismo fin, como el argumento analógico o el argumento *a fortiori*.

Lo más habitual, a la hora de comparar dos situaciones, será que estas no son tan similares como para compartir todas sus propiedades relevantes (pues, en ese supuesto, se estaría hablando del mismo caso), pero tampoco tan distintas como para no compartir ninguna circunstancia relevante, por lo que, en suma, la decisión de optar por la analogía o el argumento *a contrario* dependerá de la valoración del intérprete, que elegirá según su consideración acerca de qué aspectos son los más determinantes: las similitudes o las diferencias.

3. Los conflictos entre derechos constitucionales y la ponderación

3.1. Planteamiento del problema

En lo que respecta a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, los derechos fundamentales constitucionales plantean una serie de interesantes y complejas cuestiones, que han atraído la atención de muchos teóricos del derecho en las últimas décadas. No obstante, por motivos de extensión y debido al carácter introductorio de este curso, tan solo se comentarán brevemente algunas de estas cuestiones.

La mayoría de textos constitucionales actuales contienen preceptos que reconocen y protegen un conjunto de derechos y libertades fundamentales,¹ como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones (de movimiento, de expresión, religiosa, ideológica, de reunión, etc.); así como preceptos que protegen determinados bienes colectivos considerados de especial importancia (los que suelen denominarse como *bienes constitucionalmente protegidos*), como por ejemplo la salud pública, el medio ambiente, la cultura y la educación, la protección de colectivos especialmente vulnerables como los menores o la tercera edad, etc.

⁽¹⁾En el caso de la Constitución española de 1978, estos se recogen fundamentalmente en el Capítulo segundo del Título I, que precisamente lleva el nombre de «Derechos y libertades».

Por lo que respecta a la interpretación de tales disposiciones constitucionales, se trata de una tarea especialmente compleja por el carácter abstracto, genérico e intensamente valorativo o moral de muchas de las expresiones y conceptos utilizados (por ejemplo, ¿qué comprende la «dignidad humana» del art. 10.1 CE? ¿Qué se entiende por la «integridad moral» a la que se hace referencia en el art. 15 CE? ¿Cuándo el trato a una persona puede considerarse «inhumano o degradante»?).

Muchos de esos preceptos, además, no se ajustan a la estructura condicional típica de las normas jurídicas (*supuesto de hecho / consecuencia jurídica*), como «Quien cometa la acción X será sancionado con la pena Y», por lo que resulta difícil determinar cuáles son sus condiciones de aplicación. En muchos casos, de hecho, parece tratarse de normas categóricas (en el sentido de Von Wright, como se vio en su momento en el módulo «El Derecho: qué es y cómo es»).

Por ejemplo, es difícil determinar qué condiciones concretas deben darse para que sean de aplicación preceptos como los siguientes:

- «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades» (art. 16.1 CE).
- «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad» (art. 17.1 CE).

- «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (art. 18.1 CE).
- «Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» (art. 20.1 CE).
- «Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas» (art. 21 CE).
- Y un largo etc.

Por ello, para muchos autores, las normas que reconocen derechos fundamentales o protegen ciertos bienes constitucionales no son reglas, sino principios.²

(²) Acerca de esta distinción, se remite al apartado 1.4 del módulo «El Derecho: qué es y cómo es».

Todas estas especiales características y circunstancias provocan que sean relativamente habituales situaciones en las que, al menos a primera vista, se producen conflictos o colisiones entre derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, pues en una misma situación o contexto parecen simultáneamente aplicables dos (o más) preceptos que ofrecen soluciones distintas e incompatibles al caso.

Algunos ejemplos pueden ilustrar esta situación:

- Si se imagina que un periodista consigue documentación que apunta a que un alto funcionario ha concedido una concesión a una determinada empresa para la realización de unas obras públicas a cambio de haber recibido ilegalmente una comisión o «mordida» por parte de dicha empresa, de acuerdo con la libertad de información (art. 20.1a CE), parecería que el periodista tiene permitida la publicación de la noticia. Pero, por otra parte, también parece claro que lanzar unas acusaciones de esta gravedad afecta sin duda de manera importante a la credibilidad y buena imagen del funcionario en cuestión, perjudicando así a su honor (protegido por el art. 18.1 CE). De este modo, en una misma situación o caso concreto, parecen aplicables a primera vista dos derechos fundamentales que justificarían soluciones distintas e incompatibles (permitir o prohibir la publicación de la noticia).
- Una persona está gravemente enferma y los médicos que la atienden coinciden en que el tratamiento más adecuado es una transfusión sanguínea, puesto que no hacerlo así, la vida del paciente corre un gran peligro y existe una alta probabilidad de que fallezca. Sin embargo, el paciente es un firme creyente religioso de los testigos de Jehová y por motivos religiosos se opone a cualquier tratamiento que implique recibir sangre de otra persona, aun sabiendo el riesgo que corre en caso de no hacerlo. De acuerdo con los derechos a la vida (art. 15 CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), los médicos estarían, al menos a primera vista, facultados (e incluso obligados) a aplicar los tratamientos más adecuados y eficaces para la protección del paciente, pero por otra parte, la libertad religiosa del paciente (art. 16 CE) le faculta para tomar las decisiones oportunas sobre temas que le afecten de acuerdo con sus convicciones, aun cuando supongan poner su salud e incluso su vida en peligro.
- Con carácter general, se reconoce a los individuos el derecho a circular libremente por todo el territorio nacional (art. 19 CE). Por otro lado, sin embargo, los poderes públicos tienen el deber de tomar medidas para proteger la salud de los ciudadanos (art. 43.2 CE). En un contexto de pandemia, un modo eficaz de contener la propagación de la enfermedad y así proteger la salud de los ciudadanos puede consistir en limitar la libertad de circulación, por ejemplo, imponiendo un confinamiento forzoso. En ese contexto, habría dos preceptos constitucionales en principio aplicables simultáneamente que apuntarían en direcciones opuestas (permitir y no permitir la circulación por el territorio).

Estas situaciones de conflicto o incompatibilidad parecen (de nuevo, al menos a primera vista) ser distintas de las «clásicas» antinomias.³ De entrada, en una antinomia, un mismo comportamiento (por ejemplo, fumar) está regulado de manera incompatible por distintas normas (por ejemplo, la norma N₁ prohí-

(³) Sobre las antinomias, ver el apartado 2.2.2 del módulo «El Derecho: qué es y cómo es».

be fumar en los recintos educativos, mientras que la norma N₂ permite hacerlo), mientras que los comportamientos regulados por los derechos en juego parecen ser totalmente distintos e independientes (informar de una noticia y lesionar el honor de una persona; o proteger la salud y profesar determinadas creencias religiosas), por lo que, a diferencia de lo que ocurre en las antinomias, no parece haber ninguna incompatibilidad lógica entre las normas en conflicto (como sí ocurre entre «prohibido fumar» y «permitido fumar»).

Además, por otra parte, en una antinomia «clásica» la situación de conflicto es inevitable siempre que las dos normas incompatibles resulten conjunta o simultáneamente aplicables (por ejemplo, cuando se está en un recinto educativo), mientras que en el caso de los derechos fundamentales, en muchos casos no existe colisión alguna (por ejemplo, en la mayoría de casos la libertad de información se puede ejercer sin lesionar el honor de otra persona), y en los casos en los que el conflicto se produce, parece responder a las específicas circunstancias de ese caso concreto, dado que, en otras situaciones o contextos, esos mismos derechos pueden coexistir sin colisión.

Es por ello que, como afirman diversos autores, mientras que las antinomias serían conflictos normativos **en abstracto** (se plantean siempre y necesariamente cada vez que las normas son conjuntamente aplicables), las colisiones de derechos serían conflictos **en concreto** (solo se plantean en determinadas situaciones debido a las específicas circunstancias del caso, porque en otras situaciones ambos derechos son simultáneamente aplicables sin ningún problema). Además, dado que no se trataría de «meras» antinomias, tampoco resultarían adecuados los criterios tradicionales para la resolución de las mismas (como el criterio jerárquico, el cronológico o el de especialidad), y requerirían otro procedimiento o mecanismo específico, al que suele denominarse *ponderación*.

En suma, estas situaciones de colisión entre derechos fundamentales constitucionales plantean múltiples, interesantes y complejas cuestiones teóricas, como por ejemplo las siguientes:

- Cuáles son los tipos de elementos normativos que entran en conflicto (más concretamente, si se trata de reglas o de principios, y en este último caso, cuál es la estructura de los mismos y en qué se diferencian de las reglas).
- Cuáles son las características y la estructura de estos conflictos, especialmente si no se trata de «simples» antinomias.
- Cuáles son los mecanismos o procedimientos adecuados para la resolución de estas situaciones de conflicto, y cómo se aplican.

Referencia bibliográfica

Para un análisis más detallado de todas estas cuestiones, puede verse MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007): *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.

3.2. La estructura de los conflictos entre derechos y el mecanismo de la ponderación

Todas estas cuestiones, y otras relacionadas en mayor o menor medida, han sido objeto de un intenso debate teórico por parte de muchos autores en los últimos años, y si bien podría decirse que hay tantas posiciones y puntos de vista como autores, también debe señalarse que algunas posiciones han generado mayor aceptación y consenso que otras, y en ese sentido, podría llegar a hablarse de una «concepción estándar» por lo que respecta a los conflictos entre derechos constitucionales y bienes constitucionalmente protegidos.

Obviando las diferencias específicas entre autores concretos, la caracterización doctrinal más extendida de estos conflictos estaría basada en las tres tesis siguientes:

Tesis 1: los elementos normativos que entran en conflicto no son reglas, sino principios, entendidos como una clase o categoría de normas prescriptivas distinta y autónoma de la de las reglas.

Tesis 2: los conflictos constitucionales no responden al clásico modelo de las antinomias, porque no son consecuencia de inconsistencias o incompatibilidades lógicas entre normas del sistema. No se trata de conflictos «en abstracto», de carácter necesario y determinables *a priori*, sino que son conflictos «en concreto», dependientes de las concretas circunstancias del caso.

Tesis 3: para resolver este tipo de conflictos, los mecanismos tradicionales de resolución de antinomias (*lex superior*, *lex posterior*, etc.) son inadecuados, y se precisa de un mecanismo específico y más complejo, usualmente denominado *ponderación*.

3.2.1. (De nuevo) Reglas y principios (tesis 1)

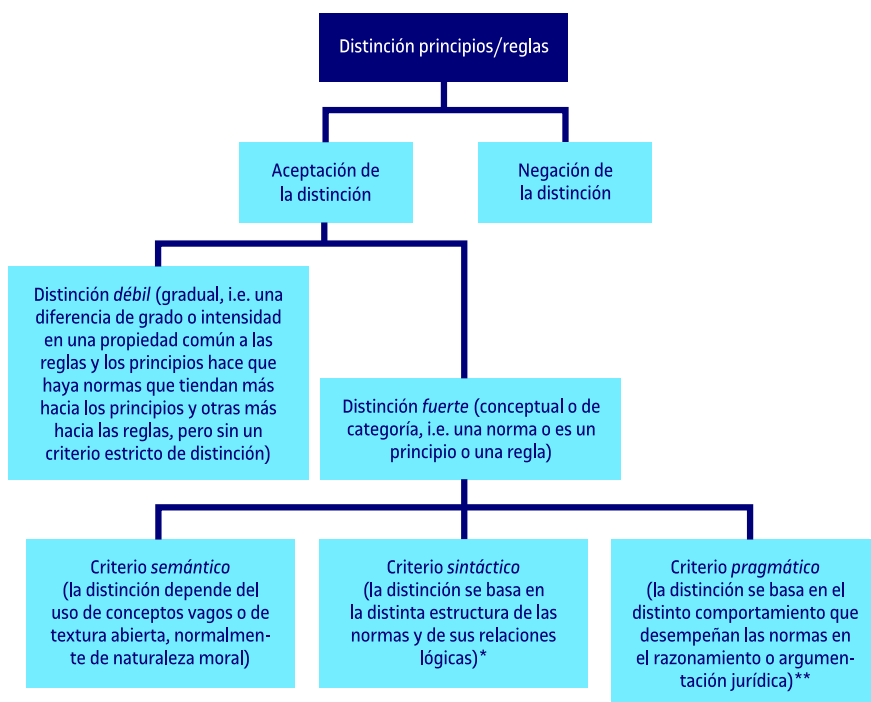
Entre los juristas y teóricos existe un consenso casi unánime acerca de calificar los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales constitucionales y otros bienes constitucionalmente protegidos como «principios».

Conviene recordar, como se comentó en su momento en el apartado 1.4 del módulo «El Derecho: qué es y cómo es», que no se está haciendo referencia a la idea tradicional de los «principios generales del Derecho» que resultan aplicables en defecto de ley o costumbre que regule el caso a decidir (artículos 1.1 y 1.4 del Código Civil).

La idea de los «principios» como un tipo o categoría de normas jurídicas distinta a la de las «reglas» fue introducida en el debate teórico contemporáneo por Ronald Dworkin, como uno de sus argumentos principales para criticar la concepción positivista del derecho de H. L. A. Hart. A partir de entonces, la distinción ha adquirido un notable éxito y aceptación, hasta el punto de que los autores que hoy en día rechazan o cuestionan la distinción son la excepción y no la regla. Sin embargo, este aparente consenso puede resultar engañoso, ya que las discrepancias aparecen tan pronto como se observa que hay posiciones diversas (y no pocas veces contrapuestas) en muchos aspectos básicos relativos tanto al concepto como a la estructura de los principios, así como a los criterios de distinción respecto de las reglas. Tales discrepancias afectan tanto al carácter excluyente o no de la distinción (es decir, si toda norma es o bien una regla, o bien un principio, o si por el contrario se trata de una distinción de grado, en el que una norma puede «tender» más hacia una regla o hacia un principio), como a los criterios de distinción (qué es lo que determina que una norma sea una regla o un principio), como al papel que desempeñan en la argumentación jurídica (cómo se aplican y en qué medida una regla o un principio sirven para justificar una decisión jurídica).

Para tener una idea de la situación del debate (pero sin entrar en el mismo por razones de extensión), se puede tomar como referencia el esquema elaborado por el profesor portugués Pedro Moniz Lopes, que intenta clasificar las distintas posiciones teóricas respecto a la distinción reglas/principios en función de los distintos criterios y puntos de vista adoptados.

Figura 1. Posiciones teóricas sobre la distinción reglas/principios según Moniz Lopes



* Un buen ejemplo de esta posición sería la de Robert Alexy, para quien la diferencia es estructural (una norma es o bien una regla o bien un principio, y estos consisten en mandatos de optimización, es decir, en normas que ordenan que algo sea realizado en el máximo grado posible, dadas las circunstancias empíricas y normativas). Véase por ejemplo ALEXY, R. (1993) [1986]: *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Políticos.

** Un buen ejemplo de esta posición sería la de Ronald Dworkin, para quien los principios tienen una «dimensión de peso» que hacen que la respuesta al caso se incline hacia una respuesta concreta, pero que puede ser «derrotado» por otros principios.

Referencia bibliográfica

Sobre los principios en el derecho según Dworkin, puede consultarse, entre otros: DWORKIN, R. (1978): *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth. DWORKIN, R. (1986): *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Cambridge University Press.

Referencia bibliográfica

MONIZ LOPES, P. (2017): «The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction Between Rules and Principles», en *Ratio Juris*, vol. 30, núm. 4, págs. 471-490.

también aplicables al caso que inclinan la balanza en sentido contrario. En contraposición, las reglas serían normas con una lógica de «todo-o-nada»: o bien se aplican al caso y lo resuelven, o bien no son aplicables y por tanto son irrelevantes para el caso. Véase por ejemplo DWORKIN, R. (1978): *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, pág. 72 y ss.

A la vista de la gran cantidad de posiciones y puntos de vista, quizá lo único que pueda afirmarse con seguridad es que lo más probable es que los elementos calificados como «**principios**» son variados y no responden a una única categoría. En cualquier caso, sí que puede decirse que existe un consenso bastante amplio en cuanto a señalar que los derechos fundamentales constitucionales pertenecerían a la categoría de los principios.

3.2.2. La estructura de los conflictos constitucionales (tesis 2)

La «concepción estándar» de los conflictos constitucionales parece vincular el hecho de que los elementos en juego sean «principios» (tesis 1) con la afirmación de que este tipo de conflictos es estructuralmente distinto a los conflictos entre reglas o antinomias «clásicas». En síntesis, se suele sostener que los conflictos entre reglas son en abstracto y determinables *a priori*, ya que responden a la presencia de antinomias o contradicciones normativas en el sistema jurídico. Es decir, existe una incompatibilidad lógica entre varias normas que provoca que, siempre que resulten conjuntamente aplicables, se produzca un conflicto, dado que es lógicamente imposible dar cumplimiento a todas ellas. No depende, en consecuencia, de las circunstancias del caso a decidir, pues el conflicto se manifestará necesariamente en todos los casos individuales subsumibles en el caso genérico.

Usando un ejemplo propuesto originariamente por Carlos E. Alchourrón, si se supone que se cuenta con las dos normas siguientes:

N₁: es obligatorio detenerse frente a los semáforos en rojo.

N₂: prohibido detenerse en zona militar.

En cualquier situación en la que sean simultáneamente aplicables ambas normas, es decir, siempre que se esté frente a un semáforo en rojo en una zona militar necesariamente surgirá un conflicto, porque las normas son lógicamente incompatibles y es imposible cumplirlas simultáneamente: si el sujeto se detiene para cumplir con la obligación impuesta por N₁, se incumplirá la prohibición de N₂, y si no se detiene para respetar la prohibición de N₂, se violará la obligación de N₁. De modo similar, si una norma prohíbe hacer *p*, mientras que otra permite hacer *p*, al hacer uso del permiso y realizar *p*, se incumplirá la prohibición, y si no se realiza *p* para cumplir con la prohibición, nunca se podrá hacer uso del permiso.

Por el contrario, se afirma que en los **conflictos entre principios** no existe incompatibilidad lógica alguna: los principios en juego son perfectamente consistentes en un plano lógico o abstracto, aunque en función de las circunstancias empíricas (de los hechos del caso individual) pueden entrar en colisión.

Referencia bibliográfica

ALCHOURRÓN, C. E. (1981): «G. H. Von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica», en *Anuario de Filosofía jurídica y social*, núm. 1, pág. 133.

La prueba de su compatibilidad lógica es que en muchos otros casos no se plantea conflicto alguno.⁴ Esto provoca que los conflictos sean (siempre según este punto de vista) estructuralmente distintos a las antinomias entre reglas, puesto que los conflictos se plantean en concreto (dependen del caso individual) y no son determinables *a priori*.

La afirmación de que los conflictos se plantean sin que exista incompatibilidad lógica entre las normas afectadas supone aceptar la posibilidad de que se planteen conflictos normativos al margen de que haya inconsistencias en el sistema normativo. La cuestión de las relaciones entre la consistencia lógica y la aparición de conflictos normativos es un tema muy complejo de teoría general del derecho en el que no se va a entrar aquí. Simplemente se dirá que parece bastante plausible aceptar la posibilidad de conflictos incluso en el marco de sistemas consistentes. Lo que es más cuestionable, sin embargo, es que este tipo de conflictos «en concreto» se planteen necesariamente entre principios, puesto que no parece haber impedimento para la posibilidad de que se planteen también entre reglas.

Un ejemplo de ello es lo que Jorge Rodríguez denomina *conflictos de instanciación*. En ocasiones, se presentan conflictos que parecen responder exclusivamente a las circunstancias del caso individual, sin que exista problema lógico alguno en el sistema. Por ejemplo, en la situación en la que alguien tiene la obligación de pagar el impuesto sobre la renta (que está establecida por una regla), y además es un comprador en un contrato de compraventa, por lo que está obligado a pagar el precio de la cosa vendida (conforme a lo establecido por otra regla), pero no dispone de suficiente dinero o bienes para satisfacer ambas obligaciones: si paga el precio para cumplir con su obligación contractual, incumplirá la obligación tributaria, y a la inversa. No puede satisfacer todas las normas y no existe ninguna inconsistencia lógica entre ellas. Es más, este tipo de conflictos puede plantearse incluso con una única norma (regla): si alguien es comprador en dos contratos de compraventa distintos y solo dispone de dinero para cumplir con uno u otro (pero no con ambos), también se planteará un conflicto, pero es obvio que no habrá inconsistencia lógica, puesto que una norma no puede ser incompatible con ella misma (salvo que sea autocontradictoria, lo que no es el caso).

⁽⁴⁾Por ejemplo, no todo uso de la libertad de expresión supone lesionar el honor de alguien, ni todo ejercicio de la libertad de información tiene por qué afectar a la intimidad.

Referencia bibliográfica

RODRÍGUEZ, J. L. (2002): *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, págs. 99-100.

3.2.3. La ponderación como mecanismo para la resolución de conflictos (tesis 3)

Con toda probabilidad, la pregunta que suscita mayor interés para los juristas en general es la de cómo afrontar estas situaciones de conflicto entre derechos y bienes constitucionales, es decir, qué criterios, procedimientos o mecanismos son los adecuados para determinar la solución o respuesta al caso planteado. En este sentido, la postura mayoritaria consiste en señalar que los «clásicos» criterios de resolución de antinomias no resultan adecuados, y que es necesario otro mecanismo específico, al que usualmente se denomina *ponderación*.

La inadecuación de los criterios de resolución de antinomias

Prácticamente todos los autores señalan que los tradicionales criterios de resolución de antinomias (*lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*) no sirven para resolver los casos de conflictos entre derechos. En primer lugar porque, al menos en la mayoría de casos, simplemente no son aplicables: como los elementos que entran en colisión son todos ellos preceptos de rango constitucional, son de la misma jerarquía y por tanto no resulta aplicable el criterio jerárquico o *lex superior*; por otra parte, se trata usualmente de preceptos promulgados en un mismo momento temporal, por lo que tampoco puede hacerse uso del criterio cronológico o *lex posterior*. Sin embargo, como apunta Riccardo Guastini,

Referencia bibliográfica

Véase GUASTINI, R. (1990): *Delle fonte alle norme*. Torino: Giappichelli, pág. 303.

no puede descartarse la posibilidad de que pudiera establecerse entre ellos una relación de especialidad (que uno fuese más específico o concreto en relación con el otro), con lo que no podría excluirse la aplicación del criterio de especialidad o *lex specialis*. De todos modos, es poco probable o poco frecuente que dicho tipo de relación de especialidad exista.

Y, en segundo lugar, porque suele también afirmarse que, incluso en el supuesto de que se cumplieran las condiciones para poder utilizar los criterios de resolución de antinomias, no resultaría adecuado hacerlo. La aplicación de dichos criterios solo puede dar lugar a dos resultados posibles: que una de las normas en conflicto se considere inválida, o que se introduzca una excepción permanente en una de las normas.

- Si la incompatibilidad o contradicción entre las dos normas es (según la conocida clasificación de Alf Ross)⁵ de tipo *total-total* y una de ellas es de mayor rango que la otra, la aplicación del criterio de jerarquía o *lex superior* implica que la norma de menor rango es inválida. El mismo resultado se producirá si la antinomia es de tipo *total-parcial* y la norma de rango inferior es la más específica (ya que esta última no puede aplicarse sin colisionar con la otra más general, que es de rango superior). De modo similar, si se trata de normas de la misma jerarquía, pero promulgadas en distintos momentos temporales, y la incompatibilidad es de tipo *total-total* o *total-parcial* en la que la norma más antigua es la más específica (de modo que no puede aplicarse sin colisionar con la más reciente), la norma más antigua queda automáticamente derogada (derogación tácita), de modo que queda también invalidada y expulsada del sistema.
- En otros supuestos, la aplicación de un criterio de resolución de antinomias supone la introducción, con carácter permanente, de una excepción en una de las normas en conflicto. Eso ocurriría, por ejemplo, en el caso en el que una norma N₁ establece que está prohibido fumar en todo el recinto universitario, mientras que otra norma N₂ de la misma jerarquía y momento de aprobación dispone que está permitido fumar en los despachos de profesores. En este caso, la aplicación del criterio de especialidad (*lex specialis*) daría como resultado el establecimiento de una excepción en la norma N₁, de modo que quedaría como norma resultante la que establece que está prohibido fumar en el recinto universitario, a excepción de los despachos de profesores.

⁽⁵⁾ Acerca de la clasificación de las antinomias según Alf Ross, puede consultarse el apartado 2.2.2. del módulo «El Derecho: qué es y cómo es».

Tanto el resultado de invalidar una de las normas en conflicto como el establecimiento de una excepción permanente en una de ellas se considera que no es adecuado o aplicable al contexto de los conflictos entre derechos fundamentales. Cuando se produce una colisión entre derechos, a pesar de que en última instancia hay que resolver el caso dando prioridad a uno de los derechos frente al otro, ello no supone que el derecho «vencido» o desplazado quede invalidado, ni tampoco que se establezca una excepción permanente en uno de los derechos (como sería, por ejemplo, determinar que «Se reconoce el derecho a la libertad de expresión, salvo cuando se afecte negativamente al honor de otra persona»), ya que otro futuro supuesto de colisión entre esos mismos derechos podría resolverse dando prioridad al otro derecho en cuestión, en función de las circunstancias del caso. Serían las concretas circunstancias del caso a decidir las que determinarían cuál es el derecho que puede prevalecer, por lo que no pueden establecerse jerarquías o prioridades fijas.

La ponderación y el principio de proporcionalidad

En conclusión, de acuerdo con la concepción mayoritaria, los conflictos entre derechos fundamentales no podrían resolverse aplicando los criterios de resolución de antinomias entre reglas, ni, en general, con mecanismos que supongan el establecimiento de preferencias o jerarquías fijas entre derechos. Por el contrario, es necesario utilizar algún mecanismo o procedimiento que permita determinar qué derecho prevalece en función de las circunstancias del caso a decidir, a fin de encontrar la mejor respuesta a cada supuesto. A este mecanismo o procedimiento se le suele denominar *ponderación de derechos* (o de principios, en general).

Con carácter general, y más allá de las importantes diferencias entre autores, podría decirse que la **ponderación** consiste en la atribución por parte del intérprete o decisor (normalmente, un juez) de un determinado «valor» o grado de «importancia» a cada uno de los principios en conflicto a la luz de las circunstancias del caso para, así, decidir dicho caso conforme al principio que ha resultado vencedor.

Referencia bibliográfica

Para un panorama general sobre las diversas concepciones de ponderación, se puede consultar MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2007): *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.

De nuevo, aquí nos encontramos con un consenso que es más aparente que real. A pesar de la gran coincidencia en señalar que la ponderación es el mecanismo más adecuado para resolver conflictos entre derechos (o entre principios), existen muchas diferencias y concepciones diversas respecto a qué se entiende por «ponderar» y a cómo se lleva a cabo el procedimiento ponderativo. No se puede entrar en detalles y es un ámbito con una importante complejidad teórica, pero para tener una idea de las diferentes posiciones que existen, hay autores para quienes consiste en un proceso intuitivo de «descubrimiento de la mejor respuesta» para el caso, no formalizable o controlable racionalmente (concepción intuicionista); o simple y llanamente es la expresión de las preferencias subjetivas del intérprete/decisor (concepción escéptica); o es el resultado de un proceso racional cuyo resultado se circunscribe estrictamente al caso individual considerado (concepción particularista); o es el resultado de un proceso racional cuyo resultado es la creación de una regla que regula un caso genérico, y por tanto extrapolable al resto de casos que compartan las mismas circunstancias o propiedades relevantes (concepción universalista).

El principio de proporcionalidad

De entre las diversas concepciones sobre la ponderación, cobra especial relevancia la desarrollada por el filósofo alemán Robert Alexy, tanto por su nivel de rigor, como por el éxito obtenido en términos de aceptación, tanto a nivel teórico como incluso en la práctica judicial de algunos países. El objetivo primordial de Alexy es construir un modelo que permita de manera racional llevar a cabo el proceso ponderativo, de modo que pueda asegurarse que la decisión tomada está justificada y no es un ejercicio de discrecionalidad del decisor. Para ello, construye un modelo o propuesta teórica de cómo se ha de llevar a cabo dicho proceso, al que denomina como **principio de proporcionalidad**.

La idea principal es que, para que la decisión pueda considerarse racional y por tanto justificada, el sacrificio impuesto a un principio (bien, derecho, etc.) en aras de la satisfacción de otro solo estaría justificado en la medida en que no sea excesivo, es decir, que sea el mínimo indispensable para no impedir la satisfacción del principio considerado como más importante en esas circunstancias.

Por ello, en una primera aproximación muy general, el principio de proporcionalidad se correspondería con lo que Alexy denomina *ley de la ponderación*: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 1993, pág. 161).

De ese modo, usando como ejemplo un supuesto de colisión entre la libertad de información y el derecho al honor, estaría justificado dar prioridad a la primera si el grado de satisfacción de la misma (por ejemplo, si se trata de una noticia acerca de un importante cargo público sobre un tema de interés nacional) es superior al grado de lesión del segundo (al perjuicio ocasionado a la credibilidad o buen nombre de la persona afectada). En caso contrario, esto es, si se trata de informar de un asunto de poca importancia o trascendencia y el perjuicio causado al honor es muy grave (por ejemplo, si se usa un lenguaje especialmente injurioso o insultante), la lesión del honor es superior a la satisfacción de la libertad de expresión, con lo que ese caso debería resolverse dando prioridad a la protección del honor del afectado.

De acuerdo con la propuesta de Alexy, que a su vez se basa en la práctica de algunos tribunales (principalmente del Tribunal Constitucional alemán), esta «ley de la ponderación» se descompone a su vez en tres «subprincipios»:

- el **subprincipio de adecuación o idoneidad**;
- el **subprincipio de necesidad**, y
- el **subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto**.

Cada uno de estos subprincipios tiene la consideración de una condición necesaria, de tal modo que, si la medida no satisface los parámetros de alguno de ellos, está injustificada. Además, en el análisis de la justificación de la decisión, la aplicación de estos subprincipios es sucesiva: se comienza analizando si la medida es idónea o adecuada; si lo es, se pasa a considerar si es necesaria, y solo en caso afirmativo se pasará al examen de la proporcionalidad en sentido

Referencia bibliográfica

Algunas de las principales obras en las que el autor desarrolla su concepción de la ponderación y del principio de proporcionalidad son las siguientes:

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, R. (2002): «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, págs. 13-64.

ALEXY, R. (2003): «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality». *Ratio Iuris*, vol. 2, núm. 16, págs. 131-140.

ALEXY, R. (2003): «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison». *Ratio Iuris*, vol. 4, núm. 16, págs. 433-449.

estricto. El fracaso de la medida en cualquiera de estas tres etapas supone su inmediato rechazo por quebrantar la exigencia de proporcionalidad, haciendo innecesario el pasar a las etapas posteriores. A continuación, se verán de manera muy breve los aspectos centrales de cada uno de los «subprincipios» señalados.

El subprincipio de adecuación o idoneidad

De acuerdo con la definición del profesor Carlos Bernal, este subprincipio supone que «toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo». Como se puede apreciar, se impone una doble exigencia:

- 1) que el fin perseguido con la medida que restringe o limita el derecho sea «constitucionalmente legítimo»; y
- 2) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución de tal fin.

Estos dos aspectos deben analizarse en ese mismo orden (primero, si el fin es legítimo desde una perspectiva constitucional, y, en caso de que lo sea, valorar luego si la medida es idónea).

En consecuencia, lo que habría que analizar en primer lugar es si realmente las pretensiones de las partes encuentran o no su apoyo en derechos fundamentales o en bienes constitucionales explícita o implícitamente reconocidos. Pero como es fácil ver, este es un requisito conceptual previo para que se pueda hablar realmente de una situación de conflicto constitucional.

La idoneidad o adecuación, por su parte, exige que la medida adoptada contribuya (sea apta o útil) a la obtención del fin constitucionalmente legítimo, porque se parte de la idea de que una lesión o sacrificio de un derecho o bien constitucional solo se justifica si, entre otros requisitos, se hace para la obtención de un fin valioso. Si la medida no es idónea o adecuada para la obtención de ese fin, se trata de una lesión inútil e injustificada.

En la medida en que realmente las pretensiones de las partes estén fundamentadas en derechos o bienes constitucionales (y por ello se esté ante un conflicto constitucional auténtico), cualquier decisión en favor de uno u otro de los elementos en conflicto será una decisión que satisfará la exigencia de adecuación, en tanto que supondrá el respeto o la satisfacción de un derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido.

El subprincipio de necesidad

Si la decisión tomada ha satisfecho las exigencias del subprincipio de idoneidad (fin constitucionalmente legítimo y adecuación), el siguiente paso consiste en comprobar si el sacrificio del derecho o bien constitucional que tal medida supone es necesario, en el sentido de que no exista alguna otra alternativa menos gravosa y con al menos el mismo grado de idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo.

Referencia bibliográfica

BERNAL PULIDO, C. (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 687.

Esta exigencia **no** quedaría superada en caso de que se dieran las condiciones siguientes:

- la existencia de varias alternativas para alcanzar el fin establecido;
- que alguna/s de las alternativas fuera/n menos gravosa/s; y
- que esta/s alternativa/s menos gravosa/s tuviera/n al menos el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada.

Si falta alguno de los elementos anteriores (esto es, o bien no existen medios alternativos, o bien ninguno es menos gravoso, o bien ninguno tiene como mínimo el mismo grado de idoneidad), la exigencia impuesta por el subprincipio de necesidad queda superada.

Pero, además, la doctrina y la jurisprudencia han introducido otras exigencias que hacen más difícil incluso que una determinada medida sea rechazada por no satisfacer el requisito de la necesidad, a pesar de que, interpretadas de manera estricta, concurren las tres circunstancias antes señaladas. Por un lado, no se considera la existencia de alternativas menos gravosas en términos absolutos, sino de acuerdo con un cierto conjunto de conocimientos empíricos y asunciones valorativas. De este modo, puede ocurrir que, en términos absolutos, existan alternativas menos gravosas, pero que no se conozcan, o existan dudas por falta de conocimientos suficientes acerca de sus auténticos efectos, o que conlleven considerables dificultades técnicas para su consecución. Desde un punto de vista valorativo, tampoco se considera adecuada la asunción de una medida menos gravosa (aunque se tenga total seguridad sobre este punto) cuando su aplicación conllevaría unos costes tan altos que pudieran poner en peligro el desempeño de otras funciones de los poderes públicos. De este modo, lo único que prohíbe este requisito es que se produzcan sacrificios patentemente innecesarios de derechos (en este sentido, por ejemplo, la STC 55/1986, de 9 de mayo).

Por otro lado, sería posible reconstruir algunas decisiones jurisprudenciales relativas a la colisión entre la libertad de información y el derecho al honor en términos de la no satisfacción de la exigencia de necesidad. En concreto, así podría entenderse la reiterada afirmación de que la Constitución no reconoce el «derecho al insulto», y que la utilización de expresiones formalmente injuriosas, aun en el contexto de la comunicación de noticias, es un comportamiento constitucionalmente ilegítimo. Cuando con ocasión de la comunicación de una noticia se utilizan expresiones formalmente insultantes o injuriosas, aunque se persigue un fin constitucionalmente legítimo (comunicar una información, y por tanto realizar una conducta subsumible en un derecho fundamental) y pese a que el comportamiento es idóneo para ello, difícilmente podría decirse que también satisface el requisito de la necesidad, porque existen otros medios que son, al menos, tan (y normalmente más) idóneos para transmitir la misma información y que no suponen un sacrificio tan grande para el derecho al honor. Se pueden comunicar ciertos hechos sin utilizar insultos, que prácticamente no aportan contenido informativo y afectan muy negativamente al honor de la víctima. En consecuencia, la utilización de expresiones injuriosas no satisface la segunda exigencia del principio de proporcionalidad, y por ello se puede rechazar por injustificada una resolución del conflicto que dé prioridad en estas circunstancias (utilización de expresiones insultantes o injuriosas) a la libertad de información sobre el derecho al honor.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Si la decisión cumple con las exigencias de idoneidad y necesidad, el siguiente paso consiste en analizar su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si el grado de satisfacción del derecho o bien constitucional que prevalece compensa la lesión o menoscabo del otro bien o derecho. Esta tercera fase se ajustaría propiamente a lo que se ha denominado *ley de la ponderación*, y la regla de racionalidad es en definitiva una manifestación de que la decisión es correcta o está justificada si los beneficios obtenidos superan los costes o cargas que esta supone.

Alexy ha llevado a cabo un desarrollo y una concreción muy destacables en relación con este subprincipio, sobre todo en el *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* y en artículos posteriores. No obstante, nos limitaremos a las líneas generales de su teoría, sin entrar en excesivos detalles y sofisticaciones (que, por otro lado, no son pocas).

El examen de la proporcionalidad en sentido estricto se desarrollaría en tres fases consecutivas:

- 1) la determinación del grado de la lesión o menoscabo que la decisión provoca en uno de los elementos en conflicto;
- 2) la determinación del grado o la importancia de la satisfacción del otro elemento del conflicto; y
- 3) la comparación de las magnitudes anteriores en orden a comprobar si la importancia de la satisfacción del elemento prevalente justifica la lesión o afectación del otro elemento.

La determinación del grado de satisfacción o de lesión de los distintos elementos en colisión se realiza, según Alexy, de acuerdo con una escala triádica que distingue entre tres niveles: *leve*, *moderado* y *grave* (o, en lugar de «grave», se puede usar «intenso» o «fuerte» en el caso de que se hable de satisfacción y no de lesión).

La valoración de la lesión de un principio y del grado de satisfacción del otro se realiza además atendiendo a las circunstancias del caso, y no en abstracto. El elemento lesionado o sacrificado es simbolizado por Alexy con la variable « P_i » (principio i). Los distintos grados de afectación, que como se ha visto pueden ser leve (l), moderado (m) y grave (g), se simbolizan con la variable « I ». Las circunstancias del caso se simbolizan como « C ». De este modo, la expresión correspondiente a la importancia o grado de afectación del principio P_i en las circunstancias C se simboliza como « IP_iC ».

El esquema no es muy distinto por lo que respecta a la otra magnitud de la comparación: el nivel de satisfacción del otro elemento del conflicto (que se simboliza con la variable « P_j », principio j). El grado o magnitud de dicha satisfacción se simboliza como « W ». La importancia del principio « P_j » en las circunstancias C se simboliza como « WP_jC ».

De acuerdo con la escala triádica, tanto el valor de IP_iC como el de WP_jC puede ser l , m o g . La precedencia o prioridad entre P_i y P_j en el caso de conflicto enjuiciado se determinará de acuerdo con los valores de cada uno de estos elementos. En total, son posibles nueve situaciones distintas, entre las que P_i precede a P_j en tres ocasiones, P_j precede a P_i en otras tres, y en otras tres más se da una situación de empate.

Alexy presenta de manera formalizada estas situaciones del modo siguiente:

Situaciones en las que P_i precede a P_j :

(1) $IP_iC: g / WP_jC: l$

(2) $IP_iC: g / WP_jC: m$

(3) $IP_iC: m / WP_jC: l$

Situaciones en las que P_j precede a P_i :

(4) $IP_iC: l / WP_jC: g$

(5) $IP_iC: m / WP_jC: g$

(6) $IP_iC: l / WP_jC: m$

Situaciones de empate:

(7) $IP_iC: l / WP_jC: l$

(8) $IP_iC: m / WP_jC: m$

(9) $IP_iC: g / WP_jC: g$

Este esquema serviría para poder justificar la prevalencia o prioridad de un derecho o principio sobre el otro en los casos en los que una de las magnitudes sea superior a la otra. No obstante, en los casos de empate, la situación es más compleja porque no habría base racional para poder justificar una u otra respuesta al caso, y existiría discrecionalidad. En todo caso, no se van a analizar aquí las críticas realizadas al modelo de Alexy ni la respuesta de este a las mismas.

Se pondrá un ejemplo de la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto para comprobar su funcionamiento. Concretamente, se analizará su aplicación en el supuesto de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor en las circunstancias en las que la información sea veraz, no injuriosa y de relevancia pública, cuando, de acuerdo con una jurisprudencia muy consolidada, se da prioridad a la libertad de información. Previamente se ha de haber establecido que esta decisión que favorece la libertad de información satisface las exigencias de perseguir un fin constitucionalmente legítimo, que es idónea para la consecución de tal fin y que es necesaria (no

existen métodos alternativos menos gravosos). No se entrará en esos aspectos y se considerará que son satisfechos para poder centrarse en la proporcionalidad en sentido estricto.

En primer lugar, hay que asignar una magnitud al grado de lesión o menoscabo del derecho al honor del afectado en las circunstancias apuntadas. Esto puede resultar problemático, puesto que, aun dentro de las circunstancias genéricas referidas, el grado de afectación puede variar en cada caso individual. De cualquier modo, como se afirma que no se utilizan expresiones insultantes o injuriosas, usualmente no se excedería de una calificación de «m» (grado medio). En cambio, el grado de satisfacción de la libertad de información cuando se informa acerca de asuntos de relevancia pública (por ejemplo, acerca de las supuestas ilegalidades cometidas por un alto cargo de un ministerio en el ejercicio de sus funciones), se puede calificar como «g» (el Tribunal Constitucional ha insistido repetidamente en la importancia que tiene la libertad de información para la formación de una opinión pública libre, pilar básico en una sociedad democrática, y esta importancia se manifiesta en mayor medida cuando la información es veraz y de relevancia pública). En consecuencia, siendo P_i el derecho al honor (elemento afectado negativamente) y P_j la libertad de información, IP_iC tiene un valor de «m» y WP_jC un valor de «g». Por lo tanto, P_j prevalece sobre P_i en las circunstancias de información veraz, no injuriosa y de relevancia pública (o, en otras palabras, la regla resultante de la ponderación está justificada).

Resumen

Aunque normalmente el Derecho es visto como un conjunto o sistema de normas, estas tienen una dimensión práctica evidente, pues tales normas existen para dirigir el comportamiento de sus destinatarios. Por lo tanto, los individuos y las propias instituciones u órganos del Estado deben ajustar su comportamiento a lo que dispone el Derecho o bien asumir las consecuencias de no hacerlo (que están también determinadas por el Derecho). Esto implica que las normas jurídicas son «usadas» para justificar decisiones y comportamientos, lo que requiere previamente conocer qué es lo que el Derecho establece en cada caso, o cuál es la decisión correcta «conforme a Derecho».

Dicho de otra manera, las decisiones que se toman deben justificarse o fundamentarse jurídicamente, para lo cual es necesario conocer el significado de las disposiciones legales. Es por ello que los conceptos de *interpretación* y *aplicación del Derecho* tienen una importancia capital.

El concepto de *aplicación del Derecho* afecta a determinadas instituciones públicas (como el poder judicial o la Administración), que deben basar sus decisiones en el Derecho. Esto exige que tales decisiones estén jurídicamente justificadas (conforme a Derecho). El esquema justificatorio básico de toda decisión jurídica es el **silogismo jurídico**, que parte de una serie de premisas normativas (acerca del Derecho) y fácticas (acerca de los hechos) para fundamentar o justificar la decisión a través de un razonamiento lógico o deductivo. Ahora bien, para que la decisión sea correcta, no solo debe haber una conexión lógica entre las premisas y la conclusión (**justificación interna**), sino que las propias premisas utilizadas deben ser sólidas y adecuadas (**justificación externa**). En muchas ocasiones, ello es sencillo y no plantea demasiados problemas (**casos fáciles**), pero en otros casos surgen dificultades que pueden afectar a las premisas normativas y a las fácticas, y que complican la actividad de justificar la decisión (**casos difíciles**), exigiendo un mayor esfuerzo argumentativo para fundamentar o justificar la elección de las premisas utilizadas. Siguiendo la clasificación del profesor escocés Neil MacCormick, existen cuatro grandes tipos o categorías de problemas: problemas de relevancia, de interpretación, de prueba y de calificación. Los dos primeros afectan a las premisas normativas, y los dos últimos, a las fácticas.

Por otra parte, la **interpretación** consiste en la determinación del significado de las disposiciones o preceptos jurídicos dictados por las autoridades, y es una actividad previa y necesaria para cualquier tipo de aplicación, es decir, no es posible aplicar el Derecho sin interpretarlo previamente, aunque sí que cabe la interpretación sin aplicación. Como el Derecho se expresa a través del lenguaje (aunque sea un lenguaje técnico), está afectado por diversos tipos de problemas que pueden dificultar la tarea interpretativa, como la **vaguedad** o

textura abierta (imprecisión o indeterminación relativa del significado), la **ambigüedad** (pluralidad de significados) o la **carga emotiva** (vinculación de ciertos aspectos valorativos a los significados). Es posible clasificar distintos tipos de interpretación jurídica según los intérpretes o según las técnicas utilizadas. En este último ámbito, es posible distinguir entre la interpretación literal y la correctora (que, a su vez, puede ser extensiva o restrictiva, según si amplía o reduce el ámbito de aplicación respecto de la interpretación literal).

A lo largo del apartado correspondiente del módulo, se han presentado brevemente algunos de los argumentos y técnicas interpretativas más habituales que los juristas utilizan para fundamentar o justificar las interpretaciones que utilizan en sus razonamientos o decisiones.

En el último apartado, se ha hecho referencia de manera esquemática a las especiales características y dificultades específicas que rodean a la **interpretación y aplicación de los derechos fundamentales** y otros preceptos constitucionales conocidos como «bienes constitucionalmente protegidos». Más concretamente, en lo que se refiere a las situaciones en las que varios derechos y bienes entran en conflicto y el decisor tiene que resolver el caso dando preferencia o prioridad a uno de los derechos en juego, a costa del sacrificio del otro. Este es un ámbito de gran complejidad teórica que ha sido objeto de gran atención y desarrollo en los últimos años, y existen muchas y muy diversas posiciones al respecto. En cualquier caso, el modelo que ha generado un mayor consenso y que podría considerarse como la «concepción estándar» se basaría en tres grandes puntos o tesis:

- Los elementos en colisión son **principios**, entendidos como una categoría de normas distinta a la de las **reglas**.
- Las situaciones de conflicto o colisión no son asimilables o equiparables a las antinomias (pues son conflictos en concreto y no en abstracto).
- Para la resolución de estos conflictos es necesario un mecanismo o procedimiento específico, muy distinto de los clásicos criterios de resolución de antinomias, y que suele denominarse **ponderación**. Se ha hecho referencia a uno de los modelos teóricos de la ponderación de principios más desarrollados y con mayor aceptación, que es el de Robert Alexy, basado en el **principio de proporcionalidad**. La idea central es que la respuesta al caso solo está justificada en la medida en que la satisfacción de uno de los principios en colisión sea superior o más intensa que el grado de lesión del otro principio que resulta sacrificado.



73.574 INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Semestre Marzo 23–Julio 23

Módulo 3

Prueba de evaluación continua- PEC 3

EL DERECHO EN ACCIÓN: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

- Presentación y objetivos
- Enunciado: descripción teórica de la práctica a realizar
- Materiales
- Criterios de evaluación
- Formato entrega
- Fecha de entrega

Presentación

Presentación y objetivos

Esta PEC se propone desarrollar los objetivos y competencias indicados a la unidad de aprendizaje 3, siguiendo las pautas del Plan Docente. Para esta unidad se establecen los siguientes **objetivos** específicos:

1. Conocer y reconocer las principales dificultades (lingüísticas o de otro tipo) relacionadas con la aplicación y la interpretación de los preceptos jurídicos, y sus implicaciones y mecanismos de solución, prestando especial atención a los diferentes argumentos o técnicas interpretativas.
2. Identificar los elementos fundamentales de los conflictos entre principios y del mecanismo de la ponderación.
3. Conocer y saber cómo reconstruir y estructurar un razonamiento jurídico para justificar una decisión o posicionamiento basado en el derecho.
4. Saber cómo utilizar las diferentes técnicas interpretativas más adecuadas en función del contexto y de las necesidades y objetivos a alcanzar.
5. Ser capaces de estructurar un razonamiento ponderado para justificar una decisión en un contexto de conflicto entre principios.
6. Mostrar capacidad para la obtención e identificación de preceptos jurídicos, decisiones judiciales y artículos doctrinales para fundamentar interpretaciones y decisiones basadas en derecho.

Además, **esta PEC trabaja las competencias siguientes**, de acuerdo con el Plan Docente:

Grado en Derecho

Competencias transversales

- Uso y aplicación de las TICs
- Comunicarse correctamente, oralmente y por escrito, tanto en las lenguas propias como en una lengua extranjera
- Trabajar en equipo y en ambientes multidisciplinares, así como las relaciones interpersonales

Competencias específicas

- Búsqueda, obtención y uso de las fuentes jurídicas (legales, jurisprudenciales y doctrinales)
- Comprensión de las diferentes formas de creación del Derecho, su evolución histórica y su realidad actual
- Desarrollo de un discurso jurídico correctamente estructurado, tanto de manera oral como escrita
- Análisis de la realidad social desde la perspectiva del Derecho como sistema regulador de las relaciones sociales

Grado en Criminología

Competencias transversales

- Comunicarse correctamente, oralmente y por escrito, tanto en las lenguas propias como en una lengua extranjera

Competencias específicas

- Desarrollar la actividad criminológica conforme a los principios constitucionales, los derechos fundamentales y las libertades públicas
- Situar el fenómeno criminal en el contexto personal, social y jurídico en el que se desarrolla

Descripción de la práctica

La prueba consta de **dos partes**. La **primera** parte (6 puntos) consiste en una serie de preguntas sobre una resolución judicial que deben responderse de manera argumentada. En la **segunda** parte (4 puntos) el estudiante debe justificar por qué una serie de afirmaciones son falsas.

Enunciado de la PEC

Primera Parte (6 puntos)

Leed el siguiente extracto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre, que resuelve un recurso de amparo, y responded de manera argumentada las preguntas que se plantean:

"... El acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reunía las exigencias requeridas por el juicio de proporcionalidad. Se trataba en primer lugar de una medida justificada,

puesto que, conforme consta en la Sentencia de instancia, su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador. En segundo término, la medida era idónea para la finalidad pretendida por la empresa, consistente en verificar si el trabajador cometía efectivamente la irregularidad sospechada: la revelación a terceros de datos empresariales de reserva obligada; al objeto de adoptar las medidas disciplinarias correspondientes. En tercer lugar, la medida podía considerarse necesaria, dado que, como instrumento de transmisión de dicha información confidencial, el contenido o texto de los correos electrónicos serviría de prueba de la citada irregularidad ante la eventual impugnación judicial de la sanción empresarial; no era pues suficiente a tal fin el mero acceso a otros elementos de la comunicación como la identificación del remitente o destinatario, que por sí solos no permitían acreditar el ilícito indicado. Finalmente, la medida podía entenderse como ponderada y equilibrada; al margen de las garantías con que se realizó el control empresarial a través de la intervención de perito informático y notario, ha de partirse de que la controversia a dirimir en este recurso se ciñe a los correos electrónicos aportados por la empresa como prueba en el proceso de despido que fueron valorados en su decisión por la resolución judicial impugnada: en concreto, los relativos a datos sobre la cosecha de 2007 y 2008. No consta en las actuaciones que el contenido de estos mensajes refleje aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador, sino únicamente información relativa a la actividad empresarial, cuya remisión a terceros, conforme a la Sentencia recurrida, implicaba una transgresión de la buena fe contractual. De ahí que, atendida la naturaleza de la infracción investigada y su relevancia para la entidad, no pueda apreciarse que la acción empresarial de fiscalización haya resultado desmedida respecto a la afectación sufrida por la privacidad del trabajador. En consecuencia y como ya se ha indicado, una vez ponderados los derechos y bienes en conflicto en los términos vistos, este Tribunal considera que la conducta empresarial de fiscalización ha sido conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad.”

1. ¿Qué derecho o derechos considera el recurrente que han sido vulnerados?

El recurrente considera que la intervención empresarial de comunicaciones electrónicas vulnera sus derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

2. ¿De qué modo resuelve el Tribunal Constitucional el caso enjuiciado?

Aquí el estudiante debe explicar cómo el Alto Tribunal recurre a la denominada ley de la ponderación para dirimir el conflicto existente. En este sentido, lo que este trata de argumentar es que el acceso de la empresa a ciertos correos electrónicos del trabajador puede entenderse como una medida justificada, idónea, necesaria, y proporcional. Justificada, porque se funda en la sospecha de que el trabajador estaba cometiendo ciertas irregularidades; idónea, porque la fiscalización del correo electrónico del trabajador es la medida que permitirá verificar si las sospechas son fundadas, en el sentido de que aquel estaría revelando a terceros datos empresariales de reserva obligada; necesaria, porque es el contenido o texto de los correos electrónicos que se interceptan el que serviría de prueba frente a una eventual impugnación judicial de la sanción empresarial; y proporcional, porque el contenido de los mensajes que son intervenidos no refleja aspectos específicos de la vida personal y familiar del trabajador sino información relativa a la actividad empresarial que tiene carácter reservado y cuya divulgación constituye una infracción del principio de buena fe contractual.

Una vez explicada cómo funciona la ley de la ponderación, el estudiante debe concluir que, de acuerdo con la argumentación del Tribunal, la conducta empresarial de fiscalización, en las circunstancias del caso planteado, no constituye una vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones del recurrente (si bien en otras circunstancias distintas un conflicto entre los mismos derechos podría ser resuelto en sentido contrario).

Segunda Parte (4 puntos)

Indicad por qué las afirmaciones son FALSAS, justificando brevemente la respuesta (máximo 5 líneas):

-Un razonamiento jurídico está debidamente justificado si describe un hecho adecuadamente probado.

Este aspecto a lo sumo supondría que la premisa fáctica está externamente justificada. La justificación de un razonamiento jurídico depende no sólo de la justificación externa de las premisas fácticas, sino también de que lo estén en el mismo sentido las premisas normativas y de que la conclusión se obtenga correctamente a partir de la premisa normativa y la premisa fáctica (es lo que se denomina justificación interna).

-En los conceptos esencialmente controvertidos, la ambigüedad es especialmente intensa.

En los conceptos esencialmente controvertidos, lo que es especialmente intensa es la vaguedad, ya que en estos conceptos la discusión acerca de su significado es central y forma parte del significado mismo del término. Ejemplos de conceptos esencialmente controvertidos serían expresiones como 'bueno' o 'justo'.

-Todos los supuestos de interpretación auténtica lo son también de interpretación oficial.

Para diferenciar la interpretación auténtica de la oficial, esta última se restringe a aquellos casos en los que el intérprete no es el mismo órgano que dictó la disposición interpretada.

-Cuando se habla de interpretación literal, se está afirmando que existe sólo una.

Dados los problemas del lenguaje existentes (como son la vaguedad, la ambigüedad o la carga emotiva), podemos concluir que es frecuente que sea posible atribuir distintos significados a un mismo texto sin salir sin embargo de su literalidad.

-El argumento sociológico, dado que apuesta por una interpretación dinámica de los preceptos legales, da lugar necesariamente a interpretaciones extensivas.

Aunque es cierto que el argumento sociológico, a diferencia por ejemplo del argumento histórico o del psicológico, aboga por una interpretación dinámica de los preceptos legales, puede dar lugar tanto a interpretaciones extensivas como a interpretaciones restrictivas, ya que lo que le caracteriza es que justifica interpretaciones distintas que, o bien incluyen supuestos que antes quedaban excluidos, o bien excluye situaciones que antes quedaban incluidas.

Materiales

Para realizar esta PEC se debe estudiar previamente el **módulo 3** de la asignatura.

Criterios de evaluación

Los criterios utilizados para otorgar las diversas puntuaciones serán:

- la **adecuación** de la respuesta al enunciado de la pregunta.
- la **corrección** del contenido de la respuesta.
- la **complejidad** del razonamiento que se utiliza para apoyar la solución aportada.
- el **estilo** de redacción en la respuesta, cuestión importante para un jurista.

Formato entrega

La PEC debe entregarse en el Registro de Evaluación Continua (no en el buzón personal del consultor). Las respuestas se entregarán en un fichero en formato Word (.doc), Rich Text Format (.rft), Open Document, o PDF.

Fecha de entrega

La fecha límite de entrega son las 24 horas del día **15 de mayo de 2023**.



73.574 TEORÍA DEL DERECHO 30.506 INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Semestre Feb. 23 – Julio 23

Módulo 3

Unidad de Aprendizaje 3 – GES 3

El Derecho en acción: Interpretación y aplicación del derecho

- [Itinerario de estudio de la Unidad de aprendizaje](#)
- [Presentación de la GES](#)
- [Objetivos](#)
- [Conceptos más importantes](#)
- [Lecturas complementarias](#)

Itinerario de estudio de la Unidad de Aprendizaje 3

LISTADO DE TAREAS Y DEDICACIÓN HORARIA ESTIMADA

- Lectura de la GES 3
- Lectura y estudio del Módulo 3
- Lectura (opcional) de los materiales complementarios indicados en la GES 3
- Lectura del enunciado de la PEC 3
- Realización de la PEC 3
- Lectura de las soluciones de la PEC 3

La dedicación horaria total estimada para esta unidad de aprendizaje es de **30 horas**

Presentación

En este módulo estudiaremos los conceptos de aplicación e interpretación del derecho. Estos tienen una importancia capital tan pronto como reflexionamos acerca de que el derecho tiene una dimensión práctica. Quiere esto decir que las normas existen para dirigir el comportamiento de sus destinatarios, sean los individuos, sean las instituciones del Estado. Si aquellos y éstas deben acomodar su conducta a lo que dispone el derecho (o alternatively, asumir las consecuencias de no hacerlo), entonces se requiere conocer con carácter previo qué es lo que el Derecho establece en cada caso.

Concretamente, el concepto de aplicación está asociado a ciertas instituciones, las cuales deben basar sus decisiones en derecho. En este sentido, examinaremos cuál es el esquema de justificación de las decisiones jurídicas. Del mismo modo, identificaremos y abordaremos algunos problemas que pueden convertir en problemática esta labor de fundamentación.

Por lo que se refiere al concepto de interpretación, estudiaremos su significado y algunas tipologías, identificaremos algunos problemas que pueden dificultar esta tarea, y examinaremos algunos argumentos y técnicas interpretativas a los que los juristas recurren con el fin de fundamentar las interpretaciones que utilizan en sus decisiones.

Se dedica también una especial atención a la aplicación de los principios jurídicos, y específicamente a las situaciones de conflicto o colisión entre principios y a su resolución a través del mecanismo de la ponderación.

Objetivos

El objetivo principal es que los estudiantes comprendan el significado y el alcance de las nociones de aplicación e interpretación del Derecho. Con este propósito, mediante el estudio del presente módulo, el/la estudiante ha de ser capaz de:

- Comprender la dimensión práctica del Derecho.
- Identificar y analizar el esquema de justificación de las decisiones jurídicas.
- Identificar y abordar algunos problemas que pueden convertir en problemática la labor de fundamentación de las decisiones jurídicas.
- Esclarecer el significado del concepto de interpretación jurídica.
- Conocer distintas tipologías de interpretación.
- Identificar y analizar algunos argumentos y técnicas interpretativas a los que los juristas recurren con el fin de fundamentar las interpretaciones que utilizan en sus decisiones.
- Saber discernir los diferentes tipos de estándares normativos involucrados en el análisis de los conflictos normativos y, en particular, identificar sus rasgos relevantes a efectos de determinar si una cierta norma se puede considerar como una regla o, al contrario, como un principio.

- Saber distinguir las principales concepciones de la ponderación, así como los diferentes problemas (conceptuales, metodológicos y normativos) vinculados con esta actividad.
- Adquirir la competencia para utilizar la técnica de ponderación de las normas presentada en la unidad.

Conceptos más importantes

Los conceptos centrales que son objeto de estudio en relación con la interpretación y aplicación de las normas jurídicas son:

-**Ambigüedad**: una expresión resulta ambigua si se le pueden asignar dos o más significados.

-**Aplicación del Derecho**: actividad que lleva a cabo cierta autoridad pública en la que se toma una decisión basada en una norma jurídica.

-**Casos difíciles**: son aquellos casos en los que, debido a ciertos problemas que afectan a las premisas normativas y/o fácticas surgen problemas de justificación externa, poniendo en cuestión que exista una única respuesta correcta para el caso.

-**Justificación externa**: una decisión judicial está justificada externamente si los están sus premisas normativas y fácticas.

-**Justificación interna**: una decisión judicial está justificada internamente si el fallo se deriva lógicamente de las premisas normativas y fácticas, expresadas en los fundamentos de Derecho y de hecho.

-**Interpretación del Derecho**: actividad que consiste en atribuir un significado a un enunciado normativo. Dependiendo del sujeto que lleva a cabo la interpretación, se habla de: interpretación auténtica (si la realiza la misma autoridad que dictó el enunciado que se interpreta), oficial (si la lleva a cabo un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones), judicial (que es la realizada por los órganos jurisdiccionales), doctrinal (si la realizan los juristas en su actividad teórica de descripción y de sistematización del Derecho), y operativa (que es la utilizada por los abogados o asesores de las partes). En otro sentido, teniendo en cuenta la técnica interpretativa utilizada, puede hablarse de: interpretación literal (que se ajusta al significado lingüístico de la expresión interpretada, según la práctica de la comunidad lingüística de que se trate) e interpretación correctora (que se aparta de la interpretación literal).

-**Vaguedad**: un concepto resulta vago cuando hay casos en relación con los cuales su aplicación no está definida con precisión.

Completado el estudio, y realizadas algunas lecturas básicas y/o complementarias, el/la estudiante ha de ser capaz de responder de forma razonada a las siguientes preguntas:

1. ¿Juega la lógica algún papel en la justificación de las decisiones judiciales?
2. ¿Es el Derecho un fenómeno lingüístico?
3. ¿Hay una respuesta correcta y determinada para cada caso?
4. ¿Hay aplicación del Derecho sin interpretación?
5. ¿Hay interpretación del Derecho sin aplicación?

Por lo que respecta a los conflictos entre principios y la ponderación, se destaca que la posición más ampliamente aceptada es la que considera que los conflictos entre normas constitucionales son considerados distintos a los demás conflictos normativos, con base en al menos tres tesis diferentes: (a) se trataría de conflictos entre **principios** y no entre reglas; (b) se trataría de conflictos de origen eminentemente **empírico** y no lógico (o sea *in concreto* y no *in abstracto*); (c) los efectos de su solución, se necesita un mecanismo específico, denominado **ponderación**, que tiene efectos diferentes de la aplicación de los criterios de solución de antinomias que ya conocemos (*lex superior, lex posterior, lex specialis*).

Pese a las dificultades teóricas, es posible aislar un **concepto mínimo de "ponderación"** según el cual esta actividad consiste en la atribución de un determinado nivel o grado de "peso" o "importancia" a cada uno de los elementos en conflicto en las circunstancias del caso a decidir, que determina cuál de estos elementos "vence" al otro y resuelve el caso. Existen diversos

modelos prescriptivos o valorativos de la ponderación, es decir modelos que nos dicen **cómo se debería realizar** esta actividad (en relación con determinados criterios ideales). Se analiza, en particular, el modelo basado en el **principio de proporcionalidad**, que es utilizado generalmente por jurisprudencia y doctrina como criterio fundamental del proceso de ponderación en vistas a obtener un resultado correcto o satisfactorio. Robert Alexy es probablemente el autor más destacado en este punto. Según el jurista alemán, este criterio establece que el sacrificio impuesto a un principio (bien, derecho, etc.) en nombre de la satisfacción de otro sólo estaría justificado en la medida que no sea superior a ésta última.

Lecturas complementarias

- R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- M. Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985.
- M. Gascón y A. García Figueroa, *La argumentación en el Derecho*, Lima, Palestra, 2005.
- V. Iturralde Sesma, *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- D. Martínez Zorrilla, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- D. Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- D. Mendonca, *Interpretación y aplicación del Derecho*, Almería, Universidad de Almería, 1977.

La ley es la ley. ¡Pero no hay derecho! Las múltiples y complejas relaciones entre el derecho, la moral y la justicia

PID_00279264

David Martínez Zorrilla

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas





David Martínez Zorrilla

Doctor en Derecho por la UPF. Profesor Agregado de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC.

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por el profesor: David Martínez Zorrilla

Primera edición: febrero 2021
© de esta edición, Fundació Universitat Oberta de Catalunya (FUOC)
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Autoría: David Martínez Zorrilla
Producción: FUOC
Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

Introducción.....	5
Objetivos.....	7
1. La relación conceptual entre el Derecho y la moral.....	9
1.1. El iusnaturalismo	9
1.1.1. El dualismo jurídico	9
1.1.2. Superioridad del Derecho natural sobre el Derecho positivo	10
1.1.3. Problemas de las concepciones iusnaturalistas	11
1.2. El iuspositivismo	12
1.2.1. Positivismo metodológico y positivismo ideológico	14
2. La imposición de la moral a través del Derecho.....	16
2.1. Liberalismo, paternalismo y perfeccionismo	16
2.1.1. El liberalismo	17
2.1.2. El paternalismo legal	18
2.1.3. El perfeccionismo legal	19
2.2. El moralismo legal	20
3. El Derecho como instrumento para promover la justicia.....	22
3.1. La justicia formal y la «moral interna» del Derecho	22
3.2. La justicia retributiva	24
3.2.1. La responsabilidad civil	25
3.2.2. La responsabilidad penal o criminal	26
3.2.3. Las teorías de justificación de la pena	30
3.3. La justicia distributiva. Teorías de la justicia	32
3.3.1. El utilitarismo	33
3.3.2. La teoría liberal de John Rawls	38
3.3.3. Comunitarismo y multiculturalismo	43
Resumen.....	49

Introducción

En este módulo docente se expondrán brevemente algunas de las numerosas cuestiones que plantean las relaciones entre el Derecho y la moral, especialmente por lo que respecta al concepto o idea de *justicia*. Incluso a primera vista, y a pesar de que el concepto de *justicia* es propio del ámbito de la filosofía moral y de la filosofía política, parece existir una estrecha relación entre el Derecho y la justicia que se refleja en el propio lenguaje. Así, por ejemplo, es habitual referirse al poder judicial como la «administración de justicia», o a los jueces y tribunales como «la justicia», pese a que estrictamente hablando lo que corresponde hacer a los tribunales es aplicar el Derecho o decidir conforme a Derecho, y no «impartir justicia». Pero al mismo tiempo, si se entiende que en sus decisiones el poder judicial ha vulnerado la ley, también se puede decir que su decisión ha sido «injusta» o que no ha actuado «con justicia». Por otra parte, es habitual también reaccionar ante una situación de injusticia con la expresión *no hay derecho*. Y el propio sistema jurídico, en muchas ocasiones, utiliza expresiones o conceptos propios del discurso moral, sobre todo en ciertos ámbitos, como el de los derechos fundamentales (estrechamente vinculados con el concepto de *derechos humanos*, proveniente de la filosofía moral).

Otra de las cuestiones que se plantean es la de hasta qué punto está justificado (si es que puede estarlo en alguna medida) que el Estado y el poder político utilicen la coacción propia de los sistemas jurídicos para imponer una determinada concepción moral (de lo moralmente «bueno» o «correcto») y sancionar jurídicamente comportamientos considerados inmorales, incluso en contra de la voluntad de los individuos afectados y aunque dichos comportamientos no causen daño a terceros.

Como ya se tuvo la oportunidad de ver en el módulo «El Derecho: ¿por qué y para qué?», parece innegable que se produce algún tipo de conexión entre estos dos ámbitos, pues una de las funciones básicas de todo sistema jurídico es contribuir a generar una sociedad más justa, o al menos intentar acabar con las expresiones más extremas, claras o evidentes de injusticia. Pero, aunque parece obvio que existen relaciones entre Derecho y justicia, se plantean, al menos, tres cuestiones distintas:

- ¿Hasta qué punto existe una relación conceptual entre el Derecho y la justicia? O, dicho de otro modo, ¿hasta qué punto la justicia o la corrección moral del contenido de las normas pueden afectar a su carácter jurídico? ¿Puede considerarse «Derecho» una norma manifiestamente injusta, que vulnera los requisitos o las exigencias morales y de justicia más básicas y fundamentales? Esta cuestión ha recibido tradicionalmente bastante atención por parte de los filósofos del Derecho, y se puede referir como «la cuestión conceptual de la relación entre el Derecho y la moral», porque

afecta al propio concepto o definición de qué es el «Derecho» o qué puede considerarse como «Derecho».

- ¿Se pueden utilizar legítimamente los instrumentos coactivos propios del Derecho para intentar imponer una determinada concepción de lo moralmente bueno o correcto, o para castigar legalmente la inmoralidad? ¿Es una obligación del Estado la de intentar hacer ciudadanos virtuosos, o solo tiene que intervenir para evitar que se produzcan daños a terceros, o quizá también a sí mismos? Esta es una cuestión estrechamente vinculada con el debate filosófico acerca de los límites de la acción del Estado, o en otras palabras, hasta qué punto puede justificarse que los poderes públicos limiten la autonomía de los ciudadanos.
- Aunque sea habitual hablar de «justicia», está el problema de qué se entiende por esta, esto es, qué normas, instituciones, etc. pueden considerarse «justas» o «injustas». Existen intensos debates sobre estas cuestiones en los ámbitos de la filosofía moral y política, a los que solo podremos referirnos con breves pinceladas. Además, no siempre se hace referencia al mismo tipo de cuestiones o problemas al hablar de «justicia», puesto que puede diferenciarse entre la justicia formal y la material, y dentro de esta última, entre la justicia retributiva y la distributiva.

En los siguientes apartados se tratarán las cuestiones aquí apuntadas: en primer lugar, las diferentes posiciones respecto a la relación o conexión conceptual entre el Derecho y la justicia o corrección moral; en segundo lugar, las distintas posiciones acerca de la justificación de la coerción estatal a través del Derecho para imponer o proteger concepciones morales; y por último, algunos temas relacionados con la propia noción de «justicia», diferenciando entre la justicia formal y material, y la justicia retributiva y distributiva. Por razones de espacio y por el carácter introductorio de estas páginas no se estudiarán otras interesantes cuestiones, como, por ejemplo, si existe o no un deber moral de obediencia al Derecho.

Objetivos

1. Tomar conciencia y saber identificar las conexiones entre el derecho y los ámbitos de la moral y la política.
2. Conocer los elementos fundamentales de algunas de las principales concepciones de la justicia.
3. Entender las implicaciones del debate teórico sobre las vinculaciones conceptuales entre el derecho y la moral.
4. Identificar y analizar las diferentes concepciones de la justicia subyacentes a una medida, regulación o decisión jurídica.
5. Analizar las diferentes concepciones teóricas sobre el uso del derecho como herramienta para implementar una determinada concepción moral o de la justicia.
6. Comprender las diferentes vías y mecanismos a través de los cuales el derecho implementa los ideales de justicia formal y de justicia material o sustantiva.

1. La relación conceptual entre el Derecho y la moral

Desde antiguo, la cuestión de la conexión conceptual (o la ausencia de esta) entre el Derecho y la moral ha reclamado la atención de muchos pensadores. En la medida en que el Derecho está conectado con el poder coactivo del Estado, para algunos autores la justificación principal o incluso la única de esta coacción o violencia institucionalizada es que contribuya a la promoción de la justicia, o que al menos no resulte manifiestamente injusta (una de las funciones básicas que se atribuyen al derecho es la legitimación del poder político), con lo que algo solo merecería la calificación de «Derecho» en la medida en que satisface unas mínimas exigencias de moralidad o justicia.

Sobre esta cuestión, a pesar de las grandes diferencias entre los distintos autores y épocas, pueden identificarse dos grandes corrientes: el **iusnaturalismo**, y el **iuspositivismo** (o positivismo jurídico).

1.1. El iusnaturalismo

El iusnaturalismo ha sido la corriente históricamente dominante en el pensamiento jurídico, ya desde la antigüedad y el medievo. Pese a las diferencias significativas entre los diversos autores y épocas, todas las teorías o concepciones de carácter iusnaturalista comparten dos tesis principales, a las que se podrán referir como el «**dualismo jurídico**», por una parte, y la «**superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo**», por otra.

1.1.1. El dualismo jurídico

El iusnaturalismo es una concepción **dualista** del Derecho, ya que entiende que existen dos conjuntos de normas jurídicas: el Derecho natural y el Derecho positivo.

El **Derecho positivo** sería el conjunto de normas y disposiciones dictadas por las autoridades humanas (poder político), mientras que el **Derecho natural** haría referencia a un conjunto de normas y principios de carácter objetivo, universal e inmutable, comunes a todo ser humano con independencia del lugar y momento histórico, e independientes, por tanto, de la voluntad de las autoridades políticas de turno.

Existen grandes diferencias acerca del fundamento de estas normas universales e inmutables. Según los autores, puede situarse en la propia «naturaleza de las cosas», en la voluntad divina o en la razón humana (capacidad racional de los seres humanos, compartida y universal en cuanto a miembros de la especie

humana). A grandes rasgos, estas serían las concepciones predominantes en la Antigüedad clásica, en la Edad Media y en la Modernidad. En cualquier caso, lo que tienen en común es que se trataría de normas y principios independientes de la voluntad o los caprichos de la autoridad que circunstancialmente ejerce el poder.

El pensamiento griego clásico es marcadamente teleológico (del griego *télos*, «finalidad» u «objetivo»). Según esta concepción, todas las cosas (incluyendo a los seres humanos) actúan de acuerdo con su naturaleza con el fin de conseguir su finalidad propia. Esta manera de ver las cosas no solo se aplicaba al conocimiento de la naturaleza, sino también a los ámbitos de la política, la moral o el Derecho. Por ejemplo, para Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, siglo IV a. C.), el comportamiento moralmente correcto era el de utilizar de manera virtuosa la capacidad propiamente distintiva humana (la racionalidad) con el fin de alcanzar la finalidad propia del hombre: la felicidad (*eudaimonia*, entendida más bien como la armonía y la plenitud del ser, más que como la idea de «estar contento»).

Para el iusnaturalismo teológico, el Derecho natural sería un conjunto de leyes o normas ordenadas por Dios, superiores a cualquier ley humana. Tomás de Aquino, por ejemplo, en la *Summa Theologiae* (siglo XIII) llama «ley eterna» al orden establecido por Dios que rige todas las cosas. Esta ley eterna está compuesta, por una parte, por la ley divina (parte de la ley eterna que ha sido directamente revelada, por ejemplo, a través de las escrituras) y, por la otra, por la ley natural (parte de la ley eterna que se puede llegar a captar a través de la razón). La ley humana, por su parte, sería aquella elaborada por las autoridades humanas (poder político).

El iusnaturalismo racionalista, propio de la Modernidad y la Ilustración, fundamenta el Derecho natural en la razón humana, elemento común y distintivo de todos los seres humanos. Roto el monolitismo religioso de la Edad Media, y en el contexto de la Reforma protestante y de las guerras de religión, la teología ya no puede servir de fundamento de la ley natural, si se pretende que esta tenga validez universal. Tiene que fundamentarse, pues, en el único elemento común a todo ser humano, que es su naturaleza racional. Mediante la razón es posible descubrir los principios universales de justicia del Derecho natural. El fundamento, pues, ya no se halla en Dios. En palabras de Hugo Grocio, uno de los iusnaturalistas racionalistas más destacados, en una de sus obras principales, *De iure belli ac pacis* (1625), el Derecho natural es aquel dictado por la recta razón y existiría incluso si Dios no existiera.

1.1.2. Superioridad del Derecho natural sobre el Derecho positivo

La segunda (y fundamental) característica del iusnaturalismo es la **prioridad o prevalencia del Derecho natural sobre el positivo**, en el sentido de que este último carece de validez si resulta contrario o incompatible con los principios morales y de justicia del derecho natural.

Dicho de otro modo, una condición para que las normas de la autoridad política puedan ser consideradas como genuino «Derecho» es que no vulneren el Derecho natural. Por tanto, estrictamente hablando, la expresión *ley injusta* sería una contradicción en sus propios términos, ya que para ser «ley» debe ser «justa», y si no lo es, no es ley. Una de las expresiones más famosas en este sentido es la afirmación *lex iniusta non est lex*, es decir, «el Derecho injusto no es Derecho», que puede encontrarse, en distintas variantes, en la obra de pensadores como Aristóteles, Cicerón, Agustín de Hipona o Tomás de Aquino. En el debate contemporáneo también suele hacerse referencia a esta idea como la «fórmula de Radbruch» (en referencia al jurista alemán Gustav Radbruch, uno de los jueces de los tribunales de Núremberg que juzgaron los crímenes de

la Alemania nazi), para quien las normas extremada o radicalmente injustas (como las que lesionan los derechos humanos más básicos) carecen de toda validez jurídica. Importantes juristas actuales, como el también alemán Robert Alexy, asumen la «fórmula de Radbruch».

1.1.3. Problemas de las concepciones iusnaturalistas

La concepción iusnaturalista del derecho resulta intuitivamente muy atractiva, ya que apela directamente a la justicia, que es uno de los valores o conceptos básicos de la moralidad y que ocupa un lugar muy importante en las concepciones de cómo debe ser el mundo. Sin embargo, esta posición debe afrontar al menos dos tipos de problemas o dificultades importantes, a los que se puede referir, respectivamente, como el «problema epistemológico» y el «problema conceptual».

- Por un lado, cualquier concepción iusnaturalista debe enfrentarse a un importante problema epistemológico (es decir, de conocimiento): se sostiene que existen un conjunto de principios morales y de justicia objetivos (independientes de la voluntad y las decisiones humanas), universales (válidos para todos en cualquier tiempo y lugar) e inmutables (que no cambian con el tiempo), pero ¿cómo se pueden identificar cuáles son? ¿Cómo se puede estar seguro de que los principios que se identifican como universalmente válidos son esos y no otros? ¿Cómo se resuelve, en caso de desacuerdo, quién tiene razón?

De hecho, una de las críticas más habituales que se hacen a la corriente de pensamiento iusnaturalista es la enorme heterogeneidad de concepciones del Derecho natural y de la justicia que se han defendido bajo estos parámetros, lo cual plantea serias dudas sobre sus pretensiones de unidad, universalidad e inmutabilidad. Así, Alf Ross afirma que «No existe ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural»,¹ mientras que Hans Kelsen pone de relieve que bajo el paraguas del derecho natural se han defendido posiciones revolucionarias, conservadoras, democráticas, totalitarias, monárquicas, republicanas, liberales, teocráticas, laicas, comunistas, fascistas, etc.²

⁽¹⁾ROSS, A. (1970) [Edición original de 1953]: *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba, pág. 254.

⁽²⁾Ver KELSEN, H. (1982) [Edición original de 1949]: «La doctrina del derecho natural frente al tribunal de la ciencia», en *¿Qué es justicia?* Barcelona: Ariel.

En el ámbito de las ciencias naturales empíricas, las diferentes teorías cuentan en último término con un «juez imparcial y definitivo», que es la observación empírica. Los resultados de los experimentos son observables y pueden determinar quién tiene razón en caso de desacuerdo. Eso no quiere decir que toda teoría o afirmación de las ciencias empíricas sea inmediatamente observable; puede ocurrir que no se esté todavía en situación de poderla contrastar experimentalmente (por ejemplo, porque todavía no se dispone de la tecnología adecuada para hacer el experimento). Pero tiene que ser al menos verificable en principio, mediante la contrastación con hechos empíricos. La idea se puede ilustrar mediante el ejemplo siguiente: en la física cuántica, una de las controversias más destacadas de los últimos años fue la relativa al origen de la masa. Una teoría postulaba la existencia de un tipo de partículas, el llamado *bosón de Higgs*, para explicar el fenómeno, mientras que otros físicos eran contrarios a ello. Estas partículas, hasta tiempos muy recientes, no eran más que una simple hipótesis, ya que no se tenía el modo de hacer los experimentos necesarios para comprobar si existían realmente. Ahora bien, gracias a la puesta en funcionamiento del nuevo acelerador de partículas LHC de Ginebra, el

mayor del mundo, fue finalmente posible realizar estos experimentos, y los resultados permitieron comprobar empíricamente la corrección de la teoría del bosón de Higgs. Eso quiere decir que, en una controversia entre físicos, es posible saber quién tiene razón en función de los resultados de los experimentos (que no tienen por qué ser necesariamente posibles en el momento actual). En cambio, no se cuenta con ningún recurso similar para determinar quién tiene razón (si es que alguien la tiene) en caso de discrepancias acerca de realidades metafísicas, como el contenido de un supuesto Derecho natural, ya que no contamos con nada más allá de las propias creencias de los autores sobre cuál es su contenido.

- Por otro lado, el iusnaturalismo parece incurrir en un error conceptual al intentar abordar como una cuestión definicional (qué es o qué puede considerarse como Derecho) lo que en realidad sería una cuestión valorativa o un juicio de valor (que determinadas normas son moralmente rechazables y que no existe un deber de obedecerlas –o más aún, que existe un deber de desobedecerlas). Parece que el elemento o aspecto verdaderamente importante que quieren destacar las concepciones iusnaturalistas es que las normas positivas injustas o inmorales no deben ser obedecidas. Pero esto no es una cuestión sobre la definición de lo que es el Derecho, sino una cuestión referida al debate filosófico acerca de la existencia o no de un deber moral de obediencia al derecho positivo y a las autoridades políticas. Al entremezclar los dos aspectos (el conceptual y el valorativo), no solo no se obtendría ninguna ventaja práctica, sino que se incrementaría el riesgo de confusiones y malentendidos teóricos.

Desde el punto de vista práctico, poco o nada se gana con el hecho de negar la calificación de «Derecho» a una norma injusta, ya que no por ello va a desaparecer de la realidad. Como irónicamente puso de manifiesto el filósofo del derecho argentino de origen ruso Eugenio Bulygin en una conferencia en Barcelona hace unos años, si no se quiere llamar «Derecho» a unas normas que se consideran injustas, se las puede llamar «derucho», pero entonces se daría la circunstancia de que los jueces aplicarían el «derucho» y que los estudiantes irían a estudiar a las facultades de «derucho».

Y desde el punto de vista teórico, tampoco es aconsejable entremezclar aspectos conceptuales o descriptivos con aspectos valorativos. En este sentido, el iusnaturalismo sería como si un geólogo afirmara: «Solo son verdaderas rocas las rocas bellas; las rocas feas no son auténticas rocas».

1.2. El iuspositivismo

Como es fácil suponer, el iuspositivismo o positivismo jurídico se contrapone a las concepciones iusnaturalistas del Derecho. Sin embargo, es importante destacar que los positivistas solo niegan necesariamente la segunda tesis iusnaturalista (la prioridad del Derecho natural sobre el positivo), ya que no todos rechazan la idea de un conjunto de normas y principios de justicia objetivos y universales (aunque por lo general suelen mostrarse bastante escépticos al respecto). Así, un destacado iuspositivista como John Austin (1790-1869) defendía la existencia de un Derecho natural objetivo, pero concebía el Derecho positivo como un conjunto de órdenes del soberano respaldadas por amenazas del uso de la fuerza en caso de incumplimiento, para lo cual era irrelevante (para su calificación como «normas jurídicas») si estas podían considerarse

justas o injustas. Es decir, no por el hecho de contravenir un supuesto Derecho natural, las normas positivas dejan de tener validez o de ser consideradas como normas jurídicas.

Por eso, un modo muy habitual de sintetizar la **concepción iuspositivista** es afirmar que una cosa es el Derecho que es y otra el que debería ser. O, dicho con otras palabras, una cosa es el Derecho existente y otra su mérito o demérito moral. Para el iuspositivismo existe, pues, una separación o independencia conceptual entre el Derecho y la moral (son dos ámbitos conceptualmente diferenciados).

El auge del iuspositivismo se produjo sobre todo a partir del siglo XIX, cuando empezaron a configurarse las llamadas *ciencias sociales* (como la antropología, la economía, la sociología, la ciencia política, etc.) y empezó a manifestarse un gran interés por convertir el estudio del Derecho en una disciplina científica, es decir, como una actividad primordialmente descriptiva y neutral desde el punto de vista valorativo. Aunque ha habido desde entonces una importante evolución acerca del concepto y los presupuestos de lo que se considera una «ciencia», los autores iuspositivistas todavía conservan una pretensión de neutralidad valorativa en su tarea de descripción del Derecho y parten del presupuesto metodológico denominado *las fuentes sociales del Derecho*: que algo pueda ser considerado como «Derecho» depende de hechos sociales, empíricamente observables, y no de su valoración moral. Estos hechos sociales son variados y existen diferencias entre autores, pero hacen referencia a aspectos como, por ejemplo, si los miembros de una comunidad obedecen habitualmente los preceptos, cuáles son los criterios que utiliza esa comunidad o parte de ella (abogados, jueces, funcionarios, etc.) para identificar algo como «Derecho», si los preceptos han sido o no dictados o aprobados por determinadas personas o instituciones, si se ha seguido un determinado procedimiento, si existe o no incompatibilidad con otros preceptos también identificados como «Derecho», etc.

La tesis de las fuentes sociales del Derecho y de la separación conceptual respecto de la moral no implica que estos dos ámbitos no guarden estrechas relaciones. En los sistemas jurídicos actuales de los países democráticos, muchas normas jurídicas hacen referencia a conceptos y categorías propios del discurso moral (por ejemplo, la «legítima defensa», el «estado de necesidad», el «interés del menor», etc.), y en algunos casos (sobre todo los que están relacionados con los derechos fundamentales y los principios constitucionales) es casi imposible aplicarlas sin acudir a razonamientos y argumentaciones propios del discurso moral. Pero, aun así, desde el positivismo se sigue afirmando que son ámbitos conceptualmente distintos, puesto que, si los conceptos y el discurso moral son jurídicamente relevantes, es porque el Derecho positivo así lo establece, y no porque el derecho dependa necesariamente de su corrección moral.

1.2.1. Positivismo metodológico y positivismo ideológico

En muchas ocasiones, bajo la etiqueta «positivismo jurídico» se han englobado un conjunto de tesis o afirmaciones de distinto tipo y naturaleza que no tienen por qué defenderse conjuntamente. Algunos autores iusnaturalistas han criticado el positivismo jurídico basándose (erróneamente) en esta falta de distinción, asumiendo que el positivismo supone la defensa conjunta de todos estos postulados, y argumentando que, de algún modo, los autores positivistas serían «amorales» o incluso inmorales.

Para clarificar las cosas, el jurista italiano (iuspositivista) Norberto Bobbio (1909-2004) diferenció entre el **positivismo metodológico**, el **positivismo teórico** y el **positivismo ideológico**. Solo se hará referencia brevemente al primero (metodológico) y al tercero (ideológico). No necesariamente todo autor iuspositivista tiene que sostener las tesis o postulados de los distintos tipos de positivismo, aunque sí que al menos debe compartir las tesis del positivismo metodológico, que sería lo que realmente lo calificaría como un autor positivista.

- El positivismo **metodológico** consiste en una cierta manera de aproximarse al estudio del derecho, es decir, en una cierta metodología, caracterizada por la neutralidad valorativa o axiológica y por basarse en la observación y análisis de ciertos hechos, a fin de elaborar teorías. Se trata pues de características propias de cualquier metodología que aspire a ser considerada como científica.
- El positivismo **ideológico**, por su parte, consiste en la defensa de la existencia de un deber u obligación moral de obedecer al Derecho positivo, independientemente del contenido de este. No es, por tanto, una teoría sobre el concepto o la definición de *Derecho*, sino una teoría moral acerca de la obediencia al mismo, que sostiene, en síntesis, que el Derecho positivo, por el mero hecho de serlo, es justo. Sus defensores suelen destacar el papel que tiene el sistema jurídico en la promoción y protección de valores como el orden, la seguridad y la previsibilidad, lo que justificaría un deber incondicional de obediencia.

Como se ha apuntado, el positivismo jurídico, como concepción metodológica acerca de lo que es el Derecho, no presupone la defensa del positivismo ideológico, aunque circunstancialmente algunos positivistas metodológicos fueran también positivistas ideológicos. Desde el positivismo metodológico no existe contradicción alguna en sostener que una norma jurídica es válida y que existe una obligación legal de cumplirla, y al mismo tiempo afirmar que esa misma norma es moralmente injusta y que en consecuencia no existe un deber moral de obedecerla (o más aún, que existe un deber moral de desobedecerla), ya que derecho y moral son ámbitos conceptualmente distintos. Paradójicamente, esta distinción no puede hacerse desde una perspectiva iusnaturalista, ya que desde esta óptica solo caben dos opciones: o la norma positiva

es válida y existe un deber no solo legal, sino también moral de obedecerla, o no es una norma jurídica y, por tanto, no existe un deber moral de obediencia. Es decir, el deber moral y el deber jurídico son inseparables.

2. La imposición de la moral a través del Derecho

Como se tuvo ocasión de ver en su momento, el contenido mínimo de todo sistema jurídico que pueda entenderse como tal comprende, por una parte, un conjunto de normas con el objetivo de limitar el uso de la violencia, y por otra, otro conjunto de normas con el objetivo de establecer las bases de la cooperación social y facilitar la consecución de fines y objetivos valiosos que están fuera del alcance de los individuos aisladamente considerados. Pero más allá de estos objetivos básicos, los sistemas jurídicos son instrumentos del poder político que pueden estar al servicio de los fines más diversos, como por ejemplo la promoción de la actividad y el crecimiento económico, el progreso científico, la protección y conservación del medio ambiente, etc.

Entre esos posibles fines, puede encontrarse (y existen múltiples ejemplos de ello, tanto históricos como actuales) la voluntad de los gobernantes de hacer de sus ciudadanos personas «modélicas» o virtuosas, que encarnen un determinado ideal de virtud o excelencia, de acuerdo con un cierto modelo o ideal moral, por ejemplo, haciendo de los ciudadanos «buenos patriotas», «buenos cristianos» (o musulmanes, o cualquier otra creencia), etc. En este sentido, los poderes públicos pueden considerarse a sí mismos como legitimados para utilizar los mecanismos propios de los sistemas jurídicos para imponer, incluso en contra de las preferencias, las creencias o la voluntad de sus súbditos, comportamientos que se consideran adecuados según estos ideales de virtud o excelencia, y castigar mediante sanciones legales las desviaciones respecto de tales modelos ideales (por ejemplo, castigando como delitos comportamientos que son «pecado» de acuerdo con ciertas creencias religiosas, aunque tales actos no causen daño alguno a los demás). Se trata, en síntesis, de utilizar el Derecho como un instrumento para la imposición de la moral (o más exactamente, de una determinada concepción moral).

Lo anterior enlaza con el largo debate filosófico acerca de los límites de la acción del Estado, o dicho en otros términos, hasta qué punto el Estado puede legítimamente, a través del derecho, imponer a las personas lo que pueden y no pueden hacer, incluso (o especialmente) cuando se trata de comportamientos que no dañan a terceros, ya sea porque solo afectan a uno mismo o porque todos los afectados otorgan su consentimiento.

2.1. Liberalismo, paternalismo y perfeccionismo

En relación con esta cuestión, pueden distinguirse tres concepciones o posiciones principales, que, ordenadas desde la más restrictiva con la acción del Estado a la más permisiva, son las siguientes:

1) el **liberalismo** (o principio del daño a terceros),

- 2) el **paternalismo legal**, y
- 3) el **perfeccionismo legal**.

2.1.1. El liberalismo

Según la **concepción liberal clásica**, la única razón legítima para limitar la libertad y la autonomía de las personas (siempre que se trate de individuos capaces, es decir, adultos y con plenas facultades), estableciendo obligaciones y prohibiciones, es evitar que estas provoquen un daño a otro u otros individuos.

En este sentido, pues, el Estado no puede limitar ni sancionar aquellas conductas que afectan solo a uno mismo, aunque le afecten negativamente o aunque a la mayoría de la sociedad le parezcan inmorales o reprobables, ya que lo único que justifica la intervención estatal es la evitación de daños a otras personas.

Se suele citar a John Stuart Mill (1806-1873) como al autor más representativo de esta posición, y en la que probablemente sea su obra más famosa, *On Liberty* (*Sobre la libertad*), del año 1859, se puede encontrar el pasaje siguiente:

«Tan pronto como cualquier aspecto de la conducta de una persona afecta en forma perjudicial los intereses de otros, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella, y la cuestión de cuándo el bienestar general será o no promovido interfiriendo con esa conducta queda abierta a discusión. Pero no hay lugar para considerar ninguna cuestión de ese tipo cuando la conducta de la persona no afecta los intereses de nadie aparte de los de ella misma, o no los afectaría si ellos no lo quisieran (siendo todas las personas afectadas de edad madura y entendimiento normal). En estos casos debe haber perfecta libertad, jurídica y social, para realizar la acción y atenerse a las consecuencias. [...]

Tal principio es el siguiente: el único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a interferir la libertad de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle producir un daño a otros. Su propio bien, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más feliz, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Estas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle a causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esa coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el daño a otro. Para aquello que le atañe solo a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano».

Un aspecto central de esta concepción se encuentra, por tanto, en la noción de «daño», ya que es este concepto el que determinará cuándo es posible, de manera justificada, interferir en la libertad del individuo. Si se interpreta de manera muy laxa, podría llegar a entenderse que el simple disgusto o rechazo moral que puede generar una conducta (por ejemplo, el rechazo que provocan los comportamientos homosexuales en la mayoría de una sociedad determinada, o la burla o menosprecio hacia ciertos símbolos religiosos compartidos por la mayoría) puede constituir un «daño», de modo que se desnaturalizaría la posición liberal al hacerse posible la sanción o el castigo de comportamien-

tos considerados como inmorales o de mal gusto por la mayoría social o por las autoridades. Por ello, J. S. Mill insiste en que no puede considerarse como un «daño», a estos efectos, el mero disgusto o rechazo moral que una persona pueda sentir hacia los actos de otra. Se exige, en cambio, una noción más exigente de «daño», que suponga algún tipo de menoscabo en la persona (en la salud física y mental) o en el patrimonio (en los bienes) de otro individuo.

2.1.2. El paternalismo legal

Por su parte, el **paternalismo legal** sostiene que, al margen de los casos en los que puede provocarse un daño a terceros, el Estado también puede intervenir coactivamente para evitar que los individuos se causen un daño a sí mismos.

Se concibe al Estado o a los poderes públicos en general en el papel de «padre» que vela por el bienestar y la seguridad de sus «hijos», y por ello no les permite realizar determinadas conductas potencialmente peligrosas o dañinas, especialmente cuando estas pueden tener consecuencias irreversibles e impedir que los individuos puedan en un futuro llevar a cabo sus planes de vida libremente elegidos.

Algunos ejemplos de medidas paternalistas serían, entre muchas otras, la obligación de usar el cinturón de seguridad en los vehículos (o el casco en las motocicletas), con el fin de evitar en lo posible los graves daños derivados de un accidente, o la obligación de pagar las cuotas a la Seguridad Social en los supuestos de trabajo asalariado, para contar con una serie de coberturas (bajas laborales, pensiones de jubilación, etc.) cuando por determinadas circunstancias, como una enfermedad, un accidente o la propia edad, no permitan al individuo seguir trabajando.

Las medidas de tipo paternalista suponen, al menos hasta cierto punto, que los individuos sean tratados como menores de edad o incapaces que no son realmente conscientes de sus decisiones y que necesitan protección, y no como auténticas personas adultas, autónomas y responsables, por lo que no es de extrañar que no se vean con demasiadas simpatías desde la óptica liberal, salvo en casos de menores de edad o de personas con sus capacidades mentales o cognitivas limitadas. Sin embargo, esto no significa que incluso desde parámetros liberales no puedan entenderse como justificadas algunas medidas de corte paternalista (paternalismo justificado),³ especialmente en contextos que suelen denominarse de *debilidad de la voluntad* y en los que existe un serio riesgo de daños irreversibles. También debe tenerse en cuenta que el objetivo es precisamente preservar la autonomía del individuo y, por tanto, la posibilidad de que en el futuro pueda seguir desarrollando su plan de vida elegido.

⁽³⁾Para un análisis detallado del paternalismo y su justificación, puede verse ALEMANY, M. (2006): *El paternalismo jurídico*. Madrid: lus-tel. También puede verse GARZÓN VALDÉS, E. (1988): «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?» en *Doxa*, núm. 5, págs. 155-173.

Por usar un ejemplo, la obligación de usar el cinturón de seguridad o el casco no se debe a que por lo general los conductores sean unos insensatos o unos ignorantes y no sean conscientes del serio riesgo que corren en caso de tener un accidente sin hacer uso de esas medidas de seguridad, sino evitar que no los utilicen por simple dejadez o para evitar la molestia que supone usarlos, y de ese modo preservar en la mayor medida posible la autonomía futura en caso de sufrir un accidente.

2.1.3. El perfeccionismo legal

Conforme a las concepciones conocidas como **perfeccionistas**, las autoridades públicas están legitimadas (o más aún, obligadas a ello) para imponer coactivamente, es decir, incluso en contra de la voluntad de los individuos, ciertos modelos o estándares de virtud o excelencia que se consideran objetivamente válidos o correctos.

Las medidas de corte perfeccionista suponen un fuerte intervencionismo en la esfera privada de los individuos, ya que el Estado tiene la pretensión de hacer que sus ciudadanos sean «modélicos» o virtuosos de acuerdo con ciertos parámetros que se consideran objetivamente correctos o superiores a cualquier otra forma de vida que pudiera ser libremente elegida por el individuo. Estos «modelos de virtud» pueden tener una base religiosa, moral, política, etc., o combinar elementos de cada uno de esos diversos aspectos.

Por ejemplo, una de las principales pretensiones del Estado nazi era crear «buenos alemanes» que encarnaran los ideales de lo que se consideraba como una raza y una cultura superior; pero de modo similar podrían entenderse como perfeccionistas muchas de las medidas de la antigua Unión Soviética (con el fin de que sus ciudadanos fueran «buenos comunistas»), o de la dictadura de Franco (para ser «buenos españoles» y «buenos católicos»), o de ciertos países de mayoría musulmana (para ser «buenos musulmanes»), y un largo etcétera.

Desde la óptica del perfeccionismo, no existe problema alguno en establecer obligaciones y prohibiciones que tengan que ver con aspectos personales tales como la vestimenta (prendas prohibidas o de uso obligatorio), las lecturas (libros prohibidos o de lectura obligatoria), la lengua, las actividades de ocio, etc. Y por supuesto, el Estado estaría legitimado para castigar, mediante sanciones jurídicas, aquellos comportamientos que se consideren «desviados», «viciosos», «impuros», «degenerados», «pecaminosos», o en general incompatibles con el modelo de virtud adoptado, incluso aunque no impliquen ningún daño a un tercero.

En una entrevista del año 1979 al anterior líder religioso iraní, el *Ayatollah* Jomeini, en la que este respondía a las críticas que desde Occidente se vertían contra los duros castigos aplicados en su régimen a comportamientos como el adulterio, la prostitución o la homosexualidad, este afirmaba lo siguiente:

«En el islam queremos implementar una política de purificación de la sociedad, y para alcanzar ese objetivo debemos castigar a quienes diseminan el mal entre nuestra juventud. ¿No hacen ustedes lo mismo? Cuando un ladrón es un ladrón, ¿no lo arrojan ustedes a la cárcel? En muchos países ¿incluso no ejecutan ustedes a los asesinos? ¿No usan este sistema porque si ellos permanecieran vivos y libres contaminarían a otros y expandirían su mancha de maldad?».⁴

Sin embargo, en lo que se equivocaba Jomeini era en pensar que la prohibición y el castigo de comportamientos como el robo y el asesinato en Occidente se basan en consideraciones perfeccionistas o de «preservar la virtud y contener la maldad», ya que el castigo se fundamenta en la provocación de un daño a un tercero.

⁽⁴⁾Fragmento extraído de un reportaje de Oriana Fallaci en *The Guardian Weekly*, noviembre de 1979. Citado por la traducción de Carlos S. Nino en NINO, C. S. (2003): *Introducción al análisis del Derecho* (2ª ed.). Buenos Aires: Eudeba, pág. 426.

Las medidas de corte perfeccionista son duramente criticadas desde la óptica liberal, aunque si bien puede dar la impresión de que estas son propias o exclusivas de regímenes dictatoriales, autoritarios, teocráticos, etc., (en los que tales medidas suelen abundar), también se pueden encontrar algunos ejemplos en sociedades «occidentales» (teóricamente más influidas por los principios liberales), como por ejemplo el hecho de que los domingos sean días festivos y que muchas de las festividades oficiales coincidan con festividades religiosas, o que la única modalidad de matrimonio legalmente reconocida sea la monogámica (y, en muchos casos todavía, solo la heterosexual).

2.2. El moralismo legal

Se conoce como **moralismo legal** a la concepción que defiende que el Estado está legitimado para utilizar los mecanismos coactivos propios del Derecho para castigar aquellos actos que atentan contra las convicciones morales de la mayoría de la sociedad.

Por consiguiente, el moralismo legal sería un tipo o una de las posibles versiones que puede adoptar el perfeccionismo, ya que justifica el uso del Derecho para castigar conductas que, sin lesionar necesariamente a un tercero, son incompatibles o contrarias al sentir mayoritario de la sociedad acerca de lo que es moralmente correcto o aceptable, y por tanto castiga legalmente la inmoralidad o la falta de virtud.

A pesar de que, en esencia, no se trata sino de un tipo de perfeccionismo, el rótulo de «moralismo legal» suele referirse a la posición defendida por el juez británico Lord Patrick Devlin (1905-1992). A mediados del pasado siglo XX, la Comisión Wolfenden elaboró un informe para la reforma del Derecho penal inglés, con el fin de modernizarlo y adaptarlo mejor al principio liberal del daño a terceros. En ese sentido, una de las propuestas del informe era eliminar la represión penal de la homosexualidad.

Devlin se manifestó contundentemente en contra de las conclusiones y propuestas de la Comisión, argumentando que la moralidad de una sociedad era uno de sus cimientos y una parte esencial de su propia identidad, y que si se permitían comportamientos que atentaran contra los aspectos fundamentales de la misma (como en su opinión lo era la homosexualidad en la sociedad británica de mediados del pasado siglo), se erosionaban los pilares básicos de la propia sociedad y se ponía en peligro su misma subsistencia. Por ello, en opinión de este autor, la sociedad tendría un «derecho ilimitado» a legislar contra la inmoralidad, como una manifestación de su derecho de autodefensa.

Frente a la posición de Devlin, uno de los principales autores que se manifestó en contra de esta posición fue el filósofo H. L. A. Hart. Entre las críticas que este último dirige contra el primero, pueden señalarse brevemente las siguientes:

- La posición de Devlin asume que existe un amplio consenso moral entre la población, de modo que puede hablarse de *la moral de la sociedad* (en este caso británica), pero las sociedades modernas se caracterizan precisamente por su alto grado de pluralidad, con lo que es cuestionable que exista la homogeneidad predicada por aquel. Por el contrario, resulta habitual encontrar puntos de vista diversos sobre las distintas cuestiones con relevancia moral.
- Aunque pueda existir una moralidad predominante o hegemónica en una sociedad, esta podría estar basada en prejuicios, o ser incluso aberrante (por ejemplo, en ciertas prácticas como la ablación del clítoris), por lo que su preservación no sería valiosa.
- Hart también pone de manifiesto que Devlin no aporta prueba empírica alguna de que haya habido sociedades que hayan acabado autodestruyéndose o desintegrándose por el hecho de introducir cambios en sus hábitos morales. Por el contrario, lo habitual es que las sociedades vayan cambiando dinámicamente a lo largo del tiempo, de modo que es posible que la moralidad mayoritaria de una sociedad cambie sin que esta se destruya.

3. El Derecho como instrumento para promover la justicia

El concepto de *justicia* es uno de los más resbaladizos de todo el ámbito de la moral, la política y el Derecho, y suscita grandes debates y discusiones teóricas entre los distintos autores y corrientes de pensamiento. En el campo del Derecho, una de las definiciones más tradicionales y repetidas es la del jurista romano Ulpiano (170-228 d. C.): «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*», que puede traducirse como «La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho» (es decir, lo que le corresponde). Aunque difícilmente se puede estar en desacuerdo con la afirmación de Ulpiano, el problema consiste en saber qué es «lo que corresponde» a cada uno, y es aquí donde entran en juego las diversas concepciones o teorías de la justicia, como el utilitarismo, el liberalismo, el socialismo, el comunitarismo, el feminismo, el republicanismo, el multiculturalismo, etc., todas ellas con múltiples versiones y variantes.⁵

⁽⁵⁾ Algunas obras introductorias de referencia sobre este ámbito son las siguientes:
GARGARELLA, R. (1999): *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.
KYMELICKA, W. (1995): *Filosofía política contemporánea*. Barcelona: Ariel.

3.1. La justicia formal y la «moral interna» del Derecho

Entrar en la descripción y el examen pormenorizado de las diversas teorías de la justicia excede los límites de estas páginas, aunque más adelante se harán algunas referencias a esta cuestión.

Pero lo que sí puede destacarse ahora es que, independientemente de la concepción sustantiva de la justicia que se defienda, existen ciertos aspectos formales o procedimentales que actuarían como condiciones necesarias (aunque no suficientes) para poder hablar de un «Derecho justo» o de un sistema jurídico que contribuye a una sociedad justa. Estos aspectos son los que conformarían **un concepto «formal» de justicia**, que también contribuye (aunque no basta) a que el Derecho positivo tenga valor moral.

Probablemente, el autor que mejor ha explicado cómo ciertas propiedades formales de los sistemas jurídicos hacen que el Derecho positivo tenga valor moral es Lon Fuller (1902-1978), con su noción de la «moralidad interna del Derecho».⁶ La idea de Fuller de la moralidad interna del Derecho puede resumirse en que el hecho de que el sistema jurídico satisfaga ciertas condiciones de tipo formal, y que de algún modo están implícitas en el propio concepto o naturaleza de los sistemas jurídicos (al menos de los que merezcan tal nombre y que no sean un simple ejercicio despótico y arbitrario del poder), ya supone en sí un valor moral positivo.

⁽⁶⁾ FULLER, L. (1967): *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.

- La primera de estas condiciones es la de **generalidad** de las normas. Que las normas sean generales no significa necesariamente que se apliquen al conjunto de todos los ciudadanos o a amplios sectores de la sociedad, sino que sus destinatarios son clases definidas por propiedades (por ejemplo, «Los mayores de veinticinco años que sean propietarios de bienes inmuebles») y no individuos concretos. Por tanto, una norma puede ser general y al mismo tiempo muy específica (si se refiere a una clase de destinatarios muy determinada).

La generalidad de las normas contribuye a que el sistema jurídico pueda desempeñar adecuadamente su función de guiar el comportamiento de los destinatarios de las normas, ya que estos pueden prever cuándo les serán de aplicación, y las consecuencias que se derivan de la misma (seguridad jurídica). Si una norma se refiere, por ejemplo, a «los compradores» y establece la obligación de pagar un impuesto sobre el precio de venta cada vez que se celebra un contrato, los destinatarios sabrán a qué atenerse. Además, implica una «igualdad de trato», en el sentido de que la norma se aplicará por igual a todos los casos concretos en los que se cumplan las condiciones establecidas en su antecedente. Esto es, con independencia de la justicia del contenido de la norma, esta se aplica por igual a todos los casos iguales.

- Otra condición es que las normas jurídicas deben tener una cierta **estabilidad** y no cambiar constantemente, pues esto provocaría que los destinatarios no supieran a qué atenerse y, por tanto, arruinaría también el papel del Derecho como guía de la conducta, además de comprometer la seguridad jurídica.
- Relacionado con lo anterior, los jueces y demás autoridades que tienen entre sus funciones la aplicación de las normas jurídicas deben **interpretarlas de manera similar** a como lo harían sus destinatarios, pues en caso contrario, es decir, si las interpretaciones son totalmente dispares, las normas tampoco servirían como guía de la conducta de los destinatarios, porque ciudadanos y autoridades entenderían de forma totalmente distinta lo que las normas están exigiendo.
- Las normas jurídicas, al menos en su inmensa mayoría, también deben cumplir con la exigencia de la **irretroactividad**, es decir, no deben aplicarse a supuestos anteriores al momento de su entrada en vigor. Si el Derecho debe ser un instrumento para guiar la conducta, debe referirse a comportamientos futuros, ya que es imposible cambiar los comportamientos pasados. Además, la retroactividad de las normas también afecta negativamente a la seguridad jurídica, ya que los destinatarios toman sus decisiones considerando las consecuencias legales previsibles de sus actos, y si resulta que después esas consecuencias son modificadas de manera sobrevenida (una vez realizado el comportamiento), la previsión realizada previamente no habrá servido de nada. Por ello, en los sistemas jurídicos actuales, las normas retroactivas son muy excepcionales y normalmente se dictan para favorecer a los afectados por ellas (usualmente para intentar corregir una situación de perjuicio o injusticia), y no para perjudicarlos.
- Una última condición o requisito sería el de la **posibilidad** de las exigencias establecidas por las normas: las normas jurídicas, si han de servir para

guiar la conducta, no deben implicar exigencias más allá de las capacidades o posibilidades de los destinatarios. Esto recoge una idea tradicional en filosofía moral, presente en autores como Aristóteles o Kant, y conocida como «"debe" implica "puede"» o «nadie está obligado a hacer lo imposible» (*ad impossibilia nemo tenetur*): no tiene ningún sentido obligar a la gente a realizar lo que es imposible o lo que es inevitable, ya que no existe control sobre ello; establecer pautas de conducta obligatoria solo tiene sentido si se trata de acciones que pueden ser realizadas o evitadas, pues solo en esos casos se puede guiar el comportamiento de los destinatarios.

El hecho de que un sistema jurídico cumpla con las condiciones previamente expuestas no garantiza que sea un sistema justo, puesto que, por poner un ejemplo, puede haber normas generales, estables, irretroactivas, etc., que establezcan discriminaciones injustificables hacia las mujeres o minorías étnicas, ideológicas, etc. También es perfectamente posible que las condiciones de justicia formal sean satisfechas en una dictadura. Ello muestra que las condiciones de justicia formal no garantizan la justicia material o sustantiva. De todos modos, parece que desde un punto de vista valorativo estas condiciones formales (como la igualdad de trato ante la ley) sí que son valiosas y que son preferibles a su ausencia (normas *ad hoc*, cambios constantes, interpretaciones caprichosas, retroactividad, etc.), y que, para considerar como justo un sistema jurídico, deben satisfacerse estas condiciones. Por ello, puede concluirse que la justicia formal, sin ser suficiente, sí que es necesaria para poder hablar de un Derecho justo.

3.2. La justicia retributiva

Al hablar de justicia desde un punto de vista material o sustantivo (cuáles son los principios y criterios que determinan qué es lo que le corresponde a cada uno), se suelen distinguir dos ámbitos o dimensiones: el de la **justicia retributiva**, y el de la **justicia distributiva**.

En una aproximación muy genérica, la **justicia retributiva** está relacionada con la restitución de un equilibrio o un orden que ha sido ilegítimamente alterado o quebrantado a causa de un comportamiento previo.

Dicho de otro modo, existiría un estado de cosas «ideal», «normal» o «legítimo», que se ve alterado a raíz de un comportamiento (acción u omisión) de alguien, y dicha alteración se considera ilegítima o injustificada, de manera que se hace responsable a alguien por ella, imponiéndole obligaciones o medidas que tienen como finalidad intentar restituir o compensar la alteración causada, para así restablecer el equilibrio u orden previo, en la medida de lo posible.

En el ámbito jurídico, el ideal de justicia retributiva se manifiesta fundamentalmente a través de dos vías: la **responsabilidad civil**, y la **responsabilidad penal o criminal**.

3.2.1. La responsabilidad civil

La responsabilidad civil está vinculada con las nociones de «daño» o «perjuicio». Se trata de un conjunto de normas que regulan cómo y quién debe compensar, reparar o indemnizar los daños y perjuicios ilegítimamente ocasionados a alguien (es decir, daños que la víctima no tiene por qué soportar).

Este último aspecto es significativo. No cualquier daño o perjuicio sufrido por una persona es ilegítimo o da derecho a que recaiga sobre alguien el deber de repararlo, y en tales casos es la propia víctima la que debe soportar o asumir el daño. Por ejemplo, si a causa de un mantenimiento deficiente (y no por un defecto de fabricación) explota un neumático mientras conduzco mi coche y a raíz de ello me salgo de la vía y tengo un accidente, destrozando mi vehículo, se trata de un daño que debo asumir yo mismo (a menos que tenga contratado un seguro a todo riesgo). Si, en cambio, los daños en mi vehículo son consecuencia de un impacto de otro vehículo que circulaba a velocidad excesiva, se trata de un perjuicio ilegítimo que no tengo por qué soportar y por ello da lugar a una obligación de reparación o indemnización del mismo.

La **finalidad de la responsabilidad civil** es llegar, en la medida de lo posible, a una situación similar a aquella en la que el daño no se hubiera producido.

Por ello, los daños y perjuicios a reparar o indemnizar incluyen diversos conceptos, que intentan cubrir todas las distintas dimensiones en las que los daños pueden manifestarse. En primer lugar, comprenden los **daños personales** (los sufridos en la propia persona del perjudicado), que incluyen a su vez los **daños físicos** (afectaciones a la salud y la integridad física), los **daños psicológicos** y los **daños morales** (aunque existe discusión teórica acerca de si los daños psicológicos se incluyen o no en los morales).

Por otra parte, comprenden también los **daños patrimoniales**, es decir, las afectaciones negativas a la economía o el patrimonio de la víctima. A su vez, estos están compuestos tanto por el **daño emergente** (valoración económica de los perjuicios ocasionados) como por el **lucro cesante** (que es una estimación de lo que se ha dejado de obtener o ingresar como consecuencia del daño sufrido y que previsiblemente se hubiera obtenido de no haberse producido el daño).

Un ejemplo permitirá entender más claramente la diferencia entre el daño emergente y el lucro cesante. Si se supone que, a raíz de unas obras de reforma en un edificio mal ejecutadas, se producen filtraciones de agua y el dueño de la tienda de la planta baja ve no solo cómo se estropea todo el material que tenía allí almacenado para su venta, sino que además le obliga a tener la tienda cerrada durante una semana mientras duran las reparaciones, en este caso, el daño emergente lo constituiría la valoración del material estropeado y los costes de reparación de la tienda, mientras que el lucro cesante sería la estimación de lo que ha dejado de ingresar por haber tenido la tienda cerrada durante una semana.

Existen dos categorías principales de responsabilidad civil: la **responsabilidad contractual** y la **responsabilidad extracontractual**.

- La **responsabilidad civil contractual** es la que tiene por finalidad la reparación o indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a raíz de un incumplimiento o de un cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales, intentando llegar al cumplimiento de las mismas o, en su defecto, a una situación equiparable a la de su cumplimiento.

Si, por ejemplo, el vendedor no entrega el objeto de la venta al comprador que ya ha pagado el precio o lo que le entrega no se corresponde con lo acordado en el contrato, este será responsable por el incumplimiento, por lo que podrá ser obligado a cumplir con lo pactado o, en su defecto, si lo anterior no es posible (por ejemplo, porque el objeto se ha destruido, o porque lo vendió a una tercera persona, etc.), a devolver el precio, en ambos casos indemnizando los daños y perjuicios ocasionados al comprador (por ejemplo, al pago de unos intereses por el tiempo transcurrido desde la fecha en la que debía haberse realizado la entrega).

El anterior ejemplo de los daños causados por unas obras defectuosas también podría ser un caso de responsabilidad civil contractual, en el supuesto de que hubiese sido el propio dueño de la tienda quien hubiera contratado las obras de reforma y estas se hubieran realizado de manera defectuosa. En ese caso, el contratista no solo debería realizar a su cargo las obras de reparación correspondientes, sino además pagar los desperfectos ocasionados en el inventario del tendero y el lucro cesante por el tiempo de más que ha tenido que estar la tienda cerrada.

- La **responsabilidad civil extracontractual**, como es fácil suponer, es la que se genera a raíz de unos daños y perjuicios que no responden a un incumplimiento contractual previo, y tiene como objetivo llegar a una situación lo más similar posible a aquella en la que el daño no se hubiese producido.

Uno de los supuestos más habituales de este tipo de responsabilidad es el que se genera a raíz de los daños provocados por accidentes (como los de tráfico), pero también otros casos como los daños que yo pueda provocar a un vecino por las filtraciones causadas por una avería en mi lavadora, por olvidarme el grifo abierto, por un incendio causado por un problema en la instalación eléctrica o por los daños provocados por una maceta u otro objeto que caiga desde mi casa, entre otros muchos ejemplos.

Para concluir, como ya se vio en el apartado correspondiente relativo a los conceptos jurídicos básicos (véase el módulo «El Derecho: qué es y cómo es»), la configuración legal de la responsabilidad puede adoptar distintas formas, como la responsabilidad *subjetiva* u *objetiva* (según si se exige culpabilidad en la causación del daño o meramente en la producción del mismo), o *directa* o *indirecta* (según si se hace responsable a la misma persona que ha causado el daño o a un tercero).

3.2.2. La responsabilidad penal o criminal

La responsabilidad penal o criminal es la que está asociada a la comisión de ciertos comportamientos ilícitos (los **delitos**). A diferencia de la responsabilidad civil, la responsabilidad penal **no** gira en torno al concepto de *daño*. Esto, por supuesto, no significa que como consecuencia de los actos delictivos no se produzcan daños o perjuicios a unas víctimas, que deben también ser indemnizados o reparados (se trata de la llamada *responsabilidad civil derivada*

del delito). Así, si, por ejemplo, como consecuencia de un delito de lesiones, la víctima de una paliza queda con una cojera permanente, el agresor deberá indemnizar a la víctima por los daños (físicos, psicológicos, morales y patrimoniales) que le ha causado, o quien haya cometido un robo, una malversación de caudales públicos o un delito fiscal deberá devolver lo sustraído o pagar lo que le corresponda.

Sin embargo, como se ha apuntado, la responsabilidad criminal no se centra en la reparación o indemnización de los daños y perjuicios que, con toda probabilidad, la comisión de un delito provoca en sus víctimas directas, sino que se fundamenta en la noción de «ofensa» que la comisión de un delito supone para el conjunto de la sociedad, y que requiere de algún tipo de «castigo» (la pena) para restablecer el equilibrio o el orden ilegítimamente alterado o quebrantado.

Por tanto, en la responsabilidad penal, el objetivo principal no consiste propiamente en «reparar el daño», sino más bien en **castigar la ofensa** que supone cometer actos que se consideran especialmente graves o reprobables.

Aunque en algunos casos la gravedad o la intensidad de los daños ocasionados en la víctima son elementos o criterios que inciden en la determinación de la pena que se debe aplicar, existe una cierta independencia entre ambos. Por ejemplo, en un caso de violación en la que la víctima está inconsciente y que al recuperar la consciencia no recuerda nada de lo sucedido (incluida la propia violación), es posible que los daños sean muy leves (o en todo caso menores que en el caso de estar consciente), pero aun así se ha producido una ofensa, tanto a la propia víctima como al conjunto de la sociedad, que debe ser castigada, por lo que la pena será igualmente la que corresponde a una violación.

El Derecho penal, que es la rama del ordenamiento jurídico que regula qué comportamientos son delitos, qué penas les corresponden, y quién y cuándo es penalmente responsable, constituye la manifestación más extrema del poder coactivo del Estado. Ello hace que, a partir del pensamiento ilustrado y liberal del siglo XVIII, se ponga un especial cuidado en cómo el poder público hace uso del mismo, ya que las consecuencias de su aplicación son graves (como, por ejemplo, la privación de la libertad) y deben evitarse los abusos o los usos inadecuados o injustificados de este instrumento. En este sentido, la obra *Dei delitti e delle pene* (*De los delitos y las penas*), de Cesare Beccaria, publicada en 1764, ha sido una referencia. Esta obra contiene el núcleo de lo que se conoce como el «Derecho penal liberal», en cuyos principios, al menos teóricamente, se inspira el derecho penal de los Estados liberal-democráticos.

Los principios básicos del Derecho penal liberal son los siguientes: *ultima ratio*, legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad y humanidad.

- El **principio de *ultima ratio***, también llamado *res odiosa* o *intervención mínima*, establece que el Derecho penal debe limitarse a ser el último recurso para la defensa de los bienes jurídicos protegidos. Dicho con otras palabras, debe limitarse a proteger los bienes **más importantes** (vida, in-

tegridad física, libertad, etc.) de los ataques o agresiones **más graves**. De ese modo, si esos bienes pueden protegerse de manera adecuada por otras vías (por ejemplo, mediante sanciones administrativas) no está justificada la intervención penal.

En la práctica, en muchas ocasiones los Estados tienen tendencia a entender este principio con bastante laxitud, de modo que, movidos por la presión o la alarma social, el legislador acude a la reforma del Derecho penal para introducir nuevos delitos o establecer penas más graves, cuando en muchos casos no sería necesario y bastaría con otro tipo de medidas sancionadoras, o incluso simplemente con incrementar los controles.

- El **principio de legalidad** establece que solo pueden considerarse delitos los comportamientos definidos como tales por la ley y que solo se pueden imponer las penas expresamente previstas en la ley para ese tipo de delitos. Dicho de manera negativa, no puede considerarse como delito un comportamiento que no esté tipificado como tal por la ley penal en el momento de llevarse a cabo, ni imponerse una pena distinta a la expresamente establecida en la ley para el delito correspondiente. En el ámbito penal rige un estricto principio conforme al cual todo lo que no está (penalmente) prohibido está (penalmente) permitido, sin perjuicio de que pueda estar sancionado de otro modo (por ejemplo, como infracción administrativa). Este principio también suele formularse con la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* («ningún delito, ninguna pena sin ley previa»). En el Derecho español, el principio se recoge en el artículo 1.1 del Código Penal: «No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración»; y también en el artículo 2.1: «No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración».
- El **principio de tipicidad** consiste en que, además de tener que estar recogidos en la ley, los comportamientos delictivos deben estar descritos de manera precisa. Esto tiene dos implicaciones fundamentales: en primer lugar, que no es admisible prohibir comportamientos genéricos o insuficientemente determinados y, en segundo lugar, que se prohíbe el uso de la analogía en el ámbito penal, salvo en caso de que beneficie al reo (la llamada *analogía in bonam partem*). Por tanto, no se podrá condenar a una persona por haber realizado un comportamiento que, sin coincidir exactamente con el que se describe en la norma, sea similar, o no reúna todas y cada una de las condiciones y requisitos exigidos por el tipo penal. En el Código Penal español este principio se recoge explícitamente en el artículo 4.1: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

De este modo, no puede, por ejemplo, definirse el delito de asesinato simplemente como un caso de «homicidio especialmente grave» o el delito de violación como una «actividad sexual no consentida por la víctima». En lugar de ello, los preceptos legales indican específicamente los casos y condiciones que determinan la comisión de esos delitos. Por ejemplo, el artículo 139.1 del Código Penal regula el asesinato de la siguiente forma:

«Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido».

Y el delito de violación, por el artículo 179:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años».

- El **principio de irretroactividad**, como ya se ha visto, supone que una norma jurídica no puede aplicarse a ningún supuesto de hecho ocurrido con anterioridad a la entrada en vigor de aquella. Esto afecta tanto a los delitos como a las penas: si una reforma legal establece una sanción más grave para un delito previamente existente (por ejemplo, modificando la pena de prisión de veinticinco años por la prisión permanente revisable), dicho cambio no afectará a los hechos acontecidos antes de la entrada en vigor de la reforma. Este principio puede concebirse como el reverso del principio de legalidad (no hay delito ni pena sin ley previa), pero existe una importante excepción: las normas penales sí que se aplicarán retroactivamente cuando benefician al condenado (por ejemplo, si un comportamiento antes delictivo deja de serlo o cuando se establezca una sanción más baja). Como establece el artículo 2.2 del Código Penal: «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena».
- El **principio de culpabilidad** es la exigencia de que la responsabilidad criminal responda a un modelo de responsabilidad directa y subjetiva. Como ya se sabe, esto supone que la persona responsable debe ser la misma que ha cometido el acto ilícito (no puede responderse penalmente por hechos delictivos cometidos por otra persona, aunque sí que puede haber responsabilidad civil indirecta derivada del delito –usualmente de manera subsidiaria, en caso de que no pueda responder el reo por insolvencia), así como que no basta con haber realizado el comportamiento descrito en la norma, sino que debe acreditarse la existencia de dolo (realización consciente y voluntaria del comportamiento ilícito) o imprudencia. Además, usualmente, en caso de imprudencia, la sanción penal es también más leve. Este principio tiene su expresión legal en el artículo 5 del Código Penal: «No hay pena sin dolo o imprudencia».
- El **principio de humanidad** está relacionado con el tipo de sanciones que pueden imponerse como penas. A pesar de que estas pueden comportar severas limitaciones de derechos (como la libertad) durante largos períodos de tiempo, no pueden consistir en tratos crueles, inhumanos o degradantes, como podrían ser la tortura o la amputación de miembros, por ejemplo. Este principio está relacionado con el de la dignidad humana, que impone límites y exigencias a la forma en cómo ha de tratarse a los

seres humanos, aunque sean delincuentes. De hecho, es tan importante que aparece recogido en la Constitución, cuyo artículo 15 establece: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte [...]».

En cuanto a la pena de muerte, la mayoría de Estados democráticos no la contemplan por considerarla como un tipo de pena cruel e inhumana. Pero aun en aquellos pocos países democráticos en los que todavía está vigente (como, por ejemplo, en algunos estados de Estados Unidos), la forma en la que esta se aplica tiene en cuenta ciertas consideraciones de humanidad para aliviar el sufrimiento de los condenados (por ejemplo, mediante la inyección letal se administran en primer lugar fármacos que provocan inconsciencia y pérdida de sensibilidad).

3.2.3. Las teorías de justificación de la pena

En la medida en que la imposición de penas supone un importante uso de la violencia y la coacción y una privación de derechos fundamentales, se plantean evidentes cuestiones morales relativas a su justificación: ¿qué tipo de medidas coactivas puede legítimamente imponer el Estado?, ¿bajo qué condiciones?, ¿con qué límites?, ¿cuál o cuáles han de ser las principales finalidades perseguidas con la imposición de penas? Todos estos temas han sido y continúan siendo objeto de debate filosófico, pero tan solo se centrará brevemente la atención en dos de las principales teorías acerca de los fines justificatorios de la pena, que tienen consecuencias directas también en la duración o intensidad de las mismas y en la forma de imponerlas. Dichas teorías o concepciones son la **retribucionista** y la **utilitarista** (o de la prevención).

- Para la concepción **retribucionista**, las penas se imponen como justa respuesta o retribución por la ofensa cometida; se trata por tanto de un **castigo merecido** por el mal causado con la comisión del delito. La finalidad principal de la pena es castigar, es decir, mandar un mensaje tanto al delincuente como al conjunto de la sociedad reprochándole que haya actuado de manera incorrecta y que procede responder por ello. Ahora bien, en la medida en que se trata de justicia y no de venganza, es extremadamente importante seguir un estricto criterio de **proporcionalidad**: la gravedad, la intensidad y la duración de la pena deben ser proporcionales a la ofensa cometida y a la culpabilidad del sujeto. Por ello, a los delitos (ofensas) más graves les corresponden sanciones más graves, mientras que a los más leves les corresponden también penas más leves, pues lo contrario sería cometer una injusticia.

Una de las consecuencias que se derivan de la exigencia de proporcionalidad en las penas es que estas deben ser también **determinadas**: si la pena es proporcional a la ofensa, dos ofensas iguales no pueden tener penas de distinta intensidad o duración. Por ello, desde una concepción retribucionista, una pena como la cadena perpetua no estaría justificada, ya que su

duración es indeterminada y distinta para cada individuo, aunque se le condene por los mismos hechos (no es lo mismo un sujeto de veinte años que otro de sesenta, por ejemplo). En cambio, sí que podría estar justificada una condena muy larga (de cientos de años de prisión, por ejemplo) si esta resulta de la suma de penas determinadas por cada una de las ofensas cometidas (por ejemplo, en una condena por un acto terrorista en el que fallecen treinta personas, se puede imponer una pena de X años por cada víctima asesinada, dando lugar a una condena que en la práctica sería como la prisión perpetua, pero aun así habría una diferencia simbólica importante, en la medida en que esta condena sería la «justa y merecida»).

Bastante a menudo se suele confundir el retribucionismo con una versión o manifestación de la «ley del Tali3n» (ojo por ojo), en el sentido de que la pena debe consistir en un mal equivalente o equiparable al mal cometido. En realidad, esta «equivalencia de males» no forma parte de la concepci3n retribucionista de la pena, ya que esta lo que establece es que la pena debe ser proporcional a la ofensa, es decir, m3s grave aquella cuanto mayor haya sido esta, pero en ning3n momento se exige que sean equiparables. Un buen ejemplo de ello lo proporciona la obra de Andrew von Hirsch, uno de los principales representantes actuales de la «teoría del justo merecimiento», quien propone penas máximas de cinco años de prisión para los delitos más graves.⁷

(7) Von HIRSCH, A. (1998): *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta.

- La otra gran teoría de la justificaci3n y los fines de la pena es la **utilitarista** o de la **prevenci3n**. El utilitarismo es una concepci3n moral general conforme a la cual los comportamientos moralmente correctos son los que proporcionan la máxima felicidad o bienestar para el mayor número de personas. Es, por tanto, una concepci3n «consecuencialista», ya que toma en cuenta las consecuencias de los actos y no los tipos de actos en sí (un acto no es moralmente bueno o correcto porque se ajuste a ciertos principios morales –como cumplir las promesas, no dañar a inocentes, etc.–, sino en funci3n de si sus consecuencias maximizan algo que se considera bueno, como el bienestar, la felicidad, las preferencias personales, etc.). Aplicado al ámbito penal, el utilitarismo parte del presupuesto de que lo que mayor bienestar o felicidad proporciona al mayor número es la reducci3n de la criminalidad (que haya menos delitos), por lo que las penas deben ir orientadas hacia ese fin. Es decir, la finalidad primordial no es «materializar un ideal de justicia», sino utilizar el poder coactivo propio del Derecho penal para desincentivar la comisi3n de delitos y reducir la criminalidad, que es lo que proporciona mayor satisfacci3n al mayor número. Por tanto, la funci3n de la pena es la **prevenci3n**, que se lleva a cabo asociando una consecuencia negativa a aquellos comportamientos que se quieren evitar, de tal manera que se desincentive su realizaci3n. De ahí se sigue que las penas no han de seguir un criterio de proporcionalidad a la gravedad de la ofensa y la culpabilidad del sujeto, sino un criterio de eficacia: aquellos comportamientos que más se desee evitar son los que deberán estar castigados con penas más severas. En consecuencia, no existiría incoherencia alguna en castigar de manera más severa comportamientos que en principio parecen menos graves, pero cuyo índice de comisi3n se quiere reducir. El Derecho penal pasa, pues, a ser un instrumento más de la política para intentar combatir la delincuencia.

Dentro de la teoría de la prevención, suele diferenciarse entre dos versiones, conocidas como la **prevención general** y la **prevención especial**. La primera se basa en el tipo de comportamientos delictivos, estableciendo sanciones más elevadas para aquellos delitos que más se quieren evitar, mientras que la prevención especial toma en consideración no solo los comportamientos en sí, sino al sujeto que los realiza, de manera que por unos mismos hechos pueden imponerse sanciones distintas, en función de circunstancias como la peligrosidad estimada del delincuente, el riesgo de reincidencia, etc.

Las teorías de la prevención especial han tenido una notable repercusión en países como Estados Unidos, hasta el punto de que, en algunos Estados y por distintos períodos, llegaron a establecerse penas indeterminadas (por ejemplo, una privación de libertad por el tiempo necesario hasta que los exámenes pertinentes mostraran que el riesgo de criminalidad del sujeto se había reducido lo suficiente). En la actualidad, en algunos estados, como Wisconsin, se usan algoritmos informáticos para determinar el grado de peligrosidad y de probable reincidencia de los acusados (como el programa COMPAS –*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), que tuvo eco mediático en 2017 por el hecho de que un juez se basó en los datos proporcionados por el algoritmo para condenar a una persona a seis años de prisión por el delito de huir en coche de la policía.

Sin embargo, las dos concepciones aquí presentadas (retribucionista y utilitarista) serían versiones «puras» a las que los sistemas penales reales de los distintos países no suelen ajustarse. Lo más habitual es que opten por algún tipo de esquema mixto, que combine aspectos de retribución con aspectos de prevención. Así, por ejemplo, es habitual (como en el sistema español) que en lugar de establecerse una pena específica y completamente determinada para cada delito, se establezca un marco o margen (por ejemplo, el artículo 138 del Código Penal establece que «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años»), de modo que, siendo cierto que los delitos considerados como más graves tienen asignadas penas más altas, los jueces pueden tomar en cuenta otras circunstancias del caso y del acusado para concretar la sanción que van a imponer.

3.3. La justicia distributiva. Teorías de la justicia

Ya se comentó en su momento que el ser humano es un animal social y que la cooperación social es indispensable para obtener ciertos fines, recursos y objetivos que serían muy difíciles o imposibles de alcanzar u obtener mediante el esfuerzo puramente individual. La vida en sociedad, pues, comporta una serie de beneficios, tanto materiales (para la subsistencia y el bienestar) como inmateriales (seguridad, conocimiento, etc.). Pero para poder obtener estos beneficios, son necesarios también esfuerzos, trabajos, obligaciones, sacrificios y recursos. Por tanto, la vida en sociedad comporta beneficios, pero también cargas. La distribución entre estos beneficios y cargas también se puede analizar en términos de justicia. Intuitivamente, se consideraría injusto que una persona o un grupo privilegiado gozara sistemáticamente de todos o gran parte de los beneficios de la vida en sociedad sin asumir ninguna o casi ninguna de las cargas, ya que se concibiría como un caso de explotación.

La **justicia distributiva** consistiría en el conjunto de principios y criterios que determinan la distribución justa o moralmente aceptable de los beneficios y las cargas sociales o, dicho de otro modo, de los derechos y deberes relacionados con el acceso y reparto de los recursos materiales e inmateriales de la vida en sociedad.

Las distintas propuestas teóricas formuladas en el ámbito de la filosofía moral y política acerca de qué principios básicos deberían ordenar una sociedad justa se denominan **teorías de la justicia**. Existen prácticamente tantas teorías como autores, aunque se pueden agrupar en grandes familias (utilitarismo, liberalismo, marxismo, comunitarismo, multiculturalismo, republicanism, feminismo, etc.), con muchas variantes dentro de cada una de ellas. Como no es posible abordarlas todas aquí, ni siquiera de manera breve, se tratarán únicamente algunas de ellas, especialmente la propuesta del filósofo estadounidense John Rawls (1921-2002), quien publicó en 1971 la obra *Teoría de la justicia*, que se enmarca dentro de la corriente conocida como «liberalismo político igualitario» y que ha tenido un enorme impacto en la discusión filosófica de las últimas décadas. Además, se comentarán brevemente algunos de los aspectos centrales de la concepción utilitarista clásica y de algunas de las más recientes teorías que critican la postura de Rawls: el comunitarismo y el multiculturalismo.

3.3.1. El utilitarismo

Concepto y tipos de utilitarismo

El utilitarismo ético es una concepción o teoría moral (aunque sus principios pueden también aplicarse al ámbito de la política, es decir, a la legislación y a las decisiones de los poderes públicos) con una larga tradición, que se remonta a finales del siglo XVIII y principios del XIX, con autores de referencia como Jeremy Bentham (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789) o John Stuart Mill (*Utilitarianism*, 1863), y que ha tenido un enorme impacto, principalmente en los países anglosajones, y especialmente en los Estados Unidos. En realidad, como suele ocurrir en este ámbito, se trata más bien de un conjunto de teorías (casi tantas como autores), en ocasiones con diferencias muy destacables, pero que conservarían algunos elementos o aspectos centrales en común.

Como ya se tuvo ocasión de ver al hacer referencia a las teorías de justificación de la pena, la posición utilitarista se caracteriza por ser una concepción de tipo consecuencialista o teleológica (de *télos*, «finalidad»), como algo opuesto a una concepción deontológica (de *déon*, «deber ser»). Para las teorías consecuencialistas, la corrección moral de una acción o comportamiento no depende de las características de la acción misma, sino del modo o la medida en la que esta contribuye a alcanzar o maximizar un fin u objetivo que se considera bueno o valioso. Por ejemplo, el hecho de cumplir una promesa no sería algo

moralmente bueno o correcto en sí mismo, sino en la medida en que cumplir promesas tiene consecuencias positivas y contribuye a alcanzar o maximizar un fin valioso, como por ejemplo la felicidad (cumplir promesas incrementa la felicidad general de la gente, al contrario que su incumplimiento). Por tanto, cumplir una promesa (o cualquier otro tipo de comportamiento que se considere «bueno» en términos morales) es una acción instrumentalmente buena, pero no intrínsecamente correcta (no es que cumplir promesas sea «bueno en sí mismo»), puesto que lo único intrínsecamente bueno es el fin u objetivo al que nuestras acciones deben estar orientadas. Aunque se trata de una burda simplificación, encajaría con el dicho de que «el fin justifica los medios».

En contraposición con las concepciones teleológicas, las teorías deontológicas fundamentan la corrección moral de nuestros comportamientos en el hecho de que supongan la satisfacción o aplicación de algún principio o deber moral. Así, por ejemplo, cumplir una promesa es moralmente correcto porque es nuestro deber cumplir las promesas (es un principio moral, y esa acción concreta supone cumplir o satisfacer dicho principio), independientemente de las consecuencias. De hecho, en una concepción deontológica estricta o extrema (suele ponerse a Kant como el ejemplo más claro), cumplir las promesas sería moralmente obligatorio incluso aunque se sepa a ciencia cierta que las consecuencias de hacerlo son negativas.

En su versión más tradicional o «estándar», el fin intrínsecamente bueno que otorga valor moral a nuestras acciones es el de la **felicidad o bienestar general**. En este sentido, podría decirse que la concepción utilitarista es la que prescribe que, de todas las alternativas de acción posibles, debe actuarse de tal modo que se produzca o alcance la mayor felicidad para el mayor número.

Para dar cabida a las distintas versiones de la concepción utilitarista, habría que interpretar el concepto de *felicidad* en un sentido muy amplio. Algunos autores, sobre todo los más antiguos, suelen vincularlo a una visión hedonista de buscar el placer y evitar el dolor, por lo que se trataría de «maximizar el placer» y «minimizar el dolor» (si bien, como algún autor ha apuntado, el modo más efectivo de minimizar el sufrimiento sería exterminando de manera indolora a toda la humanidad). Pero incluso aunque la felicidad se entienda en términos hedonistas, eso no significa que se contemplen únicamente los placeres más «primarios», como la comida o el sexo, sino que también se incluirían otros más «elevados» o espirituales, como disfrutar de la música o de una buena novela, o contemplar la belleza de un atardecer, o la adquisición de conocimiento, etc. En épocas más recientes, sobre todo por la influencia de la teoría económica, suele hablarse más de *satisfacción de preferencias* que de felicidad o placer, al tratarse de un concepto más amplio, imparcial e inclusivo, que no prejuzga ni valora la «calidad» de los objetivos o prioridades de cada uno. En ese sentido, se habla de un *utilitarismo de las preferencias* (como contrapuesto al estricto *utilitarismo hedonista*), para el que el mejor comportamiento en términos morales es el que en mayor medida satisface las preferencias del mayor número.

Una distinción clásica que suele realizarse entre las concepciones utilitaristas es la que diferencia entre el **utilitarismo del acto** y el **utilitarismo de las reglas**.

Para el **utilitarismo del acto**, la corrección o valor moral de cada comportamiento debe valorarse en relación con las consecuencias previsibles de dicho comportamiento concreto en cuestión.

De ese modo, cumplir una promesa determinada, por ejemplo, será o no moralmente bueno en función de las consecuencias positivas o negativas a las que dicho cumplimiento pueda dar lugar, y no puede decirse con carácter general que «cumplir las promesas» sea algo moralmente bueno, ya que dependerá de cada caso.

Para el **utilitarismo de las reglas**, por el contrario, la corrección o el valor moral de un comportamiento está en función de que se ajuste a una determinada regla moral, si bien tales reglas se fundamentan en consideraciones de utilidad (son reglas que, en términos generales, contribuyen a la mayor felicidad del mayor número).

Bajo esta perspectiva, cumplir una promesa es moralmente correcto porque se ajusta a la regla moral de que hay que cumplir las promesas, pero esta regla se basa en que, con carácter general, cumplir las promesas contribuye a la mayor felicidad del mayor número.

Una crítica bastante habitual a esta distinción es que, si se quiere mantener una postura utilitarista coherente, el utilitarismo de las reglas acaba colapsando en el de actos, por lo que la distinción es solo aparente. Aunque normalmente, siguiendo con el ejemplo anterior, cumplir las promesas tiene efectos positivos en la contribución a la felicidad, si en un caso concreto cumplir una promesa tuviera consecuencias negativas (o peores que su cumplimiento), todo utilitarista debería inclinarse por incumplir la promesa en tal caso, pues de lo contrario, se actuaría por motivaciones deontológicas (cumplir con la regla o el principio moral) y no consecuencialistas (procurar la mayor felicidad).

Los principios del utilitarismo, como es fácil observar, son perfectamente aplicables al campo de la política y el Derecho, más allá del estricto ámbito de la moral. En este sentido, una concepción utilitarista de la justicia tomaría como principio fundamental que tanto la legislación como, en general, las decisiones y actuaciones de los poderes públicos deben estar guiadas por el objetivo de procurar la mayor felicidad, bienestar, satisfacción de preferencias, etc., para el mayor número. De hecho, el principio de la mayoría, como criterio de toma de decisiones en los sistemas democráticos (por el que se decide aquello que cuenta con el respaldo del mayor número de representantes), puede verse como una traslación al ámbito de la política del principio utilitarista de la mayor felicidad para el mayor número.

Críticas al utilitarismo

Es innegable que la concepción utilitarista tiene, al menos a primera vista, un gran atractivo, y sin duda tiene aspectos en los que difícilmente se podría estar en desacuerdo, como, por ejemplo, en el hecho de que es preferible una situación en la que haya más personas con un mayor grado de felicidad o bienestar a otra en la que la felicidad sea menor o no esté tan extendida. También resulta atractivo su carácter igualitario e imparcial, en el sentido de que todos los individuos cuentan por igual, sin importar sus circunstancias (riqueza o posición social, nivel de conocimientos, etc.) y todas sus preferencias cuentan, sean cuales sean, sin importar su «calidad» (por ejemplo, si una mayoría de personas prefiere que los poderes públicos destinen unos recursos para pagar por la emisión de los partidos de fútbol en abierto, en lugar de destinar esos mismos recursos para subvencionar la ópera, que tan solo aprecia una minoría, lo correcto sería la primera opción, a pesar de que la segunda pueda considerarse más «elevada»). Y como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el propio principio de la mayoría en los sistemas democráticos puede considerarse como una expresión del principio de utilidad.

Pero, como no puede ser de otro modo tratándose de cuestiones filosóficas, el utilitarismo también debe hacer frente a una serie de críticas y problemas, a los que, por motivos de extensión, solo se hará una breve referencia a algunos de los principales.

- Un problema bastante evidente, pero no por ello menos importante, es que resulta extremadamente difícil prever las posibles consecuencias de nuestros actos, las cuales, además, al menos en su mayoría, están fuera de nuestro control y se extienden indefinidamente. Así pues, puede ocurrir que se actúe de determinada manera pensando que de ese modo se obtendrán mejores consecuencias en términos de felicidad general o satisfacción de preferencias, pero que ocurra precisamente lo contrario.⁸ En cambio, bajo un esquema deontológico, se actúa correctamente cuando las personas se comportan de acuerdo con ciertas reglas y principios morales, sin que las consecuencias (que en gran medida están fuera de nuestro control) sean relevantes para la calificación moral de la conducta.
- Por otra parte, también son innumerables los ejemplos (reales o hipotéticos) en los que una aplicación consistente de los criterios utilitaristas da lugar a situaciones que resultan contrarias a algunas intuiciones básicas en materia moral de la mayor parte de la población.
Por ejemplo, de acuerdo con parámetros utilitaristas, estaría justificado sacrificar a indigentes sin familia (no son personas productivas y tampoco nadie les echaría en falta) para utilizar sus órganos para trasplantes y así salvar muchas otras vidas, o que un juez en casos de gran alarma social condenara al acusado, aun siendo una persona inocente o no habiendo pruebas suficientes de su culpabilidad, para así evitar disturbios y actos violentos que previsiblemente se producirán si no hay una condena. Po-

⁽⁸⁾Un ejemplo de ello sería el de la llamada *ley seca norteamericana*, vigente entre los años 1920 y 1933, que con la pretensión de servir para combatir el alcoholismo y mejorar la salud de la población, en la práctica fomentó un gran aumento de la delincuencia organizada y la violencia.

niendo un caso extremo, sería acorde con los principios utilitaristas esclavizar a una parte de la población para que así el resto (la mayoría) pudiera vivir sin trabajar. Es dudoso que incluso muchos de los autores que se consideran a sí mismos como utilitaristas aceptaran sin más estos resultados, lo que sería un indicio de que algo no acaba de encajar bien en esta teoría.

Un ejemplo usado de modo habitual (aunque con diversas variantes) es el de un tranvía (*trolley*) al que se le han averiado los frenos y no puede detenerse, y en un momento dado, de seguir su trayectoria, impactará contra un grupo de personas, causándoles previsiblemente la muerte o lesiones muy graves. Sin embargo, existe la posibilidad de tomar un desvío justo antes que le conduce a otra vía en la que tan solo hay una persona (que será también atropellada en ese caso). Conforme a la doctrina utilitarista, la «mejor» opción (obviamente no para la persona atropellada) sería la de tomar el desvío y «sacrificar» a una persona para así poder salvar a más. Esta es una conclusión que, aunque desagradable (pues hay una víctima), a muchas personas les parecería asumible o incluso razonable, y de hecho diversos experimentos empíricos en el ámbito de la psicología muestran que muchos tomarían la misma decisión cuando se trata de elegir entre un número mayor o menor de víctimas. Las cosas cambian de manera significativa, no obstante, si en el ejemplo se sustituye esa única víctima al azar por un hijo u otra persona cercana, o incluso por uno mismo (autosacrificio). Conforme a los parámetros utilitaristas, no solo estaría justificado, sino que sería incluso moralmente obligatorio sacrificar a un hijo para salvar a varios desconocidos, o si estoy circulando con mi vehículo y el único modo de evitar atropellar gravemente a varias personas es dando un golpe de volante y despeñarme por un precipicio que con toda probabilidad me causará la muerte, mi deber sería sacrificarme. Estos últimos resultados difícilmente resultan asumibles, lo que pone en cuestión la plausibilidad que inicialmente parece tener el principio de utilidad.⁹

Otro ejemplo que en ocasiones se propone como muestra de la aplicación de los criterios utilitaristas es el del derribo de un avión repleto de pasajeros que ha sido secuestrado por terroristas con el propósito de estrellarlo contra un determinado objetivo, causando muchas más víctimas. Esta posibilidad se estableció, de hecho, en la ley de seguridad aérea alemana de 2005, aunque posteriormente fue anulada por el Tribunal Constitucional alemán. La idea es que resulta preferible «sacrificar» a los pasajeros y a la tripulación de un avión si de ese modo se evita un mal mayor (más víctimas por la colisión). Pero en realidad, se trata de un ejemplo algo tramposo, ya que aquí no se trata de la elección entre la vida o la muerte de los pasajeros, ya que, si el secuestro se ha producido, el resultado inevitable es que estos morirán, ya sea por la colisión o por el derribo. Por tanto, se trata en realidad de elegir entre evitar la muerte de otras personas o no hacerlo (o, a lo sumo, entre adelantar la muerte de los pasajeros unos minutos y evitar así otras muchas víctimas, o que vivan unos minutos más y que haya muchas más muertes).

- Pero la que sería probablemente la crítica más importante es la planteada por el filósofo norteamericano John Rawls (1921-2002), cuando sostiene que el utilitarismo no tiene en cuenta la separabilidad o independencia de los individuos. Para esta concepción moral, el único criterio relevante en último término es la suma o cantidad global de felicidad o bienestar, pero no tiene en cuenta el modo como estos se distribuyen entre los miembros de la sociedad. En la medida en que se trata de favorecer o satisfacer al mayor número posible de personas, puede ocurrir que sistemáticamente todas las ventajas o beneficios recaigan siempre sobre los mismos (aunque sean la mayoría), a costa de perjudicar o discriminar sistemáticamente a otros (la minoría). La idea de una sociedad justa requiere que exista una distribución más o menos equitativa o equilibrada de los beneficios y cargas sociales, y el utilitarismo implica el sacrificio de las minorías por el mero hecho de serlo (la suma de su felicidad y sus intereses siempre será menor a la de la mayoría). En algunos de los ejemplos anteriores se ilustra claramente esta idea: en el caso de que esté en juego la vida de dos grupos de personas, uno más numeroso que el otro, la balanza siempre se incli-

⁽⁹⁾Los experimentos de la llamada *moral machine* (<https://www.moralmachine.net>) del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), en los cuales los participantes asumen el rol de pasajeros de un vehículo autónomo y se enfrentan a situaciones de dilema en las que un accidente es inevitable, muestran que mayoritariamente, cuando se trata de víctimas externas, la gente sigue el criterio utilitarista del mal menor (menor número de víctimas o menor entidad del daño), pero cuando se trata de elegir entre que las víctimas sean los propios ocupantes del vehículo o los peatones, los resultados cambian significativamente. Otros estudios empíricos reflejan que la gran mayoría de individuos no compraría un vehículo autónomo programado para «sacrificar» a sus ocupantes provocando su propio accidente para así evitar atropellos a terceros.

nará a favor de salvar al grupo más numeroso, a pesar de que no exista ninguna razón ni circunstancia por la que los individuos del grupo más numeroso merezcan un mejor trato, aparte del hecho puramente azaroso y arbitrario de formar parte de la mayoría. Quien tenga la mala suerte de formar parte en ese momento de una minoría será siempre discriminado y sacrificado en beneficio de otros.

Además, la teoría utilitarista es incapaz de proporcionar un fundamento teórico sólido para el reconocimiento y protección de los derechos humanos o fundamentales. Estos derechos no dependen de cuestiones numéricas, puesto que se reconocen a todos los individuos por igual, y, como señala Dworkin, constituyen «cartas de triunfo» (*trump cards*) frente a la mayoría: ninguna mayoría, por amplia que esta sea, puede privar de sus derechos fundamentales a un individuo o minoría. Por el contrario, las consideraciones utilitaristas servirían de base para lesionar y sacrificar los derechos de las minorías si con ello se consiguen ciertos fines sociales considerados valiosos por la mayoría.

Si se supone, por ejemplo, que los miembros de una determinada comunidad profesan mayoritariamente una determinada religión, y resuelven por mayoría que el Estado adopte una religión oficial, y que en los actos de los poderes públicos haya simbología religiosa de esa creencia, o que haya financiación pública de dicho credo religioso y no de otros, o que la legislación se ajuste a los elementos o creencias de dicho credo (por ejemplo, prohibiendo trabajar en los días considerados sagrados según esa religión, o castigando legalmente determinadas conductas consideradas como «pecado»), partiendo de consideraciones utilitaristas, estaría plenamente justificado hacerlo, en la medida en que ello incrementa el nivel de felicidad/bienestar/preferencias de la mayoría, aunque sea en perjuicio de los que profesan otras religiones o simplemente no sean creyentes (que en conjunto serían una minoría). Sin embargo, esto sería incompatible con el reconocimiento de un derecho fundamental a la libertad religiosa, que prevalecería sobre la voluntad de la mayoría.

3.3.2. La teoría liberal de John Rawls

El profesor de Harvard John Rawls obtuvo reconocimiento y prestigio mundiales después de la publicación de su obra *A Theory of Justice* (1971),¹⁰ que pronto se convirtió, por su interés, rigor y calidad, en un referente ineludible tanto en su ámbito «propio» (la filosofía política) como en otros campos más o menos afines, como la filosofía moral, la ciencia política, la economía o el Derecho.

⁽¹⁰⁾RAWLS, J. (1971): *A Theory of Justice*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

Existe un consenso prácticamente unánime en considerarla como una de las obras de referencia de su ámbito del siglo XX, y su influencia ha sido tan grande que no puede entenderse la discusión en filosofía política de las últimas décadas sin tenerla en cuenta, ya que puede afirmarse sin exageración que todo el debate, directa o indirectamente, gira en torno a la obra de este autor, ya sea defendiéndolo, criticándolo, matizándolo o interpretándolo.

Se trata de una obra con un alto nivel de complejidad y sofisticación, razón por la cual aquí solo se señalarán de manera breve y muy simplificada algunos de sus rasgos principales.

La posición originaria y el velo de la ignorancia

A diferencia del utilitarismo, la concepción de la justicia de Rawls tiene un marcado carácter deontológico, lo que significa que la corrección moral depende de la adecuación de las acciones y decisiones a unos determinados principios. De hecho, uno de los objetivos fundamentales del autor era ofrecer una alternativa sólida a la concepción utilitarista, que era la predominante en el momento en el que Rawls desarrolla su teoría.

Puede considerarse que la teoría de la justicia de Rawls entronca con la tradición contractualista clásica de los siglos XVII y XVIII (de filósofos como Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau o Immanuel Kant), ya que el autor se sirve del instrumento teórico del **contrato social** (un hipotético acuerdo entre los miembros de la sociedad para crear una comunidad política o estado), especialmente en su versión kantiana, como uno de los principales apoyos de su teoría, si bien con un nivel de desarrollo y precisión muy superior al que se encuentra en los contractualistas clásicos. Además, su concepción del contrato social es puramente teórica, en el sentido de que viene a ser una especie de experimento mental que no se da ni puede darse en la práctica (lo que, por otra parte, no le priva en absoluto de validez justificatoria).

En síntesis, sostiene que los principios de justicia (aquellos que rigen en una sociedad justa) son los que serían elegidos por personas libres e iguales (que comparten una cierta antropología) en la situación que él denomina como *posición originaria*, en la cual las personas se hallan bajo el **velo de la ignorancia**.

Es importante destacar que Rawls parte de ciertas asunciones antropológicas, es decir, de ciertas ideas básicas sobre cómo son los seres humanos. Su teoría, por lo tanto, podría no funcionar bajo presupuestos distintos.

Rawls parte, en primer lugar, de la idea de que los seres humanos son racionales y autointeresados. La racionalidad se entiende aquí en un sentido puramente instrumental o aristotélico, es decir, como la capacidad de seleccionar el medio más adecuado o eficaz para alcanzar la finalidad propuesta.

La racionalidad es, por lo tanto, independiente de la «bondad» o «maldad» en términos morales de la finalidad perseguida, de manera que si, por ejemplo, el objetivo de una persona es acabar con la vida de otra, será más racional clavarle un cuchillo en el corazón que golpearlo con un plumero.

El autointerés, por otra parte, significa que la finalidad primordial de los individuos es la satisfacción de sus propios intereses o propósitos. Rawls insiste en que el hecho de que los individuos sean autointeresados no implica ni que sean egoístas ni que sean envidiosos: no son necesariamente egoístas porque entre sus propios intereses puede estar el de ayudar a los demás, y no son (ne-

cesariamente, al menos) envidiosos porque solo están interesados en la consecución de sus propios fines, sin tener en cuenta el grado de éxito de los demás en la satisfacción de sus intereses.

Por ejemplo, yo puedo tener como fin la obtención de unos ingresos de 50.000 euros anuales, y considerarme satisfecho si consigo mi objetivo, independientemente de si otros tienen unos ingresos de 100.000 o de 500.000 euros.

Otro rasgo antropológico destacable es el de una cierta aversión al riesgo. Eso significa que, en situaciones de incertidumbre sobre el resultado final, los individuos tienden a optar por aquella alternativa que les asegure el mejor resultado posible (o el menos malo) en caso de que las cosas salgan mal.

Supongamos que se debe elegir entre dos apuestas del tipo «cara o cruz». En una de ellas, el resultado puede ser que se ganen 100 euros o que se pierdan 5, mientras que en la otra el resultado puede ser que se ganen 1.000 euros o que se tengan que pagar 1.000 euros. La aversión al riesgo implica que se elegiría la primera alternativa, ya que el resultado final en el peor de los casos es mejor que el resultado final que se obtendría en el peor de los casos bajo la segunda alternativa.

Por esta razón, como se verá, Rawls utilizará el criterio *maximin* (maximización de los mínimos), en lugar del criterio *maximax* (maximización de los máximos).

Otro de los presupuestos teóricos de Rawls (que en realidad es común a cualquier teoría de la justicia) es el del contexto de «escasez moderada». En un contexto de extrema abundancia (como, por ejemplo, el que había ideado Karl Marx respecto de la sociedad comunista), no tiene sentido hablar de justicia distributiva, ya que cualquier miembro puede proveerse de los recursos necesarios para desarrollar su plan de vida. Tampoco puede hablarse de justicia distributiva en un contexto de extrema escasez, ya que no hay nada para distribuir.

Los individuos que participan en la deliberación y elección de los principios de justicia, y que comparten estas características antropológicas, se encuentran en lo que Rawls denomina *posición originaria*. Tal situación es ideal y no real (no se da ni puede darse en la práctica porque es una construcción teórica), y se caracteriza porque en ella los participantes se encuentran bajo el **velo de la ignorancia**. Eso significa que, si bien tienen información general sobre la sociedad de la que formarán parte, no tienen ningún conocimiento relativo a sí mismos ni a la posición que ocuparán en la referida sociedad, de modo que, entre otros extremos, no saben si serán hombres o mujeres, qué lengua hablarán, si pertenecerán o no a un grupo étnico o religioso minoritario, si disfrutarán de buena o mala salud, si tendrán mayores o menores talentos o capacidades intelectuales, cuáles serán sus intereses y aficiones, etc. (todos estos aspectos forman parte de la llamada *lotería natural*, ya que no pueden ser elegidos libremente, pues cada uno es tal y como la naturaleza ha determinado que sea). Se trata de un requisito indispensable para que el debate y la discusión en la posición originaria no se vean afectados y sesgados por los intereses individuales derivados de las circunstancias concretas de cada individuo, de manera que la reflexión se mantenga lo más neutral posible.

Bajo estas circunstancias, y teniendo en cuenta que los individuos son racionales, autointerésados y con aversión al riesgo, se guiarán por el criterio *maximin* y escogerán aquellos principios de justicia que les aseguren la mejor situación posible para el caso en el que les corresponda ocupar las situaciones más desfavorecidas (por ejemplo, ser un anciano con mala salud y de una minoría étnica y religiosa). En consecuencia, según Rawls, como resultado de la deliberación se llegará a los dos siguientes principios básicos de la justicia:

Primer principio (Derechos y libertades básicas)

Toda persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (vida, integridad, conciencia, expresión, sufragio, libertad frente a detenciones arbitrarias, etc.), que sea compatible con un sistema de libertades similar para todos.

Segundo principio (principio de la diferencia)

Las desigualdades socioeconómicas solo están justificadas si satisfacen las dos condiciones siguientes: deben mejorar la situación de los que están peor y se tienen que vincular a funciones o posiciones accesibles a todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades.

Un aspecto muy destacable de la teoría rawlsiana consiste en que entre estos dos principios se establece un **orden de prioridad lexicográfico**, lo que significa que no puede iniciarse la satisfacción del segundo principio hasta que el primero (derechos y libertades) esté totalmente satisfecho. De este modo, se asegura que lo más importante es que el poder político garantice un conjunto de derechos básicos (los que habitualmente se conocen como «derechos liberales» o «libertades civiles»), protegiendo así, por un lado, el principio liberal de autonomía (la posibilidad de perseguir el propio plan de vida sin injerencias externas ilegítimas) y, por otro lado, evitando que se pueda discriminar u oprimir a cualquier persona por cualesquiera que sean sus circunstancias personales (como, por ejemplo, el hecho de pertenecer a algún grupo minoritario), ya sea por razones étnicas, religiosas, sexuales o de otra índole, asegurando así el principio liberal de dignidad, por el cual los individuos deben hacerse responsables (tanto a los efectos favorables como desfavorables) por lo que hacen y no por lo que son.

El segundo principio, denominado **principio de la diferencia**, establece ciertos requisitos para que las diferencias de renta y de riqueza puedan considerarse justas:

- La primera exigencia es que como resultado de ellas se mejore la situación de los que están peor. Eso supone que si, por ejemplo, se parte de una situación en la que tanto A como B tienen 10, y se llega a una situación en

la que A tiene 20 y B tiene 5, este enriquecimiento sería ilegítimo, pero en cambio, si el resultado es que A tiene 20 y B tiene 11, no podría objetarse nada, aunque en realidad haya aumentado la desigualdad (y siempre que también se satisfaga la segunda condición que después se verá). Es destacable que el principio de la diferencia, al menos en la interpretación más común que se hace de Rawls, no exige que la sociedad sea cada vez más igualitaria en términos socioeconómicos, ya que, de hecho, las diferencias pueden aumentar, pero el resultado solo será justo si el enriquecimiento está vinculado al crecimiento económico de la sociedad y la situación de los más desfavorecidos mejora. Lo que en ningún caso sería justo es que el enriquecimiento de algunos se realice a costa del empobrecimiento de los que están peor situados. Esta exigencia permite justificar teóricamente la existencia de un sistema impositivo que implique cierta redistribución de los ingresos para así mejorar la situación de los menos favorecidos (en forma de subsidios, ayudas, pensiones, etc.).

- La segunda exigencia del principio de la diferencia es la igualdad de oportunidades. No existe inconveniente en que ciertos tipos de cargos, funciones u ocupaciones estén mejor remunerados que otros, incluso aunque ello suponga el incremento de las diferencias socioeconómicas, pero el acceso a estas posiciones socialmente ventajosas tiene que estar abierto a todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades. De esta manera se prohíbe cualquier tipo de privilegio o discriminación que facilite o dificulte el acceso a estas posiciones (como ocurriría, por ejemplo, si para acceder a ciertos cargos se necesitara cierto tipo de formación que está reservado solo a cierta clase de personas –por ejemplo, a los hombres y no a las mujeres, o a los miembros de una etnia y no a los del resto–, o a cierta clase social). Esta condición, por lo tanto, justifica la existencia de ciertas figuras o instituciones propias de lo que se suele conocer como «estado del bienestar», como son, por ejemplo, la educación y la asistencia sanitaria universales, con el fin de intentar colocar a todo el mundo en la medida de lo posible en la misma posición de salida.

El principio de la diferencia, en síntesis, muestra que Rawls defiende un cierto nivel de redistribución de la riqueza y, por lo tanto, un cierto grado de intervencionismo estatal en la economía, poniendo así límites a ciertas consecuencias del libre mercado. De este modo, ofrece un fundamento teórico para los llamados *derechos económicos y sociales*, y permite calificar a Rawls como liberal progresista o igualitario (lo cual, en términos más familiares, sería aquí calificado como centro-izquierda). Pero en ningún caso se trataría de un igualitario radical, ya que el núcleo liberal de su teoría tiene prioridad sobre los aspectos socioeconómicos.

Partiendo de estos principios de justicia, Rawls propone su plasmación a través de los instrumentos propios del Derecho para así asegurar su eficacia en fases sucesivas: primero en la Constitución, que debe reconocer y proteger los derechos y libertades básicas (primer principio de justicia), y más adelante en

la legislación, que debe desarrollar las medidas pertinentes para asegurar la satisfacción del segundo principio (mejora de la situación de los más desfavorecidos e igualdad de oportunidades).

3.3.3. Comunitarismo y multiculturalismo

El discurso de los derechos humanos está estrechamente relacionado con el pensamiento liberal, y en este sentido, como producto histórico, es una creación de la Modernidad e Ilustración occidentales. Es decir, desde el punto de vista estrictamente descriptivo es algo que se genera en el contexto de la cultura occidental, en sentido amplio, y que de algún modo se ha exportado al resto del mundo, no siempre de manera pacífica, sino a veces acompañado de procesos de conquista y colonización, o de dominio económico, o más recientemente por la llamada *globalización*.

Los contactos entre culturas generan lo que los antropólogos suelen denominar como *procesos de aculturación* (pérdida de elementos o rasgos característicos de la propia cultura por la adopción o asimilación de los de otra cultura dominante) y de *etnocidio cultural* (desaparición de una cultura como tal –no necesariamente por la desaparición o aniquilación física de sus miembros). Pero al mismo tiempo, en muchas ocasiones, estos procesos generan reacciones de resistencia o autoafirmación en lo que se considera que constituye la identidad cultural propia (lengua, costumbres, tradiciones, creencias, etc.) y de rechazo a lo que se considera como una imposición, que pueden llegar incluso a niveles extremos de radicalismo (nacionalismos excluyentes, integrista religioso, etc.).

El tema de las identidades culturales también ha llegado al ámbito de la filosofía política, usualmente relacionado con posturas contrarias o críticas con el liberalismo político. Se ha tenido ocasión de ver que existe una estrecha relación entre la tesis del reconocimiento y protección universal y preferente de un conjunto de derechos y libertades individuales básicas con las teorías de la justicia de orientación liberal, como la de Rawls. Pero ni mucho menos faltan voces que defienden la necesidad (o la justicia, en definitiva) de proteger los rasgos culturales o las expresiones de la identidad cultural propia, incluso de manera preferente a los derechos individuales de sus miembros: los fines sociales prevalecen sobre cualquier otro fin, decisión o proyecto vital individual, y el Estado no debe permanecer neutral respecto a los planes de vida libremente elegidos por sus ciudadanos, sino que tiene la potestad, o incluso la obligación, de proteger y promover ciertos ideales de vida buena vinculados a aspectos culturales identitarios (tradiciones, lenguas, creencias religiosas, concepción moral o social, etc.). Se trataría, en síntesis, de una modalidad de perfeccionismo moral.

En este contexto, podría hacerse una distinción entre aquellas posturas o teorías más radicales y que suponen un cuestionamiento más directo y claro de los principios de las teorías liberales, que se suelen englobar bajo el rótulo de

«comunitarismo», y aquellas otras de carácter más moderado o que no suponen un rechazo frontal a la concepción liberal, sino más bien una reforma o adaptación de la misma, y que se conocen como «multiculturalismo».

El comunitarismo

Bajo este rótulo se suele hacer referencia al pensamiento de autores como Alasdair McIntyre, Charles Taylor, Michael Sandel o Bhikhu Parekh,¹¹ entre otros, que a partir de la década de los ochenta del pasado siglo publicaron importantes obras que cuestionaban la concepción liberal de la sociedad justa (de autores como Rawls o Dworkin) y criticaban abiertamente la idea liberal de neutralidad en cuestiones culturales e identitarias. A pesar de las importantes diferencias entre los autores, podría decirse que todos sostendrían dos tesis centrales: una de **tipo descriptivo** (la idea del yo vinculado o contextualizado) y otra de **tipo normativo** (rechazo de la neutralidad estatal y concepción perfeccionista de la política).

(11) Pueden verse, entre otros: MACINTYRE, A. (1981): *After Virtue. A Study in Moral Theory*. Notre Dame (Indiana): University of Notre Dame Press; TAYLOR, Ch. (1989): *Sources of the Self*. Harvard (Mass.): Harvard University Press; SANDEL, M. (1998): *Liberalism and the Limits of Justice*. Nueva York: Cambridge University Press; PAREKH, B. (2002). *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory*. Harvard (Mass.): Harvard University Press.

- Los comunitaristas afirman que los liberales tienen una concepción errónea de los individuos, ya que para estos (según dicen) los individuos serían seres «atomizados», totalmente desvinculados de los demás y de cualquier condicionamiento social y cultural; casi como los seres abstractos e incorpóreos imaginados por Rawls en la posición original, que elegirían de manera totalmente libre, autónoma e incondicionada sus proyectos vitales. Pero la realidad sería muy diferente. El liberalismo obviaría la importancia y el impacto de las relaciones sociales y culturales: la familia, el entorno social, la cultura, las creencias religiosas, la lengua, las tradiciones, etc., son lo que determinan en gran medida la forma de ver y entender el mundo de las personas, y delimitan las elecciones vitales que realmente tienen sentido. El individuo solo puede florecer y realizarse de forma plena dentro de los límites y el contexto predeterminado por el contexto cultural, dentro de las prácticas propias de la comunidad. Los comunitaristas oponen el yo vinculado al yo abstracto y desvinculado de los liberales.
- La segunda tesis central, de carácter plenamente normativo, es que los vínculos culturales (tradiciones, creencias, moralidad, lengua, etc., en definitiva, su visión de una sociedad ordenada y armónica) son valiosos y merecen preservarse. Se sustituye, pues, la neutralidad de las teorías liberales acerca de los planes de vida por una concepción perfeccionista del Estado y la política. El Estado debería no solo proteger, sino promover activamente esos vínculos y elementos culturales que conformarían la idea de una vida buena, que se asocia a una visión cultural tradicional y que es moralmente superior a otras posibles que no se ajusten a ese modelo, aunque sea a costa de discriminar o no reconocer ciertos derechos a quienes no se adapten a esa visión o ideal. Toda concepción perfeccionista hace prevalecer ciertos fines colectivos sobre los individuales, lo que implica que los derechos humanos o libertades básicas individuales pueden no tener prioridad sobre consideraciones culturales o colectivas. Esto también

sirve de base para algunas reivindicaciones colectivas de cierta autonomía normativa en el ámbito jurídico (por ejemplo, permitir a ciertas comunidades religiosas guiarse por la *sharia* o la *torah*, o a ciertos grupos étnicos por sus leyes tradicionales, con prevalencia o exclusión sobre la legislación estatal).

Desde la concepción liberal se ha dado respuesta a estas posiciones comunitaristas, y entre las múltiples críticas a las dos tesis anteriores pueden comentarse brevemente las siguientes:

- La tesis del yo vinculado no serviría para atacar la teoría liberal porque se basaría en una confusión: la de tomar por una tesis descriptiva lo que en realidad sería una tesis normativa. Los autores liberales no niegan en ningún momento el impacto que, de hecho (desde un punto de vista descriptivo), tiene el contexto cultural. Pero lo que están defendiendo es una tesis normativa: la de que todos los individuos deben ser tratados con la misma consideración y respeto, y por ello deben respetarse sus elecciones autónomas relativas a los planes de vida que elijan, conservando además siempre la posibilidad de reconsiderarlos y cambiarlos. El Estado debe mantenerse neutral y no discriminar en función de los planes de vida elegidos, siempre que no dañen a terceros. Para hacer eso posible, los derechos y libertades básicos son instrumentalmente imprescindibles, razón por la que esos derechos siempre tienen un estatus privilegiado sobre cualquier decisión o finalidad colectiva (por ejemplo, la mayoría no puede decidir privar a una minoría de sus derechos básicos).
- En cuanto a la tesis normativa del valor cultural, se estaría incurriendo en lo que se conoce como «falacia naturalista». Del hecho de que las cosas sean o hayan sido de un determinado modo no se sigue que sea bueno, justo o valioso que sean así.

El salto lógico del «ser» al «deber ser» se suele conocer con el nombre de «falacia naturalista», y se atribuye al filósofo escocés David Hume (1711-1776) su primera formulación.¹² Un ejemplo muy simple puede ilustrarlo: a partir de la norma «Está prohibido cometer homicidio» no se puede deducir la conclusión empírica (descriptiva) de que «Nadie comete homicidio», del mismo modo que de la afirmación empírica de que hay personas que cometen homicidio no se deduce que el homicidio esté permitido.

La tradición por sí misma no es lo que otorga valor moral a una práctica, incluso en los casos en los que esas prácticas sean idénticas. Por ejemplo, la decisión de una mujer de ajustarse a una visión católica tradicional según la cual su principal objetivo vital es ser ama de casa, cuidar y obedecer al marido y la procreación, no sería valiosa por el hecho de ser una concepción tradicional, sino en todo caso por el hecho de haber sido libremente elegida por esa persona, y dándole siempre la posibilidad de reflexionar y decidir sobre su proyecto vital, abandonándolo eventualmente a favor de otro, lo cual exige el reconocimiento y la protección privilegiada de un conjunto de derechos y libertades básicas.

El multiculturalismo

Las concepciones multiculturalistas, cuyo más destacado representante es el filósofo canadiense Will Kymlicka,¹³ compartirían con el comunitarismo la crítica a las visiones liberales tradicionales por su falta de sensibilidad hacia los temas culturales e identitarios, pero desde presupuestos muy distintos, que las alejan de las concepciones anteriormente vistas.

Aunque pueda parecer paradójico, los argumentos del multiculturalismo irían en la línea de que es necesario reconocer y proteger en alguna medida en el ámbito público (político) elementos culturales e identitarios para que exista un auténtico respeto a los derechos de las personas y para que todas ellas puedan ser efectivamente consideradas como participantes plenos e iguales en la esfera pública.

Es decir, no se trata de una oposición frontal a las teorías liberales, sino más bien de una **propuesta de ampliación** de derechos para que las sociedades acaben siendo realmente fieles a los principios liberales en los que dicen basarse. Cuestión distinta es si las propuestas que se realizan desde el multiculturalismo serían realmente compatibles con los principios liberales.

Para entender la posición del multiculturalismo, debe partirse de la crítica que se realiza a las sociedades occidentales actuales, supuestamente basadas en los principios liberales. El discurso «oficial» de igualdad, imparcialidad y neutralidad sería en la práctica solo una fachada o una apariencia que esconde serias discriminaciones para todos aquellos individuos y colectivos que no se ajustan o encajan con la cultura dominante. Por ejemplo, incluso en sociedades occidentales actuales en las que no existe formalmente una religión oficial y

(12) Concretamente, en su *Tratado de la naturaleza humana* (1739), donde afirma: «No puedo dejar de añadir a estos razonamientos una observación que puede resultar de alguna importancia. En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones es y no es, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un debe o no debe. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este debe o no debe expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que esta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes».

(13) Puede verse, por ejemplo, KYMLICKA, W. (1995): *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of the Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press.

se respeta la libertad religiosa, aparecen muchos elementos vinculados culturalmente a la tradición cristiana, como el hecho de que los días festivos sean los domingos o que en su gran mayoría coincidan con festividades religiosas cristianas, o que una determinada confesión tenga un estatus legal privilegiado frente a las demás y reciba financiación pública, o que exista presencia de simbología religiosa en centros públicos o actos institucionales con contenido religioso (como hacer una misa en un funeral de estado, jurar el cargo ante la Biblia, crucifijos en las escuelas públicas, etc.), o que la única modalidad legalmente reconocida de matrimonio sea la monogámica (y, aún en la mayoría de países, solo la heterosexual), aunque individuos adultos, libres e informados consientan en una unión poligámica, entre muchos otros ejemplos. Todo esto, que a simple vista puede parecer poco relevante o cuestiones menores, puede generar discriminaciones a quienes son miembros de grupos minoritarios (mujeres, minorías étnicas, religiosas, sexuales, personas dependientes o con discapacidad, etc.) y reflejar que no son realmente reconocidos como participantes en pie de igualdad en los asuntos públicos.

Pueden plantearse múltiples ejemplos, como el caso de un inmigrante que forma parte de un grupo cultural y religioso minoritario. Es posible que para esta persona suponga un problema muy importante para su conciencia tener que trabajar durante un día que para su cultura sea sagrado, mientras que no tendría impedimento alguno para trabajar los domingos. Sería mucho más respetuoso para con la libertad religiosa y de conciencia establecer un sistema por el cual haya un determinado número total de días festivos que fueran concretados por acuerdo entre el empresario y el trabajador, o simplemente a decisión de este último (o un sistema mixto). Si este inmigrante proviene de un país donde se habla otra lengua distinta, tendrá mayores dificultades para comprender y expresarse en el país de acogida, y si solo puede dirigirse a las instituciones del Estado en la lengua oficial y no en la propia, eso le coloca en una situación de desventaja para la defensa de sus derechos e intereses. Una alternativa podría ser la constitución de un servicio oficial y gratuito de traducciones, y permitir a todos los individuos que se dirijan a los poderes públicos en la lengua que les resulte más cómoda o accesible. Si este inmigrante está casado en un matrimonio poligámico, en la mayoría de los países occidentales solo reconocerán el estatuto legal de esposa a una de ellas, con las consecuencias que esto conlleva para cuestiones como las prestaciones de viudedad, alimentos, sucesión hereditaria, etc. Y como la mayoría de los inmigrantes tienen la consideración legal de extranjeros y no de ciudadanos, no disponen de derechos básicos de participación política para hacer visibles sus intereses y reivindicaciones, a pesar de estar sujetos a las mismas cargas.

El multiculturalismo propone la atribución de derechos específicos a determinados colectivos (sobre todo culturales) como medida para neutralizar las discriminaciones que de hecho se producen por no pertenecer al grupo mayoritario. Kymlicka presta especial atención a las comunidades indígenas y a las minorías lingüísticas (como la de los francófonos en Canadá), defendiendo derechos lingüísticos para proteger y promover las lenguas minoritarias propias (enseñanza en las escuelas, uso prioritario en las relaciones con la administración, etc.). Otra medida especialmente destacada es la del establecimiento de cuotas para grupos desaventajados (mujeres, minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, etc.) en las instituciones representativas, como mecanismo para asegurar que se tomen en cuenta sus intereses en el debate público.

A pesar de que la propuesta de las cuotas resulta interesante, tampoco está exenta de problemas. Por ejemplo, como pone de manifiesto Roberto Gargarella,¹⁴ resulta extremadamente difícil configurar los grupos relevantes, debido al carácter multidimensional de la identidad. Por ejemplo, si una persona es

⁽¹⁴⁾ GARGARELLA, R. (1999): *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, págs. 152-159.

una mujer, negra, discapacitada y perteneciente a una minoría religiosa, ¿cuál sería el grupo al que debería adscribirse en términos de representación, el de las mujeres, el de una minoría étnica, el de los discapacitados...? Además, los detractores de las políticas de cuotas (incluyendo a muchas personas que serían incluidas en ellas) han alertado del riesgo de estigmatización que estas pueden conllevar, dando lugar a un resultado opuesto al pretendido, que es su consideración efectiva como ciudadanos de pleno derecho y en pie de igualdad con el resto. Se trata de una cuestión muy compleja a la que los partidarios de este tipo de medidas todavía no han conseguido ofrecer una respuesta satisfactoria.

Resumen

El ámbito del Derecho está indisolublemente ligado a los conceptos de *justicia* y *moralidad*, con los que guarda estrechas relaciones. En este último módulo se han visto brevemente algunas de estas conexiones, centrando la atención en tres aspectos:

- El análisis de la existencia o no de un vínculo conceptual entre el Derecho y la moral (si la justicia es o no una exigencia para poder considerar o calificar algo como «Derecho»).
- El debate sobre la justificación de la utilización de los mecanismos e instrumentos coactivos propios del Derecho para la imposición de la moral.
- El papel del Derecho en la promoción de la justicia.

En cuanto al primer aspecto, existen dos tradiciones teóricas principales: el **iusnaturalismo** (para el que existe una conexión necesaria o conceptual entre el Derecho y la moral) y el **iuspositivismo** o positivismo jurídico, para el que esta conexión necesaria no existe, sin que ello implique que la justicia o la moralidad sean irrelevantes para el Derecho. Se han podido examinar las principales características de cada posición y sus principales problemas.

En relación con la discusión sobre la justificación del uso del Derecho para imponer o proteger cierta concepción moral, se han expuesto de manera breve los aspectos centrales de las principales posiciones al respecto: la **liberal** o del principio del daño, la **paternalista** y la **perfeccionista**, las cuales, respectivamente, van desde la posición más restrictiva a la más intervencionista. Así, mientras que para la concepción liberal solo está justificada la intervención en la autonomía personal con el fin de evitar un daño efectivo a un tercero, el paternalismo permitiría la intervención para evitar que un agente se provoque un daño a sí mismo, y el perfeccionismo legitimaría la imposición de un determinado modelo de virtud moral y el castigo jurídico de la inmoralidad. Dentro de esta última concepción, merece una especial mención la posición de Patrick Devlin, conocida como **moralismo legal**.

Por lo que respecta al papel del sistema jurídico como promotor de una sociedad más justa, es posible diferenciar, en primer lugar, el papel del Derecho como garantizador de la **justicia formal**. Siguiendo a Fuller, se trata de ciertas características formales que deberían satisfacer los sistemas jurídicos (generalidad, igualdad de trato, estabilidad, irretroactividad, etc.) y que, sin ser

suficientes para garantizar la justicia sustantiva, sí que aportan un valor moral positivo en términos de justicia, en la medida en que limitan la arbitrariedad y promueven la seguridad jurídica.

En cuanto a la justicia material o de los contenidos del sistema jurídico, se puede diferenciar entre la **justicia retributiva** y la **justicia distributiva**. La primera persigue restablecer un orden o equilibrio que se considera que ha sido alterado o quebrantado de manera ilegítima, y se manifiesta principalmente en dos ámbitos: la **responsabilidad civil** y la **responsabilidad criminal**. La responsabilidad civil está basada en el concepto de *daño* y persigue la reparación o la indemnización de este. Por su parte, la responsabilidad criminal se basa en el concepto de *ofensa* y tiene como propósito sancionar o castigar la agresión cometida. Tanto uno como otro tipo de responsabilidad está sujeto a una serie de principios configuradores y limitadores.

La justicia distributiva, por otro lado, está vinculada a la distribución justa, adecuada o aceptable de los beneficios y cargas derivados de la vida en sociedad. Existen múltiples concepciones o teorías de la justicia, de las cuales se han expuesto brevemente algunas de ellas. En primer lugar, en la **concepción utilitarista**, basada en la maximización del bienestar de la mayoría. En segundo lugar, en una de las propuestas más relevantes de las últimas décadas, que es la **teoría de la justicia de John Rawls**, basada en los ideales de libertad, igualdad e imparcialidad. De acuerdo con la misma, el propósito principal de toda estructura político-jurídica es el reconocimiento y protección de un conjunto de derechos y libertades fundamentales e iguales para todos los miembros de la sociedad, y una vez garantizado este punto, establece una serie de criterios para determinar cómo y cuándo las desigualdades socioeconómicas están justificadas, y cómo debe intervenir el Estado (a través del Derecho) para corregir las desigualdades injustas, llevando a cabo actividades redistributivas. Por último, se ha hecho referencia a una de las posiciones contemporáneas críticas con la concepción de Rawls, conocida como **multiculturalismo**, para la cual resulta necesario el reconocimiento de derechos colectivos de tipo cultural como mecanismo para satisfacer precisamente algunas de las exigencias de las concepciones liberales.



73.574 TEORÍA DEL DERECHO
30.506 INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Semestre Feb. 23 – Julio 23

Módulo 4

Unidad de Aprendizaje 4 – GES 4

La ley es la ley. ¡Pero no hay derecho!
Las múltiples y complejas relaciones entre
el Derecho y la justicia

-
- [Itinerario de estudio de la Unidad de aprendizaje](#)
 - [Presentación de la GES](#)
 - [Objetivos](#)
 - [Conceptos más importantes](#)
 - [Lecturas complementarias](#)

Itinerario de estudio de la Unidad de Aprendizaje 4

LISTADO DE TAREAS Y DEDICACIÓN HORARIA ESTIMADA

- Lectura de la GES 4
- Lectura y estudio de los Módulo 4
- Lectura (opcional) de los materiales complementarios indicados en la GES 4
- Lectura del enunciado de la PEC 4
- Realización de la PEC 4
- Lectura de las soluciones de la PEC 4

La dedicación horaria total estimada para esta unidad de aprendizaje es de **30 horas**

Presentación

En este último módulo nos acercaremos a algunas de las cuestiones que plantea la relación entre el derecho y la justicia. Concretamente, en tres aspectos ámbitos concretos: primero, nos preguntaremos si y hasta qué punto existe una relación conceptual entre el derecho y la justicia. Para ello examinaremos diferentes posiciones doctrinales (singularmente, el iusnaturalismo y el iuspositivismo) respecto a dicha relación. En segundo lugar, trataremos brevemente la cuestión de la (in)justificación del uso de los mecanismos coactivos propios del Derecho para la imposición de una determinada concepción moral, diferenciando entre las concepciones liberal, paternalista y perfeccionista. Por último, veremos cuál es el papel del Derecho en la promoción de la justicia, o dicho en otros términos, para intentar hacer una sociedad más justa o más satisfactoria en términos de justicia. Para ello es necesario indagar en qué se entiende por justicia, diferenciando entre justicia formal y material (y dentro de ésta, distinguiremos dos ámbitos o dimensiones: el de la justicia retributiva y el de la justicia distributiva).

Objetivos

El objetivo principal es que los estudiantes identifiquen y analicen algunas de las cuestiones que plantea la relación entre el derecho y la justicia. Con este propósito, mediante el estudio del presente módulo, el/la estudiante ha de ser capaz de:

- Identificar las diferentes posiciones doctrinales existentes a propósito de la relación conceptual entre el derecho y la justicia.
- Conocer y saber reconocer las diferentes posiciones teóricas en relación con el uso de la coacción propia del Derecho para la imposición de la moral.
- Indagar en el concepto formal de justicia.
- Indagar en el concepto material de justicia.
- Distinguir distintas dimensiones del concepto material de justicia; singularmente, la dimensión de la justicia retributiva y la dimensión de la justicia distributiva.

Conceptos más importantes

Los conceptos centrales que son objeto de estudio en este módulo son:

- Iusnaturalismo**: concepción doctrinal que sostiene que el fundamento de la validez de las normas jurídicas se encuentra en el Derecho Natural.

-**Iuspositivismo**: concepción doctrinal que afirma que una cosa es el derecho que es y otra el derecho que debería ser.

-**Justicia distributiva**: es el conjunto de principios y criterios que determinan la distribución moralmente aceptable de los beneficios y las cargas sociales.

-**Justicia formal**: son aquellos aspectos formales que actuarían como condiciones necesarias, aunque no suficientes, para poder hablar de un derecho justo. Fuller, concretamente, se refiere a las siguientes: generalidad de las normas, estabilidad, irretroactividad, posibilidad, y similitud en su interpretación.

-**Justicia retributiva**: está relacionada con la restitución de un orden o equilibrio que ha sido quebrantado o alterado ilegítimamente como consecuencia de un comportamiento previo. En el ámbito jurídico, se manifiesta fundamentalmente a través de dos vías: la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

-**Moralismo legal**: Una determinada versión del perfeccionismo jurídico, representada especialmente por Patrick Devlin, conforme a la cual el Estado está legitimado para imponer y proteger mediante instrumentos jurídicos la concepción moral mayoritariamente asumida en una sociedad.

-**Paternalismo jurídico**: concepción según la cual el Estado está legitimado para imponer deberes u obligaciones a los ciudadanos con el propósito de que eviten que éstos se dañen o perjudiquen a sí mismos.

-**Perfeccionismo jurídico**: posición teórica según la cual el Estado puede legítimamente utilizar los mecanismos coactivos propios del derecho para tratar de imponer una determinada concepción moral, considerada como objetivamente correcta, para tratar así de crear ciudadanos virtuosos y ejemplares.

-**Positivismos ideológico**: consiste en la defensa de la existencia de un deber moral de obedecer el derecho positivo, con independencia de su contenido.

-**Positivismos metodológico**: consiste en una cierta manera de aproximarse al estudio del derecho, caracterizada por la neutralidad valorativa y por basarse en la observación de ciertos hechos.

-**Principio liberal del daño a terceros**: concepción propia del pensamiento liberal (liberalismo político) por la cual la única justificación que tiene el Estado para imponer una obligación o deber a los ciudadanos es evitar que éstos dañen efectivamente a terceros

Completado el estudio, y realizadas algunas lecturas básicas y/o complementarias, el/la estudiante ha de ser capaz de responder de forma razonada a las siguientes preguntas:

1. ¿Puede considerarse derecho una norma manifiestamente injusta?
2. ¿Podemos encontrar ejemplos en nuestro ordenamiento de medidas paternalistas o perfeccionistas? Si es así, ¿pueden justificarse?
3. ¿Qué es lo que le corresponde a cada uno en justicia?
4. ¿Es la justicia una cuestión de formas?
5. ¿Qué quiere decir que el derecho es un instrumento para promover la justicia?

Lecturas complementarias

R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1978.

H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.

W. Kymlicka, *Filosofía política contemporánea*, Barcelona, Ariel, 1995.

F. Laporta, *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1997.

C. S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989.

J. Rawls, *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1979.



73.574 TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Semestre Marzo 23–Julio 23

Unidad 4

Prueba de evaluación continua- PEC 4

LA LEY ES LA LEY. ¡PERO NO HAY DERECHO! LAS MÚLTIPLES Y COMPLEJAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

- Presentación y objetivos
- Enunciado: descripción teórica de la práctica a realizar
- Materiales
- Criterios de evaluación
- Formato entrega
- Fecha de entrega

Presentación

Presentación y objetivos

Esta PEC se propone desarrollar los objetivos y competencias indicados a la unidad de aprendizaje 4, siguiendo las pautas del Plan Docente. Para esta unidad se establecen los siguientes **objetivos** específicos:

1. Tomar conciencia y saber identificar las conexiones entre el derecho y los ámbitos de la moral y la política
2. Conocer los elementos fundamentales de algunas de las principales concepciones de la justicia
3. Entender las implicaciones del debate teórico sobre las vinculaciones conceptuales entre el derecho y la moral
4. Identificar y analizar las diferentes concepciones de la justicia subyacentes a una medida, regulación o decisión jurídica
5. Analizar las diferentes concepciones teóricas sobre el uso del derecho como herramienta para implementar una determinada concepción moral o de la justicia
6. Comprender las diferentes vías y mecanismos a través de los cuales el derecho implementa los ideales de justicia formal y de justicia material o sustantiva

Además, **esta PEC trabaja las competencias siguientes**, de acuerdo con el Plan Docente:

Grado en Derecho

Competencias transversales

- Uso y aplicación de las TICs
- Comunicarse correctamente, oralmente y por escrito, tanto en las lenguas propias como en una lengua extranjera
- Trabajar en equipo y en ambientes multidisciplinares, así como las relaciones interpersonales

Competencias específicas

- Búsqueda, obtención y uso de las fuentes jurídicas (legales, jurisprudenciales y doctrinales)
- Comprensión de las diferentes formas de creación del Derecho, su evolución histórica y su realidad actual
- Desarrollo de un discurso jurídico correctamente estructurado, tanto de manera oral como escrita
- Análisis de la realidad social desde la perspectiva del Derecho como sistema regulador de las relaciones sociales

Grado en Criminología

Competencias transversales

- Comunicarse correctamente, oralmente y por escrito, tanto en las lenguas propias como en una lengua extranjera

Competencias específicas

- Desarrollar la actividad criminológica conforme a los principios constitucionales, los derechos fundamentales y las libertades públicas
- Situar el fenómeno criminal en el contexto personal, social y jurídico en el que se desarrolla

Descripción de la práctica

La prueba consta de **dos partes**. La **primera** parte (5 puntos) consiste en una serie de afirmaciones sobre las que debe indicarse si son verdaderas o falsas, justificando brevemente la respuesta. En la **segunda** parte (5 puntos) se plantean preguntas a partir de un caso, relacionadas con las teorías de la justicia y la relación entre el derecho y la moral.

Enunciado de la PEC

Primera Parte (5 puntos)

Indicad si las afirmaciones siguientes son verdaderas o falsas, justificando la respuesta (máximo 10 líneas por pregunta):

1. El constructivismo moral de Rawls no da prioridad al objetivismo moral del utilitarismo frente al intuicionismo, a pesar de que este último es escéptico acerca de la posibilidad de encontrar principios.

Verdadero. El constructivismo moral rawlsiano puede ser considerado como una vía intermedia entre el intuicionismo y el objetivismo moral utilitarista. El utilitarismo es una concepción filosófica optimista acerca de la posibilidad de descubrir el bien moral que debe perseguirse. En cambio, el intuicionismo, como lo entiende Rawls, sería la versión escéptica acerca de la posibilidad de encontrar principios de justicia que de manera ordenada y estructurada solucionen los dilemas y problemas. Finalmente, el constructivismo supone que los principios de justicia no reflejan un objetivismo moral como el utilitarismo, pero su elección tampoco es fruto de una intuición, sino que puede justificarse racionalmente.

2. Entre las críticas de Devlin al moralismo legal encontramos la no aceptación del criterio que Hart emplea para conocer los estándares morales compartidos en una sociedad.

Falso. Es Hart quien cuestiona la posición de Devlin para identificar las acciones inmorales sobre la base del criterio del "hombre medio razonable". Según Hart, el sentimiento de peligrosidad moral experimentado por las personas razonables puede no coincidir con lo que es realmente peligroso para preservar la moral de la sociedad. El "hombre medio razonable" podría basar su sentimiento de rechazo respecto de acciones que considera inmorales porque se sustenta en un prejuicio o en una tradición heredada de generaciones pasadas. Sobre tal criterio, no estaría justificado determinar la noción de inmoralidad compartida en una sociedad.

3. El "bono cultural joven" es una medida propia de una política paternalista.

Falso. La finalidad que persigue el paternalismo es proteger a los individuos frente a actos y omisiones de ellos mismos que puedan afectar a sus propios intereses subjetivos, lo que no ocurre con esta previsión. Más bien podría ser considerada como una medida propia de una política perfeccionista, ya que el Estado actúa para promocionar valores o formas de vida que se consideran objetivamente valiosos (como la cultura), con independencia de que concuerden con los valores de los propios afectados.

4. A partir de la teoría de J. Stuart Mill es posible justificar la eutanasia.

Verdadero. Para Mill sólo puede justificarse la intervención coactiva estatal contra aquellas acciones que dañen de manera efectiva a terceros, pero de ningún modo el principio del daño puede extenderse justificadamente a acciones que competen a la esfera privada de los individuos. Tal es el caso de la eutanasia, respecto de cuya decisión el individuo es soberano. La prohibición jurídica de esa acción no está justificada desde la concepción liberal defendida por Mill, y se ajustaría más a una medida perfeccionista, para la cual la preservación de la vida es algo objetivamente valioso, independientemente de la voluntad del propio individuo.

5. Desde una visión deontológica, que la policía utilizara mecanismos de tortura para conseguir información de colaboradores con grupos terroristas que se encuentran en España, sería moralmente correcto porque se persigue salvaguardar a la población española de posibles ataques.

Falso, para la visión deontológica el fin nunca puede justificar el medio si este medio es una acción inmoral, como lo sería la tortura. Desde esta perspectiva, cuando nos preguntamos cuál es la acción moralmente correcta nos estamos interrogando a cerca de qué derechos morales debemos respetar y qué deberes morales tenemos. La acción correcta es aquella que respeta estos derechos y deberes, con independencia de las consecuencias que ello pueda comportar. Una acción puede ser moralmente correcta aunque tenga malas consecuencias, e incorrecta aunque tenga buenas consecuencias.

Segunda Parte (5 puntos)

A partir del caso que se expone, responded argumentadamente a las preguntas que se plantean:

El caso de Ana Obregón ha vuelto a abrir el debate en España sobre la gestación subrogada. La actriz ha reconocido explícitamente que es la abuela genética de una niña recién nacida por dicho método y que pretende ser la madre registral. En España, el nacimiento de un menor por gestación subrogada es contrario a la ley. Sin embargo, hay personas que realizan la contratación en algún país en el que está permitida y después intentan inscribir al menor en España. La vía para la inscripción es una Instrucción de 2010, según la cual si quien contrata la gestación aporta su material genético, puede ejercer después una acción de paternidad para reclamar la filiación biológica.

En cambio, el caso de Ana Obregón es distinto, porque ella no ha aportado material genético propio, sino de su hijo. No podría prosperar una acción de filiación biológica a favor de ella, por lo que no encajaría en el fundamento de la Instrucción. Hay casos en los que no se ha admitido la inscripción inicial y la jurisprudencia ha derivado la situación a la vía de la adopción. Pero aquí subyace otro problema, ya que Ana Obregón es genéticamente la abuela de la menor y el Código Civil (artículo 175) prohíbe que la abuela sea la madre adoptiva de su nieta. En todo caso, el interés superior de la menor debe primar sobre otros intereses legítimos. Por ello, si no se aceptara la inscripción de Ana Obregón como madre, se podrían activar mecanismos tutelares y que se la nombrara tutora, si se acredita que es la persona más idónea. El asunto presenta bastante complejidad y hay que esperar a saber si el registro civil español competente autoriza la inscripción de la menor de la forma que solicita Ana Obregón, es decir, como hija suya.

1. Elegid una teoría de la justicia que permita explicar vuestra opinión acerca de si consideraríais que Ana Obregón debería ser inscrita en el registro como madre registral, considerada como tutora de la niña recién nacida, o si descartaríais ambas opciones (no se toma en cuenta cuál es vuestra opinión, sino las razones y argumentos para fundamentar la respuesta).

Esta respuesta es abierta, de tal manera que es posible elegir cualquiera de las teorías de la justicia que se explica en el módulo para expresar la opinión que se tenga acerca de si Ana Obregón debería ser inscrita en el registro como madre registral, considerada como tutora de la niña recién nacida o si no se es partidario de ninguna de las dos opciones.

De acuerdo con los datos que se dan en el caso, podríamos entender que la mejor opción es que Ana Obregón sea considerada como tutora de la menor recién nacida, ya que según la Instrucción de 2010 no existiría encaje para ser inscrita como madre, y según el artículo 175 del Código Civil no es posible que la abuela sea la madre adoptiva de su nieta.

Podría acudir a las ideas del utilitarismo para defender que reconocer a Ana Obregón como la tutora de la niña permite conseguir un bien mayor y atender al interés superior que debe primar. El utilitarismo defiende que son moralmente exigibles aquellas conductas o acciones cuyas consecuencias sean óptimas para la mayor felicidad (o utilidad) del mayor número de personas afectadas. La tesis central del utilitarismo es que, cada vez que deba tomarse una decisión (como la relación jurídica que va a tener Ana Obregón con la niña), es necesario que se analicen las consecuencias asociadas con las diferentes opciones posibles. Deben evaluarse las distintas consecuencias desde el punto de vista de la utilidad y finalmente elegir aquella acción que mayor utilidad provoca al mayor número de personas afectadas. Es decir, para que una acción sea deseable dependerá del número de personas a las que se haga feliz o cuyo bienestar se promueva.

El utilitarismo no tiene como prioridad la forma en cómo se distribuyan las satisfacciones, ya que solo se centra en maximizar la suma total de felicidad. De las diferentes alternativas de acción posible que existen, el reconocimiento jurídico como tutora de Ana Obregón puede producir la mayor felicidad para el mayor número de personas, si se entiende que no solo es lo mejor para ella y la niña recién nacida (atendiendo al interés superior de la menor), sino que, además, puede aplicarse a otros casos semejantes maximizando así la felicidad y minimizando el dolor que supondría separarlas.

2. Teniendo en cuenta la discusión contemporánea sobre la relación entre el Derecho y la moral, elegid una corriente que permita defender la postura contraria a la planteada en la respuesta anterior.

Se trata de una respuesta abierta en la que se valora la correcta comprensión de las dos concepciones clásicas, iusnaturalismo y positivismo, así como su relación con el supuesto práctico. Es importante, con independencia de la concepción por la que se opte, que la argumentación que se exponga permita avalar la postura contraria a la mantenida en la respuesta anterior tal como pide el enunciado.

Como en la respuesta anterior se ha mantenido la inscripción de Ana Obregón como tutora de la niña, ahora recurrimos al positivismo ideológico para avalar que no es posible el registro de Ana Obregón como madre ni como tutora de la niña recién nacida. A diferencia del positivismo metodológico, el positivismo ideológico no se limita a sostener que el derecho depende exclusivamente de ciertos hechos sociales y no de supuestos valores objetivos morales, sino que además existe una obligación moral de seguir estrictamente lo que dictan las normas jurídicas. En ese sentido, el Derecho positivo, por el mero hecho de serlo, es justo y debe ser obedecido. Desde esta perspectiva el Derecho, con independencia de su contenido, está justificado por su naturaleza al ser un instrumento que asegura la paz y el orden social.

Por ello, en este caso se atendería a lo establecido en la Resolución 2010, según la cual si quien contrata la gestación aporta su material genético, puede ejercer después una acción de paternidad para reclamar la filiación biológica, pero no es el caso de Ana Obregón (que no aporta su material genético), por lo que no podría ser la madre registral. Igualmente, atendiendo a la prohibición del artículo 175 del Código civil no podría adoptar al bebé por ser su abuela.

Puesto que ninguna norma contempla expresamente la posibilidad para este caso de que Ana Obregón sea la tutora de la niña, y sin entrar en ningún tipo de valoraciones morales (ya que no tienen ninguna relevancia para el positivismo ideológico), se descartaría también esta posibilidad. El positivismo ideológico considera que existe una obligación moral de obedecer al Derecho positivo, es decir, de aplicar la Resolución de 2010 y la disposición del Código Civil, independientemente del contenido de este.

Materiales

Para realizar esta PEC se debe estudiar previamente el **módulo 4** de la asignatura.

Criterios de evaluación

Los criterios utilizados para otorgar las diversas puntuaciones serán:

- la **adecuación** de la respuesta al enunciado de la pregunta.
- la **corrección** del contenido de la respuesta.
- la **complejidad** del razonamiento que se utiliza para apoyar la solución aportada.
- el **estilo** de redacción en la respuesta, cuestión importante para un jurista.

Formato entrega

La PEC debe entregarse en el Registro de Evaluación Continua (no en el buzón personal del consultor). Las respuestas se entregarán en un fichero en formato Word (.doc), Rich Text Format (.rft), Open Document, o PDF.

Fecha de entrega

La fecha límite de entrega son las 24 horas del día **5 de junio de 2023**.