

**PEDRO DONAIRES SÁNCHEZ**

# **INTRODUCCIÓN A LAS CIENCIAS JURÍDICAS**

**TEXTO DE ENSEÑANZA UNIVERSITARIA  
COORDINACION DE INVESTIGACIONES JURIDICAS**

**2003**

PEDRO DONAIRES SÁNCHEZ

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la  
Universidad Nacional de Cajamarca

# **INTRODUCCIÓN A LAS CIENCIAS JURÍDICAS**

TEXTO DE ENSEÑANZA UNIVERSITARIA  
COORDINACIÓN DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

2003

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Coordinación de Investigaciones Jurídicas

© Pedro Donaires Sánchez

CIJ-FDCP-UNC

Primera Edición, febrero 2003

DERECHOS RESERVADOS

*En homenaje a los docentes y alumnos  
que hicieron posible la creación  
de la Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas de la Universidad Nacional de  
Cajamarca.*



## **PRESENTACIÓN**

El presente trabajo de Introducción a las Ciencias Jurídicas, título muy ambicioso que hemos preferido conservar por corresponder a la denominación de la asignatura que se imparte en esta Facultad, no es sino un curso diseñado para introducir al alumno en el estudio del Derecho como filosofía, ciencia y técnica.

En la primera parte, hay un desarrollo de los temas que nos permiten entender la naturaleza del Derecho: persona humana, sociedad y noción de derecho; la conducta humana y su regulación normativa; de estas normas, se resalta el carácter de las normas jurídicas; a continuación exponemos conceptos y definiciones del Derecho, los primeros son ideas generales y las segundas, específicas; luego explicamos en qué consisten las fuentes del derecho, especialmente las fuentes formales; asimismo, entre otros temas, se hace una revisión de las disciplinas que estudian al derecho.

La segunda parte, continuación de la introducción al Derecho, comprende el estudio de la Teoría General del Derecho fundamentalmente. Se caracteriza porque es de nivel abstracto y general. Es el estudio del ensayo de una explicación científica de la naturaleza del Derecho como medio regulador de la convivencia social. Comprende a la teoría (tomada ésta como sinónima de ciencia) que busca explicar la razón de ser del Derecho sobre la base de una

Teoría del Ordenamiento o Sistema Jurídico. Los temas específicos son: ciencia jurídica; los derechos subjetivos y los deberes jurídicos; los objetos del derecho; la relación jurídica; la consecuencia jurídica; el ordenamiento o sistema jurídico positivo; interpretación e integración del derecho; conflicto, antinomia o concurso de normas jurídicas; y, las lagunas del derecho. Aborda la explicación de la experiencia jurídica como el aceite que hace posible el movimiento del engranaje de las relaciones sociales en procura de un ideal no siempre cercano: la justicia.

La tercera parte, proporciona un material de lectura necesario para entender la naturaleza del Derecho tanto desde la perspectiva del iusnaturalismo como de la perspectiva del positivismo, dos tendencias filosóficas troncales que nos acercan a las entrañas del Derecho.

El curso de introducción al Derecho que se desarrolla en el presente trabajo es un curso global que comprende en un todo, algunos sectores de la Teoría General del Derecho o Ciencia del Derecho, Filosofía del Derecho y del derecho positivo en general.

Cajamarca, Febrero del 2003

EL AUTOR

# ÍNDICE

## PRIMERA PARTE

### CAPITULO I

#### **PERSONA HUMANA, SOCIEDAD Y DERECHO**

1. Persona humana.....	01
a. El hombre.....	01
b. La individualidad.....	01
c. La personalidad .....	02
d. El entendimiento .....	02
e. La voluntad .....	02
f. La libertad .....	03
g. La trascendencia.....	03
h. Individualidad y personalidad .....	03
2. La sociedad.....	04
a. La sociedad .....	04
b. El hombre y la sociedad .....	05
c. El bien común .....	06

3. Derecho .....	07
c. La sociedad y el derecho .....	07
d. Fundamento del derecho .....	07
e. El derecho natural.....	08
f. Los derechos y deberes de la persona humana.....	08
g. El derecho positivo.....	09
h. Cualidades espirituales .....	09

## CAPITULO II

### **LA CONDUCTA HUMANA Y SU REGULACIÓN NORMATIVA**

A. Las leyes naturales .....	11
1. Concepto .....	11
2. Características .....	11
B. El acto humano .....	12
1. Concepto .....	12
2. Actos humanos internos y externos .....	12
3. Elementos.....	13
4. Imputabilidad .....	14
5. Responsabilidad .....	15
C. La libertad humana .....	15
- Concepto .....	15
D. Las normas de conducta humana .....	16

1. Concepto .....	16
2. Características .....	16
3. Las normas de trato social, usos, convencionalismos o costumbres sociales .....	17
4. Las normas morales.....	19

**CAPÍTULO III**  
**LAS NORMAS JURÍDICAS**

1. Norma y ley .....	23
2. Concepto.....	24
3. Características.....	24
a. Exterioridad.....	24
b. Bilateralidad .....	24
c. Determinación .....	25
d. Imperatividad .....	25
e. Coactividad .....	26
f. Finalidad .....	26

**CAPÍTULO IV**  
**CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL DERECHO**

A. Concepto del derecho .....	27
B. Definición del derecho.....	29

1. Etimología de la palabra derecho .....	29
2. Definición.....	30
a. Definiciones formales .....	30
b. Definiciones sociológicas .....	30
c. Definiciones que determinan el fin del derecho.....	30

CAPÍTULO V  
**FUENTES DEL DERECHO**

1. Concepto.....	33
2. Clasificación de las fuentes.....	33
A. Fuentes de producción.....	34
B. Fuentes materiales o reales .....	34
C. Fuentes formales .....	35
3. La ley o legislación.....	35
A. Introducción .....	35
B. Concepto de ley.....	36
C. Caracteres de la ley .....	36
D. Jerarquía de las leyes peruanas .....	37
E. Límites de la ley en el espacio .....	39
F. Límites de la ley en el tiempo.....	39
G. Conflicto de leyes en el tiempo .....	39
4. La jurisprudencia .....	42

A.	Introducción .....	42
B.	La jurisprudencia como fuente del derecho .....	43
5.	La costumbre .....	44
A.	Concepto .....	44
B.	Elementos.....	44
C.	Caracteres.....	44
D.	Prueba de la costumbre.....	45
6.	Los principios generales del derecho .....	45
A.	Concepto .....	45
B.	Funciones de los principios generales del derecho .....	46
7.	La doctrina.....	47
A.	Concepto .....	47
B.	Como fuente del derecho.....	47
8.	Fuentes negociales .....	48

## CAPÍTULO VI

### **DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO**

1.	Introducción.....	49
2.	Antecedentes históricos .....	51
3.	Criterios de la división del derecho en público y privado .....	53
A.	Por el sujeto o ente que es objeto de regulación.....	53

B. El criterio de la potestad de imperio .....	53
C. El criterio de los intereses en juego .....	54
D. El criterio de la naturaleza de las normas .....	54
4. Concepto de derecho público y de derecho privado.....	55
5. Derecho mixto de público y privado .....	56

## CAPÍTULO VII

### **DISCIPLINAS QUE ESTUDIAN EL DERECHO**

1. Dogmática jurídica.....	59
2. Derecho comparado .....	60
3. Teoría general del derecho .....	61
4. Sociología jurídica .....	61
5. Derecho económico (iuseconomía).....	63
6. Derecho y economía o economía del derecho .....	63
7. Antropología jurídica.....	64
8. Psicología jurídica .....	65
9. Historia del derecho .....	65
10. Lógica jurídica.....	66
11. Informática jurídica y derecho informático .....	67
12. Filosofía del derecho.....	68

## SEGUNDA PARTE

### CAPÍTULO I

#### LA CIENCIA JURÍDICA

1. Concepto de conocimiento.....	75
2. Clases de conocimiento .....	75
a. Conocimiento común .....	75
b. Conocimiento metafísico y religioso .....	75
c. Conocimiento pseudo científico .....	76
d. Conocimiento pre científico .....	76
e. Conocimiento científico .....	76
f. Conocimiento filosófico .....	76
3. Concepto de ciencia.....	77
4. Clasificación de las ciencias .....	77
a. Ciencias formales .....	77
b. Ciencias naturales.....	77
c. Ciencias sociales, humanas o culturales .....	78
5. Características de la ciencia .....	78
6. La ciencia jurídica.....	78

**CAPÍTULO II**  
**LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LOS DEBERES**  
**JURÍDICOS**

1. Concepto del derecho subjetivo .....	81
2. Orígenes de la noción del derecho subjetivo.....	82
3. Elementos del derecho subjetivo.....	82
4. Formas de manifestación del derecho subjetivo.....	83
5. Ejercicio de los derechos subjetivos .....	83
a. Absolutismo de los derechos .....	84
b. Relatividad de los derechos .....	84
6. Los deberes jurídicos .....	84

**CAPÍTULO III**  
**LOS OBJETOS DEL DERECHO**

1. Concepto de objeto del derecho .....	87
a. Objeto del derecho objetivo.....	87
b. El objeto de la relación jurídica .....	87
c. El objeto de los derechos y obligaciones .....	88
2. Clasificación de los objetos del derecho .....	88
3. La cosas y los bienes.....	89
4. El cuerpo humano como objeto del derecho .....	90

**CAPÍTULO IV**  
**LA RELACIÓN JURÍDICA**

- 1. Concepto..... 91
- 2. Elementos de la relación jurídica ..... 92

**CAPÍTULO V**  
**LA CONSECUENCIA JURÍDICA**

- 1. Concepto..... 95
- 2. Elementos ..... 96
- 3. El hecho ilícito..... 96
- 4. La sanción..... 96
  - a. Concepto ..... 96
  - b. Clases de sanción ..... 97
- 7. La sanción premial..... 98

**CAPÍTULO VI**  
**EL ORDENAMIENTO O SISTEMA JURÍDICO**  
**POSITIVO**

- A. Concepto..... 99
- B. La estructura jerárquica  
del orden jurídico positivo,  
de acuerdo con la teoría pura del derecho ..... 99

1. Concepto .....	99
2. El ordenamiento jurídico como sistema formal o dinámico de normas .....	100
3. La norma fundamental.....	101
4. Contenido de la norma fundamental de un orden jurídico nacional .....	102
5. Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza .....	103
6. Validez y eficacia de una norma jurídica particular .....	104
7. Estructura jerárquica de un orden jurídico nacional.....	105
8. Creación y aplicación del derecho .....	106

## CAPÍTULO VII

### **INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO**

A. Concepto.....	107
B. Diversas clases de interpretación .....	108
C. Diferentes teorías sobre la interpretación del derecho.....	108
1. Teoría legalista o legislativa .....	108
2. Teoría exegética, tradicional o de la voluntad del legislador.....	109
3. Teoría de la voluntad objetiva de la ley .....	110
4. Teoría finalista .....	111

5. Teoría de la libre investigación científica .....	112
6. Teoría del derecho libre.....	113
7. Teoría Sociológica.....	114

## CAPÍTULO VIII

### **CONFLICTO, ANTINOMIA O CONCURSO DE NORMAS JURÍDICAS**

1. Concepto.....	117
2. Conflicto aparente de normas jurídicas .....	118
3. Principio de especialidad .....	118
4. Principios lógicos aplicables en los conflictos de normas jurídicas .....	118
5. Conflicto entre normas jurídicas provenientes de fuentes diferentes .....	119
6. Conflicto entre normas jurídicas provenientes de la misma fuente.....	119

## CAPÍTULO IX

### **LAS LAGUNAS DEL DERECHO**

1. Concepto.....	121
2. Casos de lagunas del derecho .....	121
a. Falta de ley .....	121
b. Ley en blanco .....	122

c.	Insuficiencias de la ley .....	122
d.	La ley injusta .....	122
3.	Diferentes teorías sobre las lagunas del derecho ..	122
a.	Teoría del realismo ingenuo .....	122
b.	Teoría pragmática.....	123
c.	Teoría ecléctica .....	123
4.	Procedimiento de integración .....	124
A.	La analogía jurídica .....	124
a.	Fundamento .....	124
b.	Presupuestos de la analogía jurídica.....	125
c.	La analogía jurídica en materia penal.....	126
B.	Los principios generales del derecho.....	126
a.	Concepto .....	126
b.	Teorías iusnaturalistas .....	126
c.	Teorías positivistas.....	127
C.	La Equidad .....	128
a.	Concepto .....	128
b.	Importancia .....	128
c.	La equidad y los principios generales del derecho:.....	128

TERCERA PARTE

LECTURA Nº 01

**EL DERECHO NATURAL:  
NOCIONES FUNDAMENTALES Y  
DESARROLLO HISTÓRICO.**

por Luis Ricardo Rodríguez Vargas

A. INTRODUCCIÓN .....	133
Relaciones	
Derecho Natural – Derecho Positivo ....	136
B. PRIMER PERIODO: DERECHO NATURAL ANTIGUO.....	138
Presocráticos y sofistas .....	139
Los grandes filósofos del siglo de oro ..	141
La escuela estoica .....	144
C. SEGUNDO PERIODO: DERECHO NATURAL CRISTIANO .....	146
La patrística .....	146
San Agustín.....	148
La escolástica .....	150
Santo Tomás de Aquino .....	151

D. TERCER PERIODO:	
DERECHO NATURAL RACIONALISTA....	155
Algunos rasgos característicos del derecho natural moderno .....	156
Tendencias en esta concepción del derecho natural .....	158
Algunas opiniones características del derecho natural en estos periodos .	159

LECTURA Nº 02

**EL POSITIVISMO JURÍDICO  
Y EL POSITIVISMO DE XAVIER ZUBIRI**

por Antonio Salamanca Serrano

INTRODUCCIÓN .....	161
1. EL POSITIVISMO JURÍDICO .....	162
2. EL POSITIVISMO DE XAVIER ZUBIRI ...	165
3. DIÁLOGO SOBRE LOS HECHOS .....	167
4. DIÁLOGO SOBRE EL HOMBRE .....	171
5. DIÁLOGO SOBRE LA JUSTICIA .....	184
6. DIÁLOGO SOBRE EL DERECHO .....	188
CONCLUSIÓN .....	203
BIBLIOGRAFÍA .....	225

## **PRIMERA PARTE**

CAPITULO I  
**PERSONA HUMANA, SOCIEDAD Y DERECHO.**

**1. PERSONA HUMANA**

**a. *El hombre.***- El hombre es un ser compuesto y contingente, un complejo de materia y forma.

La materia humana es la combinación físico química de productos materiales, sustancialmente iguales a la de los demás seres creados. Sin embargo, entre los reinos de la naturaleza el hombre ocupa el reino humano que es superior al simplemente animal. En el mundo material, tanto el hombre como el animal participan de los mismos sentidos externos e internos.

En cambio, la forma, por el contrario, es la determinante de su perfección y está constituida por su espíritu (cualidades espirituales: amor, bondad, justicia, veracidad, etc. y racionalidad).

El espíritu y materia es lo que nos lleva a la distinción entre persona e individuos, o mejor entre personalidad e individualidad.

**b. *La individualidad.***- Es producto de las diferencias en el mundo de la materia.

Cada hombre es un individuo, al igual que una planta o un perro; es un elemento o fragmento del universo. Las individualidades por su naturaleza, obedecen esen-

cialmente a los mismos principios y están regidos por las mismas leyes.

**c. *La personalidad.***- Es propio del espíritu. En el hombre la potencia material contiene una energía metafísica que es el espíritu y que ambos, cuerpo y espíritu dan como producto la realidad humana. En el espíritu está la unidad creadora que otorga independencia y libertad. La personalidad radica en el espíritu.

El hombre es persona por poseer una realidad espiritual. Gracias a esto, es capaz de elevarse por sobre los fenómenos sensibles para alcanzar el ser y superar el mundo material. La personalidad le otorga independencia de acción para desempeñar su papel en el mundo.

Por todo ello, el hombre es substancia individual de naturaleza racional. Substancia, porque subsiste por derecho propio que no puede ser otra distinta de ella, posee su propio ser.

La racionalidad y la voluntad libre son características de la personalidad del hombre. No está sujeto el hombre a la naturaleza como lo están los demás seres, tiene la facultad de gobernarse libremente a sí mismo.

**d. *El entendimiento.***- Es la facultad que permite hacer abstracciones de la realidad. Permite elaborar ideas sobre los objetos captados por los sentidos externos. Objetos que aparecen de forma particular y concreta. Mediante el entendimiento conocemos la esencia de las cosas de un modo finito.

**e. *La voluntad.***- Es el querer que lleva al hombre hacia lo que el hombre necesita para su perfección, rechazando los que le son perjudiciales. Algunas veces la voluntad lleva al hombre a hacer actos contrarios a la razón. Por la voluntad el hombre actúa con conocimiento de causa, a sabiendas de que lo que quiere y de porque lo quiere.

**f. *La libertad.***- Es la facultad que permite al hombre, previo el entendimiento y la voluntad, elegir los medios más aptos para su perfeccionamiento.

Por la libertad el hombre es señor de sus actos.

La libertad puede ser física y moral.

Por la libertad física el hombre es libre de hacer lo bueno como la malo, lo lícito como lo ilícito. Por esta libertad el hombre actúa conforme a sus instintos o contrariándolos. En cambio, por la libertad moral, el hombre sólo actúa con racionalidad y siempre en contra de sus instintos a los que domina. Por esta libertad, el hombre sólo busca el bien, sometiéndose a las normas morales y jurídicas fundamentalmente.

**g. *La trascendencia.***- Es una cualidad de la personalidad por la cual el hombre se superpone a sus limitaciones actuales. Le permite crear una visión de futuro y actuar con miras a esa visión ignorando los contratiempos o dificultades del momento.

Por la trascendencia, el hombre dirige sus actos hacia instancias superiores: Hacia Dios, hacia lo absoluto, hacia los valores, según los objetivos personales.

El poeta Lamartine decía: “Limitado en su naturaleza, infinito en sus aspiraciones, el hombre es un Dios caído que se acuerda de los cielos”. Este pensamiento alude a la idea de que el hombre, por sus orígenes divinos tiene la capacidad de trascender al mundo material en busca de objetivos espirituales.

**h. *Individualidad y personalidad.***- Individuo y persona son realidades indisolubles. La individualidad corresponde al cuerpo que es materia; en cambio la personalidad corresponde al espíritu que es la forma. Por eso se

dice que el hombre es una substancia individual de naturaleza racional-espiritual.

Por la libertad, el hombre está obligado a moldear la vida humana. Es decir, el hombre tiene que ser construido porque en estado de naturaleza sus capacidades y cualidades no se manifiestan, sólo están latentes o en estado potencial. La educación y el esfuerzo personal permiten la afloración de esas cualidades. Sin embargo, el hombre no puede desarrollar o realizarse solo, necesita de la sociedad; pues dentro de ella ejercita sus capacidades y las fortalece. Por eso se dice que el hombre conquista en la acción su personalidad.

Cada acto del hombre es acto del individuo y de la persona, pero siempre domina en él uno de los aspectos, el material o el espiritual.

Cuando el hombre se inclina sólo por lo material su destino será la dispersión y el aniquilamiento. Si, en cambio, se inclina por lo espiritual, su destino será la unidad, la trascendencia y la convivencia en una civilización en continuo progreso.

## **2. LA SOCIEDAD**

**a. *La sociedad.***- El hombre, a causa de las limitaciones que le son inherentes y de su capacidad de comunicación, necesita de los demás para el logro de su integral desarrollo espiritual, intelectual y físico.

Por lo indicado, la sociedad le proporciona a las personas las condiciones para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales.

Para Aristóteles “el hombre es por naturaleza un ser social y el que vive fuera de la sociedad por naturaleza

y no por efecto del azar es, ciertamente o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana”.

**b. *El hombre y la sociedad.***- El hombre necesita de la sociedad para satisfacer tanto sus necesidades biológicas como las espirituales y a ella le conducen tanto sus instintos egoístas como los altruistas.

En el orden lógico las sociedades singulares están en el mismo nivel del individuo.

En cambio, en el orden ontológico la persona humana es sustancia y debajo están las sociedades que son accidentes.

La sociedad es un modo de ser del hombre consistente en existir todos juntos ordenados, coordinados y subordinados.

La existencia de la sociedad obedece a un orden finalista, pues, la organización de los hombres persigue un fin.

La asociación no debe significar de ninguna manera, ni la pérdida de la personalidad ni la pérdida de la individualidad sino la consolidación de ambas realidades (perfeccionamiento). Al respecto, el individuo anárquico sostiene que el individuo debe prescindir de la sociedad y vivir en absoluta libertad. Al contrario, el totalitarismo sostiene que las personas deben someterse a los fines de la sociedad política.

No debe perderse de vista que la sociedad es un instrumento y que la causa final es la persona humana y los valores.

Las limitaciones impuestas por la sociedad a la autonomía del hombre, para ser legítimas, no pueden ejercerse sino respetando la dignidad humana. No es la totalidad del hombre que forma parte de la sociedad sino solamente

algunos aspectos y dimensiones. Hay partes de nuestro ser que son intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles.

Ningún ordenamiento social puede regular la totalidad de la persona humana. Sólo regulan una parte de ella y en función de su propio bienestar. Sin embargo, alguna vez, la sociedad o las sociedades singulares pretenden absorber al hombre en busca de fines colectivos. Por esta razón siempre ha existido una tensión entre el hombre y la sociedad.

La finalidad general de la sociedad es la búsqueda de valores; es decir, tiene un fin trascendente.

**c. *El bien común.***- Es la finalidad o el fin de la sociedad, es distinto del bien individual.

Es el conjunto de condiciones espirituales, culturales y materiales necesarios para que la sociedad pueda realizar su fin propio y establecer un orden justo que facilite a las personas humanas que integran la sociedad alcanzar su fin trascendente.

De manera concreta, corresponde al Estado la búsqueda del bien común mientras que al individuo el bien individual en función del bien común.

El bien común debe fundamentarse en obligaciones de justicia.

El bienestar material de la sociedad tiene mayor valor que el bienestar material del individuo; pero, la riqueza espiritual de un hombre es infinitamente superior a la riqueza de una nación.

El bien común es comunicable (de las sociedades a las personas singulares, a las sociedades intermedias y al Estado); es específica (realización concreta y distinción de bienes); es subsidiaria (cada sociedad y cada persona tiene

una esfera de obrar y una reemplaza a la otra cuando falla). Debe significar una armonía de intereses.

### 3. DERECHO

**a. *La sociedad y el derecho.***- La convivencia de los seres humanos exige que las conductas sean reguladas normativamente en forma ordenada, segura y pacífica. Para ello, el hombre se vale de varios sistemas normativos; uno de estos sistemas es el Derecho.

La convivencia de por sí, significa limitaciones a la esfera de las libertades y del poder que corresponde o tiene cada componente.

El Derecho es apenas una regulación de la conducta externa; pues, corresponde a otros sistemas la regulación de la conducta interna. Por eso se dice que el Derecho es la regulación de la conducta externa de los hombres, tendiente a establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.

Por el Derecho, se busca la justicia que determine la igualdad que debe existir en las relaciones humanas (justicia → igualdad en → Derecho).

La justicia es el valor supremo del Derecho.

Finalmente, no hay Derecho sin sociedad ni sociedad sin Derecho.

**b. *Fundamento del derecho.***- El Derecho se fundamenta en la esencia de la naturaleza humana que es inmutable e igual en todos. Esta esencia consiste en la facultad que posee el hombre de poder determinarse por sí mismo en busca de la realización integral. Si los hombres no tuviésemos esta facultad, no existiría derecho.

Esta naturaleza esencial obliga al hombre a descubrir y crear el derecho.

El desarrollo de la personalidad del hombre que es uno de los fines a buscar depende de la propia decisión del hombre en someterse a las normas de derecho. Esto significa que así como exigimos que otros respeten nuestros derechos, así también estamos obligados a reconocer los derechos ajenos correlativamente.

La interdependencia entre los hombres es universal, así también, los derechos y deberes son universales, inviolables e inalienables.

**c. *El derecho natural.***- Es la exposición de los primeros principios de justicia. Determina las facultades que a cada uno pertenece. Es el Derecho que el hombre no ha creado, sólo lo descubre. Está grabado en nuestras conciencias desde la eternidad hasta la eternidad. Es el fundamento de toda regulación positiva. El derecho creado por el hombre se inspira en este derecho. Exige que la sociedad considere a la persona humana como un fin y no un medio.

Es el fundamento de los derechos de la persona que son anteriores y superiores al Estado.

**d. *Los derechos y deberes de la persona humana.***- La persona humana tiene derechos por el solo hecho de ser persona, no hay ninguna exigencia más.

Los derechos son facultades que posee el hombre y que las ejerce esperando que los otros la respeten.

Estos derechos son: el derecho a la existencia, a la integridad física, a la libertad, a la igualdad, al trabajo, a los medios indispensables y suficientes para un nivel de vida digno (alimentación, vestuario, habitación, descanso, educación, etc.)

En cambio, los deberes son el complemento de los derechos y consisten en el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás.

**e. *El derecho positivo.***- Es el derecho creado por el hombre. Se inspira en el Derecho Natural. Es el conjunto de normas de conducta extensivas, bilaterales, imperativas y coactivas que regulan la conducta de los hombres en la sociedad y momentos históricos determinados cuya finalidad es establecer un ordenamiento justo.

Persigue el bien común de la sociedad. Debe servir como instrumento de cambio social.

**f. *Cualidades espirituales.***- El desarrollo de la sociedad no sólo surge de la justicia y el derecho. Para que estos cumplan su rol a cabalidad deben estar sometidos a cualidades espirituales o intuiciones emocionales como el amor, la amabilidad, la honradez, el espíritu de servicio, la veracidad, etc.

Lo que determina el más alto grado de libertad y dignidad en el hombre es el amor, pues sólo alcanza la perfección humana aquel que vive conforme a la ley del amor.

El amor no se preocupa por saber cuáles son los límites estrictos a que obliga el derecho, sino mira tan sólo la necesidad del prójimo, presta su ayuda incluso a quien perdió el derecho a ella. Y está dispuesto a renunciar a sus propias facultades en beneficio de ese prójimo.

El amor trasciende a la justicia y al derecho que apenas impone por la fuerza un mínimo de amor.

CAPITULO II  
LA CONDUCTA HUMANA Y SU REGULACIÓN  
NORMATIVA

**A. LAS LEYES NATURALES**

1. *Concepto.*- Las leyes naturales regulan el universo creando armonía. Son naturales, necesarias e inalterables.

Estas leyes son descubiertas o captadas por el hombre en la forma de juicios enunciativos que señalan las relaciones invariables que existen en la naturaleza. Son obtenidas por inducción.

2. *Características.*- Las más importantes son:

a. Establecen relaciones de causalidad. Tal hecho, tal consecuencia.

b. Se refieren a lo que es (SER) y no a lo que debe ser (DEBER SER).

c. Implican la existencia de relaciones necesarias entre los fenómenos.

d. Para que sean válidas deben ser verdaderas, lo que significa que los hechos deben confirmarlas totalmente.

## B. EL ACTO HUMANO

1. **Concepto.-** El acto humano es el que procede de la voluntad libre del hombre. Se funda en la inteligencia.

No todos los actos realizados por el hombre son actos humanos. Algunos son simplemente naturales, otros actos del hombre, otros son violentos y otros humanos.

Los actos simplemente naturales son aquellos que provienen de las funciones biológicas y químicas sobre los que el hombre no tiene control total. Ejemplo: La respiración, la circulación de la sangre, etc.

Los actos del hombre son aquellos que éste realiza sin ninguna deliberación o voluntad de hacerlo debido a que se encuentra privado de razón en el momento de hacerlo o en forma permanente. Ejemplo: Los actos de los dementes o sonámbulos.

Actos violentos son los que el hombre realiza obligado por una fuerza o coacción exterior contra su voluntad.

En cambio, actos humanos son aquellos que el hombre realiza con plena advertencia y deliberación. Son actos realizados con voluntad e inteligencia. En estos casos el hombre es dueño y responsable de sus actos.

2. **Actos humanos internos y externos.-** Los actos internos, llamados simplemente actos, son aquellos que se realizan únicamente en la intimidad del hombre, mediante los sentidos internos.

En cambio, a los actos externos se les denomina acciones y son aquellos que se realizan externamente por medio de los órganos corporales. Son la continuación de los actos internos. La acción vincula a la persona con su entorno o medio objetivo.

Tanto el acto como la acción son actos humanos. Son realizados con inteligencia y libertad.

3. **Elementos.**- En todo acto humano, existen tres elementos principales: El cognoscitivo, el volitivo y el ejecutivo.

A. **Elemento cognoscitivo.**- Consiste en el conocimiento de lo que se hace. Es la capacidad de advertencia que debe manifestarse en lo siguiente:

a. El hombre debe darse cuenta psicológicamente de la acción que va a realizar o está realizando.

b. Debe haber advertencia de la relación que existe entre dicho acto y el orden moral.

c. La moralidad del acto será mayor o menor según el grado de advertencia con que se haya realizado.

d. La advertencia posterior no afecta a la moralidad de una acción, a no ser que la inadvertencia haya sido culpable; y

e. Solamente afectan a la moralidad del acto humano los elementos que se han advertido al ejecutarlo, no los que dejaron de advertirse.

El principal impedimento que puede afectar al elemento cognoscitivo es la ignorancia justificada.

B. **Elemento volitivo.**- Es la voluntad que está presente en la realización del acto humano.

Quien actúa con voluntad significa que procede con libertad y conocimiento del fin a que se dirige.

El actuar libre es diferente y se opone al obrar necesario. En el primer caso se actúa con voluntad y porque se es dueño de los actos, en cambio, en el segundo caso, el

actuar es originado por una fuerza irresistible natural o artificial.

Los principales impedimentos que pueden afectar al elemento volitivo son las pasiones y el miedo.

Las pasiones son perturbaciones del ánimo de la persona que, producidos por afectos intensos y permanentes confunden la recta razón y paralizan o desvían la voluntad.

El miedo es la perturbación del ánimo de la persona por un riesgo o mal, real o imaginario, presente o futuro que la amenaza a ella o a otra persona querida o apreciada.

Las pasiones y el miedo disminuyen o excluyen totalmente la responsabilidad.

**C. Elemento ejecutivo.**- Corresponde a los actos externos que realiza el hombre como consecuencia del entendimiento y la manifestación de la voluntad. Es la que permite la exteriorización de un querer con conocimiento del fin.

El principal impedimento que puede afectar a elemento ejecutivo es la violencia. Por esta razón, la violencia aplicada a un ser inteligente y libre se llama coacción, la misma que puede darse a través de una fuerza física o moral ejercida sobre una persona para obligarla a realizar una acción contra su voluntad.

4. **Imputabilidad.**- Consiste en atribuir un acto a quien lo ejecutó. La imputabilidad puede ser física o moral.

En la imputabilidad física el causante del acto es considerado sólo como causa física.

En cambio, la imputabilidad moral significa que un determinado acto o hecho le es atribuido a un sujeto que obró voluntariamente, esto es, con conocimiento y libertad,

en la ejecución física del acto; es decir, le es imputable el acto y sus consecuencias.

5. **Responsabilidad.-** El hombre por ser dueño de sus actos, estos y sus efectos, le son imputables; como consecuencia de esta imputación, el mismo hombre, también es responsable tanto de los actos como de sus efectos.

Por eso, la responsabilidad es consecuencia directa de la imputabilidad. El hombre es responsable de todos los actos realizados con libertad.

La responsabilidad significa que el autor del acto es merecedor de un castigo o una recompensa, dependiendo si los actos son malos o buenos para la sociedad.

El acto realizado con libertad y que acarrea responsabilidad puede ser un acto o una omisión; pues, también la omisión puede generar consecuencias.

Asimismo, el hombre es responsable no sólo de lo que realiza o intenta realizar inmediatamente sino también de aquello que perseguía de manera mediata. Incluso es responsable de aquello que originó aún cuando no fue eso lo que quería.

## **C. LA LIBERTAD HUMANA**

**Concepto.-** La libertad es el poder que tiene la voluntad humana para determinarse por sí misma a actuar o no actuar dadas las condiciones para la acción.

La libertad puede ser física o moral. Por la libertad física el hombre hace o no hace algo, bueno o malo.

En cambio, la libertad moral es la facultad que tiene el hombre de elegir consiente y voluntariamente, los medios necesarios para hacer el bien.

La libertad propia del hombre es la libertad moral; es la facultad que tiene el hombre de elegir consciente y voluntariamente los medios necesarios para hacer el bien.

La libertad propia del hombre es la libertad moral porque la capacidad física de hacer el mal no significa práctica de la libertad, sino imperfección y defecto de la misma, ya que lo propio del hombre es obrar según su naturaleza; por consiguiente, cuando él actúa en contra de su naturaleza, no obra como libre sino como esclavo. Además el hombre es racional por naturaleza y, en consecuencia, cuando actúa racionalmente para hacer el bien, es perfectamente libre; pero, cuando obra en contra de la razón esto es esclavitud. Por eso, la libertad de hacer el mal no solamente no aumenta la libertad, sino que la disminuye o la niega.

#### **D. LAS NORMAS DE CONDUCTA HUMANA**

1. *Concepto.*- La conducta humana está regulada por una serie de normas o sistema de normas, las mismas que existen porque el hombre está dotado de libre albedrío para poder adecuar o no su conducta a las prescripciones de dichas normas.

Las normas que regulan la conducta humana tienen por fin realizar valores.

2. *Características.*- Las características más importantes de las normas de conducta humana son:

a. Determinan relaciones de DEBER SER entre un hecho que puede o no ocurrir como consecuente en la práctica.

Las normas no son enunciativas, no son descriptivas de lo que sucede o ha sucedido. Se espera que se cum-

plan aunque tal vez en la realidad no se cumplen ni se vayan a cumplir.

b. La condición para que una norma de conducta sea tal, radica en que aquello que estatuye como debido no tenga que acontecer forzosa e inevitablemente en el mundo de los hechos. Pues, si los destinatarios del deber impuesto por la norma, fatalmente tuvieran que cumplirlo, no estaríamos frente a una norma sino frente a una ley de la naturaleza.

c. La validez de las normas de conducta no está condicionada por su cumplimiento. Ellas valen por sí mismas, incluso en relación con la conducta que las infringe.

d. Las normas de conducta son válidas cuando exigen un proceder intrínsecamente obligatorio, fundado en la idea de valor. Toda norma de conducta se caracteriza por el hecho de que pretende orientar la conducta humana hacia la realización de un valor, esto es, de un bien adecuado a la naturaleza del hombre en su dimensión individual y social.

Las principales normas que regulan la conducta humana son las normas de trato social, usos o costumbres, las normas morales y las normas jurídicas.

### ***3. Las normas de trato social, usos, convencionalismos o costumbres sociales***

A. **Concepto.**- Son aquellas que imponen a los hombres una determinada conducta en la vida social fundada en principios de buena educación, decoro, protocolo o cortesía. Ejemplos: normas sobre los saludos, regalos, visitas, invitaciones, etc.

Hay autores que niegan que estas normas sean autónomas; pues, pertenecerían a las normas morales o jurídicas.

B. *Características*.- Las características de las normas del trato social son las siguientes:

a. Son de carácter social. Importantes para la vida social del hombre y tal vez no para su vida individual. Requieren de dos o más sujetos para su realización.

b. Rigen la conducta exterior del hombre. No alcanzan a la intimidad del ser, a la esfera de las intenciones originarias o a la profundidad de la vida humana.

Las normas de trato social quedan cumplidas plenamente cuando el sujeto realiza u omite los actos ordenados o prohibidos, sin importar los móviles nobles o innobles del autor. Por esta razón hay individuos que con sólo cumplir las normas de trato social dan una apariencia de educados aun cuando tengan una conducta moral reprochable.

c. Las normas del trato social al ser incumplidas o infringidas acarrear una sanción de reprobación social. Aquellas normas suelen estar previstas en códigos de honor y las sanciones son aplicadas por tribunales de honor.

d. Son heterónomas. Pues, son impuestas por fuerzas ajenas al que cumple con la norma. Son dadas por la sociedad para imponerlas al individuo.

e. Son unilaterales; pues, imponen únicamente un deber, una obligación y no reconocen una facultad. Obligan pero no facultan.

f. La sanción a su incumplimiento, no consiste en obligar por la fuerza al infractor a que cumpla con lo debido. La sanción es sólo un reproche de la sociedad al sujeto infractor. Por esta razón, cabe la rebeldía permanente frente a las normas de trato social. No existe la imposición forzada de estas normas.

g. Poseen una validez relativa y no universal. Tienen vigencia en un determinado lugar y por un determinado tiempo. Están condicionadas por la época, el país, la clase social, el círculo, la profesión, la edad, etc.

h. La finalidad de las normas de trato social es hacer agradable la convivencia humana. Es el aceite que lima las asperezas de las relaciones sociales cotidianas.

#### **4. Las normas morales**

A. **Concepto.-** Las normas morales regulan la conducta libre del hombre, de conformidad con la recta razón, con la finalidad de que pueda realizar su destino trascendente, esto es, lograr un hombre y una sociedad llena de valores.

Las normas morales pueden presentarse en forma positiva o negativa. Ordenan un hacer o un no hacer.

Una norma moral no es una restricción arbitraria de la libertad humana, sino un cauce que encamina a la libertad hacia la realización de un valor. Por esta razón, una norma que no estuviera fundada sobre un valor y no estableciera un deber valioso, estaría privada de toda fuerza moral obligatoria.

Las normas morales nacen o surgen de la propia naturaleza racional y espiritual del hombre. También tienen su origen en la religión.

Las normas morales nos dicen qué acciones son buenas o malas.

B. **Características.-** Las características más importantes de las normas morales son las siguientes:

a. Interioridad. Las normas morales están dirigidas a regular las esferas íntimas de la conciencia y sentimientos del hombre. Todo acto moral no sólo debe tener

una manifestación externa sino que además debe constituir una convicción interna. No sólo debe darse la moralidad en la acción sino también en el propósito, en la intención. Asimismo, los buenos pensamientos deben convertirse en acciones.

b. Unilateralidad. las normas morales imponen deberes al hombre para consigo mismo sin necesidad de que otra persona le exija su cumplimiento. La sola exigencia de nuestra conciencia es suficiente para respetar las normas morales. En otras palabras, la única autoridad que exige el cumplimiento de las normas morales es la conciencia. Obligan pero no facultan. Estamos obligados a realizar un acto moral frente al cual los demás no tienen ningún deber.

c. Falta de rigurosa determinación. Las normas morales, por el hecho de no estar escritas, muchas veces, no son de fácil determinación. Una forma de precisión de algunas normas morales es acudir a los libros sagrados de las grandes religiones donde encontramos los preceptos de orden moral y espiritual.

d. La sanción es el remordimiento. A parte del reproche social que genera la conducta inmoral cuando es conocida por los demás, la sanción más eficaz es el remordimiento de la conciencia, incluso cuando la conducta inmoral no es conocida por los demás. El remordimiento dependerá del grado de sensibilidad del infractor.

e. Carencia de coactividad. La observancia de la norma moral debe realizarse en forma voluntaria, espontánea, libre de toda fuerza extraña o coacción externa. Las normas morales, ante su incumplimiento, no pueden ser impuestas coactivamente.

f. Validez absoluta. Las normas morales poseen valor absoluto en el tiempo y en el espacio debido a que contienen un valor objetivo e inmutable.

g. La finalidad es el perfeccionamiento total del hombre. Las normas morales persiguen el perfeccionamiento espiritual, racional y material del hombre y de la sociedad.

## CAPÍTULO III

### LAS NORMAS JURÍDICAS

#### 1. NORMA Y LEY

La norma jurídica como concepto es de reciente creación. Este concepto no existía en el pasado. Los filósofos de la antigüedad, los clásicos como Sócrates, Platón y Aristóteles sólo se refirieron a la ley. Y así sucedió también en la edad media e inclusive en parte de la edad moderna (inclusive en el pensamiento positivista).

Los conceptos norma y ley no son sinónimos. Cada uno de ellos tiene su propio significado. Y destacan las siguientes diferencias:

a. El concepto de norma tiene una mayor extensión y amplitud que el de ley. La ley es una clase de norma entre otras. La norma jurídica también adquiere la forma de costumbre, jurisprudencia, etc.

b. En la norma predomina el elemento formal, en cambio en la ley, el elemento material.

c. La norma, puede existir por sí sola sin que la emita alguien, a diferencia de la ley que necesita del legislador, de promulgación y vigencia.

La teoría de la norma jurídica es un aporte del pensamiento contemporáneo y, en especial de los juristas Bin-

ding, Thon, Zitelman, Rouguin, Duguit, del Vecchio, Kelsen, Cossio y otros.

## 2. CONCEPTO

La norma jurídica es una norma de conducta exterior, bilateral, imperativa y coactiva que regula las acciones de los hombres con el fin de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.

## 3. CARACTERÍSTICAS

Las características más importantes son las siguientes:

a. **Exterioridad.** A la norma jurídica le preocupa la acción humana sólo desde el momento en que ella se ha exteriorizado. Si el acto permanece en la intimidad de la conciencia y no se manifiesta externamente, no es de interés de la norma jurídica o del Derecho.

Una vez realizado el acto externo, por ejemplo el asesinato de una persona, recién en ese momento, el Derecho se preocupa o se interesa por esa acción y en seguida también por el acto interno, es decir, por la intención, por la voluntad del homicida para determinar su responsabilidad.

Es otros casos, la norma jurídica se satisface solamente con el cumplimiento exterior, por ejemplo, cuando se paga impuestos. En este caso, sólo interesa el acto de la cancelación de lo debido y no interesa el mundo interno, la buena o mala voluntad.

b. **Bilateralidad.** La norma jurídica regula la conducta del hombre en su relación con los demás. Ello señala el contenido posible de la conducta de un sujeto,

considerada siempre en relación con la de otro u otros sujetos. De un lado impone a una parte una obligación (sujeto pasivo) y, de otro, atribuye a la contraparte una facultad o pretensión (sujeto activo). Las normas jurídicas imponen deberes y correlativamente conceden facultades.

c. **Determinación.** La norma jurídica se presenta generalmente con un contenido fijo, cierto y reconocible, y si surgen dudas sobre su aplicación al caso concreto existe la autoridad del juez para determinar su verdadero sentido y alcance.

d. **Imperatividad.** Las normas jurídicas son imperativas porque contienen un mandato positivo o negativo. Los consejos, las exhortaciones y las simples afirmaciones o constataciones de hecho están fuera del campo del Derecho.

De acuerdo a la naturaleza del mandato (positivo o negativo), las normas jurídicas pueden ser clasificadas en imperativas y prohibitivas.

Las imperativas son aquellas que establecen una obligación de hacer o dar; ejemplo, la obligación de proveer de alimentos que tiene el padre respecto de su hijo.

Las prohibitivas son las que establecen una obligación de no hacer, una abstención. Por ejemplo, la prohibición de que los jueces desarrollen actividad comercial.

Las normas imperativas y prohibitivas constituyen lo que podríamos denominar normas primarias, porque prescriben en forma directa una conducta y existen por sí mismas.

También existen las llamadas normas secundarias (permisivas o facultativas, interpretativas, declarativas, etc.) que son aquellas que están subordinadas a las normas primarias o que derivan su existencia de ellas.

e. **Coactividad.** Cuando las normas jurídicas no son respetadas en su imperatividad; esto es, en las obligaciones y prohibiciones que imponen, originan el funcionamiento del aparato coactivo del estado para la imposición de una sanción. Esta sanción puede consistir en imponer por la fuerza la observancia de la obligación o prohibición; o, puede tratarse de la aplicación de una pena. Por esta razón se dice que la norma es esencialmente coactiva.

La norma jurídica, en esta característica, está compuesta de dos elementos: Coactividad y coacción (algunos autores hablan de coercibilidad y coerción). La coactividad es la sanción en abstracto, en idea. Es la amenaza de sanción que contiene toda norma jurídica. Si la norma es respetada esta amenaza nunca se realizará. En cambio, la coacción es la puesta en práctica de la sanción, es la realización de la amenaza cuando la norma jurídica no es cumplida o respetada.

La coactividad es la sanción en potencia, la coacción es la sanción en acción. Lo esencial de la norma jurídica es la coactividad.

f. **Finalidad.** La norma jurídica persigue la finalidad de establecer un ordenamiento justo de las relaciones entre los hombres, permitiendo que cada persona se realice de manera integral y al mismo tiempo se alcance el bien común. Por esta razón se dice que la norma jurídica es teleológica.

## CAPÍTULO IV

### CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL DERECHO

#### A. CONCEPTO DEL DERECHO

Las notas características del Derecho son las siguientes:

a) El derecho es una forma necesaria de vivir social, lo mismo que la vida social es una forma esencial de la existencia humana.

Como realidad social, el Derecho no tiene existencia en la vida individual. El Derecho existe donde se da la relación de dos o más personas. Regula relaciones.

b) La sociedad no se reduce a un conglomerado fortuito de sujetos, sino a un orden de cooperación y coexistencia y a una comunidad de fines entre personas. Precisamente, en esto consiste la convivencia, en la comprensión que cada sujeto tiene de la dignidad y derechos de sus semejantes. El Derecho coadyuva a la sociedad a realizarse como comunidad concreta.

c) Para que el Derecho sea o exista como tal, ha de establecer un orden de relaciones que sea la expresión de un ideal ético de justicia; pues, las formas de vida social no pueden ser contrarias a la justicia.

d) Dado que el Derecho es la realización de la justicia en la vida social, su contenido consiste en una de-

limitación de las esferas correlativas de facultades y deberes. El derecho conjuga las exigencias de la autonomía de la vida individual con las del bien común.

e) El Derecho, al delimitar las esferas de libertad y deber, atribuye, también, a cada sujeto un patrimonio jurídico determinado en atención a las circunstancias histórico – sociales, se llama lo suyo de cada uno en atención a la idea de justicia.

Sobre la base de estos elementos podemos manifestar que el Derecho es la expresión de los principios de justicia que regulan las relaciones de las personas en sociedad y determinan las facultades y obligaciones que les corresponden, considerando las circunstancias histórico – sociales.

Por otro lado, el maestro Mario Alzamora Valdez, considera que son tres los elementos para llegar a una definición del Derecho: la sociabilidad del hombre nacida de su propia naturaleza; la exigencia de regular su conducta mediante normas y el deber ser orientado hacia valores. El hombre necesita vivir en sociedad para atender adecuadamente a sus necesidades tanto materiales como espirituales. Esta convivencia social genera relaciones intersubjetivas que deben ser reguladas mediante unas normas (coercitivas cuando sea necesario) dadas y respaldadas por el Estado. Estas normas, a su vez, deben perseguir un valor; esto es, deben buscar lo bueno para el desarrollo integral del hombre (material, racional y espiritual).

La Teoría tridimensional del Derecho, sostenida por el ius filósofo brasilero Miguel Reale, considera al Derecho como integración de tres elementos: hecho, valor y norma. Esto significa que el Derecho no es simple hecho social, tampoco es sólo valor puro, ni mera norma, sino la conjunción de esos tres factores.

La existencia de la sociedad reclama la ordenación de las relaciones intersubjetivas y que el esfuerzo de todos sus componentes se oriente hacia la realización del bien común.

Las normas son reglas que señalan el sentido y los límites de la acción en orden al logro de esos fines.

Los valores son los principios ideales que deben regir toda convivencia humana justa.

Por las razones expuestas, el maestro Alzamora, define el Derecho como “la regulación de la vida social del hombre para alcanzar la justicia”.

## **B. DEFINICIÓN DEL DERECHO**

**1. *Etimología de la palabra derecho.***- La palabra derecho proviene de las voces latinas “ius” y “directus”.

Los romanos empleaban “ius”, “iuris” para designar al Derecho. De estas voces provienen las palabras justicia, jurídico, jurisprudencia, jurisdicción, etc.

La palabra latina “directus” habría sido equivalente de “ius”. Ambas expresiones significarían vincular, constreñir, mandar, ordenar, en sus distintas derivaciones.

Al desaparecer el Derecho Romano en el mundo medieval occidental, la palabra “ius” fue sustituida por la palabra vulgar (bajo latín) “directum” que equivale a recto, la misma que ha determinado la formación de la palabra Derecho.

Concluyendo, etimológicamente, la palabra derecho tiene como antecedentes a las palabras “ius” “directum” e inclusive “rex”, de donde se desprende que derecho habría significado “conducción y ajuste entre varios seres, sea estático o dinámico, con cierta estabilidad o duración”.

**2. Definición.-** Existen una serie de definiciones que varían de acuerdo a la importancia que se le da a algún elemento del Derecho.

**a. Definiciones formales.-** En estas definiciones se da importancia a la forma, al aspecto externo del derecho como regla.

“El Derecho es el conjunto de deberes a cuyo cumplimiento se puede ser constreñido por la fuerza social organizada” (Edmond Picard).

El Derecho es un conjunto de normas heterónomas que pueden ser coactivamente impuestas por el estado (Kelsen).

**b. Definiciones sociológicas.-** Son aquellas que definen el Derecho en función de la sociedad y su ánimo.

Derecho o la regla de derecho es “la línea de conducta que se impone a los individuos en sociedad, regla cuyo respeto es considerado en un momento dado como garantía del interés común y cuya violación da lugar a una reacción colectiva contra el autor de esta violación” (Duguit).

“Derecho es un imperativo social que traduce una necesidad nacida de la solidaridad natural” (Georges Scelle).

**c. Definiciones que determinan el fin del derecho.-** De acuerdo a estas definiciones el Derecho busca una finalidad (es teleológica): Orden, convivencia pacífica, justicia, etc.

“Derecho ...es el conjunto de reglas de conducta dictadas de antemano por la autoridad pública bajo la sanción de una coacción exterior prevista y organizada por la autoridad misma con el fin de realizar en las relaciones

humanas un cierto orden, orden el más favorable al bien común” (Dabin).

“El derecho es una regla de vida social establecida por la autoridad competente en vista de la utilidad general o del bien común del grupo y, en principio, provista de sanciones para asegurar su efectividad” (Le Fur)

“Las reglas de Derecho son expresiones cortas y claras de aquello que la justicia exige en los diversos casos” (Domat).

finalmente debemos concluir definiendo al Derecho de la siguiente manera:

Derecho es el conjunto de normas jurídicas vigentes en una determinada sociedad que regulan las relaciones de convivencia, cuya eficacia está garantizada por la posible utilización de la coacción organizada por el estado, para lograr la realización de la justicia.

(Fuente bibliográfica referencial: PACHECO GOMEZ, Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. 4ta. Edición. Santiago, 1990.)

## CAPÍTULO V

### FUENTES DEL DERECHO

#### 1. CONCEPTO

Fuente significa manantial de agua que brota de la tierra. En sentido figurado o metafórico fuente es el principio, fundamento u origen de algo.

En Derecho, la palabra fuente es utilizada en el mismo sentido metafórico indicado; esto es, para indicar el principio, fundamento u origen de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente. Pues, existen unas fuentes donde nacen las normas jurídicas.

En los sistemas jurídicos codificados el Derecho brota, en primer término, de la ley o legislación; en cambio, en los sistemas jurídicos del *Common Law* el Derecho emana del precedente judicial.

Haciendo una definición, diremos que las fuentes del Derecho son los hechos jurídicos por los cuales, en virtud del ordenamiento jurídico, se crean, modifican o extinguen normas jurídicas válidas.

#### 2. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES

En la doctrina existen una serie de clasificaciones de las fuentes en función de criterios diversos; pero, esen-

cialmente las fuentes se clasifican en fuentes de producción estatales y fuentes de producción no estatales; en fuentes materiales o reales y fuentes formales.

**a. Fuentes de producción.-** Son las fuentes que producen Derecho. Son personas o grupos sociales, instituciones u órganos del Estado que tienen potestad de crear las normas jurídicas.

Esta fuentes a su vez pueden ser estatales y no estatales.

Las fuentes estatales son la Asamblea Constituyente que crea la Constitución, el Poder Legislativo que da las leyes, el Poder Judicial que produce la jurisprudencia, el Poder Ejecutivo que produce los decretos y otras resoluciones a través de sus distintas dependencias y también otros organismos del Estado previstos o creados por la Constitución como el Tribunal Constitucional.

En cambio, las fuentes no estatales son aquellas que no pertenecen al Estado. Son el pueblo y sus componentes. El pueblo crea la costumbre que es fuente de Derecho; crea el Derecho convencional o negocial constituido por normas adoptadas por las colectividades (sindicatos, cooperativas, asociaciones profesionales, etc.); también los componentes del pueblo, los particulares, crean o celebran actos jurídicos que rigen o prescriben normas de conducta.

Estas normas producidas por las fuentes no estatales son jurídicas por cuanto son reconocidas por el Estado que les otorga el respaldo de la coerción.

**b. Fuentes materiales o reales.-** Son los hechos sociales o las relaciones cotidianas que se dan entre los hombres y que originan y forman el contenido de la norma. Son los factores sociales, económicos, políticos, morales, culturales, éticos, religiosos, ideológicos que influyen en la creación del Derecho y constituyen el contenido de las

normas jurídicas. Las fuentes materiales proporcionan la materia prima, la sustancia, con la que se fabrica el Derecho, imprimiéndole su sentido y finalidad.

**c. Fuentes formales.-** Estas fuentes responden a la pregunta ¿En qué forma se establece el Derecho?, pues, existen unas fuentes que le dan tal o cual forma al Derecho o a las normas jurídicas. El Derecho es producido en forma de leyes, decretos, reglamentos, sentencias, costumbres, contratos, etc. Estas formas o modos como se establecen y exteriorizan las normas jurídicas adquieren la nota de Derecho positivo y obligatorio.

Tanto las fuentes materiales como las formales se complementan y ofrecen un solo producto que es el Derecho. Las formales son el cauce a través del cual discurre el derecho material.

Las fuentes formales están dotadas de fuerza obligatoria por disposición del ordenamiento jurídico.

Las fuentes formales del Derecho son la ley, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del Derecho, la doctrina y los actos o negocios jurídicos privados.

### **3. LA LEY O LEGISLACIÓN**

**A. Introducción.-** En los países de Derecho escrito, la ley o legislación es fuente importante del Derecho. Es la primera fuente formal del Derecho.

La legislación es al acto de creación de normas jurídicas de diferente rango por parte de los órganos autorizados del Estado.

En cambio la ley, en estricto, es una norma jurídica o prescripción dada por un órgano estatal autorizado, forma parte de la legislación.

También se dice que la ley es una emanación de la voluntad del pueblo a través de sus gobernantes o legisladores. La ley está por encima de los gobernantes y gobernados.

**B. *Concepto de ley.***- Existen dos conceptos. Uno formal y otro material o sustancial.

En el concepto formal, la ley es un precepto o norma jurídica dada por el Congreso a través de un procedimiento previsto en la Constitución, promulgada por el Presidente de la República y publicada en el diario oficial.

Las normas jurídicas dadas por los demás Poderes del Estado no se denomina ley, pues, tienen su propia denominación y que en conjunto se denominan normas legales.

En el concepto material, ley es toda regla de Derecho, todo precepto normativo escrito creado por los órganos estatales dentro de los límites de sus respectivas competencias. En este sentido material, amplio, ley es la Constitución (creada por el Poder Constituyente), la ley propiamente (dada por el Congreso), los reglamentos (producidos por el Poder Ejecutivo), etc.

La ley material proviene de los diversos Órganos del estado, a diferencia de la ley formal que sólo proviene del Poder Legislativo.

Al conjunto de leyes escritas que integran el ordenamiento jurídico se le denomina legislación.

**C. *Caracteres de la ley.***- La ley reúne las siguientes características:

a. **Es obligatoria.**- Esta obligatoriedad se encuentra respaldada por la fuerza coactiva del estado.

b. **Es general.**- Ha sido dada para regir colectivamente y no a persona o personas determinadas.

c. **Es abstracta.**- Porque está destinada a regular un número indefinido de casos futuros, todos los que se asemejan al supuesto normativo y no a un caso particular.

d. **Debe ser creada por órgano competente del Estado.**- Es decir, es una norma de Derecho positivo, creada por un órgano autorizado o facultado para imponer normas de conducta obligatoria.

e. **Es de declaración solemne.**- Debe ser elaborada y declarada con las formalidades o solemnidades dispuestas por el Derecho vigente.

f. **Goza de presunción de conocimiento.**- Significa que la ley es conocida por todos desde su publicación en el diario oficial. Nadie puede alegar su incumplimiento por desconocimiento o ignorancia.

g. **La ley debe ser justa** para que su cumplimiento no sea impuesto por la violencia.

h. **La ley es permanente.**- Significa que ha sido dada para tener vigencia por tiempo indefinido. Solamente deja de regir cuando se extingue su vigencia por derogación, por vencimiento del plazo por el cual fue dictada, o por haber logrado el fin o haberse extinguido las situaciones de hecho para las cuales fue dictada.

**D. Jerarquía de las leyes peruanas.**- Esta jerarquía se hace en consideración al significado material y no formal de la ley:

#### Primer Nivel

1. La Constitución y normas con rango constitucional.

2. Sentencias del Tribunal Constitucional.

### Segundo Nivel

- Leyes (orgánicas y ordinarias) y, estas otras que tienen igual rango:

a. Resoluciones legislativas.

b. Decretos legislativos.

c. Decretos leyes.

d. Decretos de urgencia.

e. Tratados internacionales que no afectan disposiciones constitucionales.

f. Reglamentos del Congreso.

g. Normas regionales de carácter general.

h. Ordenanzas municipales.

### Tercer Nivel

a. Decretos supremos.

b. Convenios internacionales ejecutivos.

c. Edictos municipales.

d. Decretos de alcaldía.

### Cuarto Nivel

a. Resoluciones supremas.

b. Resoluciones ministeriales.

c. Resoluciones administrativas (de la sala Plena de la Corte Suprema, de la Fiscalía de la Nación, etc.)

- d. Resoluciones Vice ministeriales.
- e. Acuerdos municipales.
- f. Resoluciones municipales y de alcaldía.
- g. Resoluciones directorales y jefaturales, etc.

**E. Límites de la ley en el espacio.-** Las leyes peruanas rigen en el territorio de la República que comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que lo cubre.

**F. Límites de la ley en el tiempo.-** Las leyes son obligatorias desde que entran en vigencia hasta que se cesan de regir. Entran en vigencia al día siguiente de su publicación salvo disposición contraria de la misma ley que postergue su vigencia.

Ninguna ley tiene efectos retroactivos salvo en materia penal cuando favorece al reo.

Las leyes también cesan de regir por declaración de su inconstitucionalidad.

Existen tres formas de derogación de una ley:

1. Expresa, cuando una ley posterior deroga a una anterior de manera clara y manifiesta.

2. Por incompatibilidad, entre la nueva ley y la anterior (derogación tácita). Esta derogación puede ser total o parcial.

3. Cuando la materia de la ley anterior es regulada íntegramente por la nueva ley (derogación tácita)

La derogación de una ley derogatoria de otra, no hace que ésta recobre vigencia.

**G. Conflicto de leyes en el tiempo.-** Toda norma jurídica posee una estructura compuesta por dos partes: 1)

Supuesto de hecho o hipótesis normativa; y, 2) Consecuencia o efecto jurídico que se enlaza con el primero. La consecuencia se produce una vez que el supuesto o la hipótesis se ha producido en la realidad.

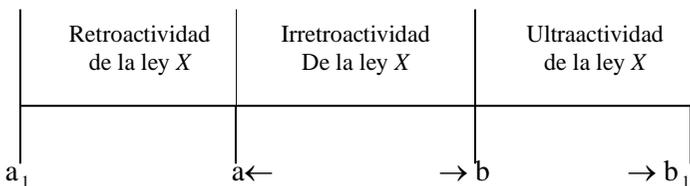
Una nueva norma jurídica puede modificar el supuesto o la consecuencia o, a la vez, el supuesto y la consecuencia de una norma antigua. Estos cambios pueden originar un conflicto en la aplicación de las leyes tanto antigua como nueva.

Para resolver el conflicto de leyes en el tiempo existen los siguientes criterios:

1. La irretroactividad de la ley mediante su aplicación inmediata a todos los hechos y consecuencias que se produzcan durante su vigencia; esto es, la ley no tiene efectos retroactivos ni puede supervivir después que es derogada.
2. La aplicación retroactiva de la ley a los hechos y consecuencias que tuvieran lugar durante la vigencia de la ley antigua.
3. La aplicación ultraactiva de la ley antigua que sobrevive a la nueva.

A continuación se grafica lo expuesto:

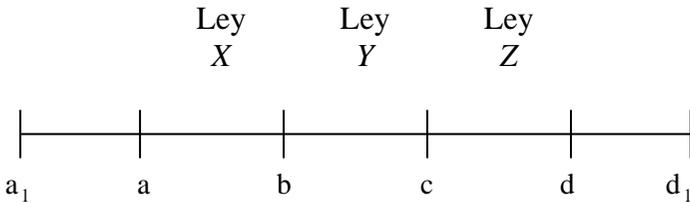
A) Vigencia de la ley X



- Si la ley es irretroactiva, entonces sólo tiene vigencia dentro de los términos de tiempo  $a$  y  $b$ .

- Si la ley es retroactiva, entonces tiene vigencia dentro de los términos de tiempo  $a$  y  $b$ ; y, además se extiende hasta el término  $a_1$ .
- Si la ley es ultraactiva, entonces tiene vigencia dentro de los términos de tiempo  $a$  y  $b$ ; y, además se extiende hasta el término  $b_1$ .

### B) Vigencia de leyes X, Y y Z



#### 1. Irretroactividad:

vigencia de X:  $(a-b)$   
 Y:  $(b-c)$   
 Z:  $(c-d)$

#### 2. Retroactividad:

vigencia de X:  $(a-b) + (a_1-a)$   
 Y:  $(b-c) + (a-b)$   
 Z:  $(c-d) + (b-c)$

#### 3. Ultraactividad.:

vigencia de X:  $(a-b) + (b-c)$   
 Y:  $(b-c) + (c-d)$   
 Z:  $(c-d) + (d-d_1)$

El criterio que predomina es el de la irretroactividad de la ley, el mismo que se sustenta en dos teorías:

1. Teoría de los derechos adquiridos, según la cual la nueva ley no alcanza a los derechos adquiridos antes de su vigencia.

2. Teoría de los hechos consumados, que significa que la nueva ley rige a los hechos producidos durante su vigencia, pues los hechos consumados (realizados) durante la vigencia de la ley antigua se rigen por ésta.

Nuestro sistema jurídico ha adoptado la teoría de los hechos consumados, pues, “la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Es decir, la ley es irretroactiva excepto en materia penal cuando favorece al reo.

Según la teoría de los hechos consumados la nueva ley se aplica no solamente a los hechos y consecuencias futuras, sino también a los hechos y consecuencias jurídicas nacidas al amparo de la ley anterior que se encuentran en proceso de desarrollo, es decir que aún no se han consumado al entrar en vigor la nueva ley.

#### **4. LA JURISPRUDENCIA**

**A. Introducción.-** En el pasado, la jurisprudencia fue identificada como la ciencia del Derecho. Ulpiano define que la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y lo injusto.

Actualmente, sólo en algunos casos, la palabra jurisprudencia es utilizada como sinónimo de Derecho; pues, es más utilizada como fuente de Derecho. Etimológica-

mente, la palabra jurisprudencia deriva de los términos *prudencia* y *iuris*, que para los romanos significó conocimiento del Derecho.

**B. La jurisprudencia como fuente del derecho.-**

Es el conjunto de sentencias que han adquirido la calidad de cosa juzgada y que resuelven de manera uniforme sobre un mismo asunto de Derecho. Estas sentencias uniformes sirven de fuente de Derecho en los casos no previstos o no regulados por la ley.

También los actos administrativos firmes de última instancia constituyen jurisprudencia (en este caso, administrativa).

La jurisprudencia es el producto que resulta de la actividad de los tribunales al interpretar y aplicar las leyes, las costumbres y los principios generales del Derecho en el juzgamiento sobre una misma cuestión de Derecho.

De acuerdo a la legislación nacional, sólo tienen la calidad de jurisprudencia, como fuente formal del Derecho, las decisiones tomadas por mayoría del pleno casatorio de la Corte Suprema de la República. Sin embargo, de manera general, se denomina jurisprudencia, y pueden ser invocadas como tal, las decisiones o ejecutorias o sentencias expedidas por las diversas instancias del Poder Judicial y especialmente las expedidas por las Cortes Superiores de Justicia a continuación de las expedidas por la Corte Suprema.

Cuando la jurisprudencia es de observancia obligatoria por mandato de la ley, los jueces pueden apartarse de ella o modificarla con la única exigencia de que dicho apartamiento o modificación sea debidamente fundamentalmente.

Finalmente, la jurisprudencia es un medio de interpretación de la legislación, es decir, un medio de aplica-

ción del Derecho escrito; pero, al mismo tiempo, es también un medio de creación de Derecho.

## 5. LA COSTUMBRE

**A. Concepto.-** La costumbre es una práctica general, uniforme y constantemente repetida de una determinada conducta por los miembros de una comunidad y es vista como una regla obligatoria.

**B. Elementos.-** Son dos los elementos de la costumbre jurídica: uno externo o material y otro interno o psicológico.

1. Elemento externo o material.- Consiste en la práctica repetida de una determinada conducta en un medio social.

2. Elemento interno.- Es la convicción común de que se trata de una práctica obligatoria que tiene la calidad de precepto jurídico y por esta misma razón hay temor a una sanción.

**C. Caracteres.-** Son caracteres de la costumbre los siguientes:

a. **Espontaneidad.-** A diferencia de la ley que surge como un acto de voluntad del legislador, la costumbre surge de manera espontánea, en principio, sin la convicción que se está creando una norma jurídica.

b. **Uniformidad.-** Se trata de prácticas de repetición constante y uniformes, a pesar de que no son exactamente iguales.

c. **Generalidad.-** La práctica debe ser común a todos los miembros de una comunidad. Es observada por la mayoría de los individuos. Así, la costumbre puede ser local, regional, o nacional.

d. **Durabilidad.**- La práctica debe tener una duración mas o menos larga.

e. **No tiene forma**, a diferencia de la ley que se plasma expresamente y por escrito, la costumbre tiene un carácter tácito, solamente se da a conocer mediante usos repetidos.

f. **La costumbre decae por el desuso**, mientras que la ley cesa en las condiciones que ella misma u otra ley establece.

g. **Carece de seguridad**, por lo mismo que no es expreso y escrito puede prestarse a dudas y no generar seguridad y certeza.

**D. Prueba de la costumbre.**- La costumbre como fuente autónoma de Derecho de tercer orden, es decir, que se aplica en defecto de la ley y la jurisprudencia, a diferencia de la ley, tiene que ser demostrada en cuanto a su existencia.

Por regla general, el Derecho o la existencia de una norma jurídica no se prueban. Rige el principio de que el Juez conoce el Derecho (“*iura novit curia*”); sin embargo, la norma jurídica creada por la costumbre debe ser demostrada en cuanto a su existencia y contenido. Asimismo, debe demostrarse que es practicada de manera general y uniforme. Para esta demostración se emplearán todos los medios de prueba pertinentes.

## 6. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

**A. Concepto.**- Los Principios Generales del Derecho, constituyen otra fuente formal del Derecho. Son un conjunto de ideas, postulados éticos o criterios fundamentales básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordena-

miento jurídico escrito (legal y jurisprudencia) y consuetudinario.

Son ejemplos de estos principios “la buena fe”, “equidad”, “confianza”, “vivir honestamente”, “no hacer mal a nadie”, “autonomía de la voluntad contractual”, el principio que dice que “lo que no está jurídicamente prohibido es permitido”, el de la “función social de la propiedad”, la “prohibición de enriquecimiento ilícito”, el principio de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”, etc. etc.

Los Principios Generales del Derecho constituyen la base teórica y la razón lógica que le dan al ordenamiento jurídico su sentido ético, su medida racional y su fuerza vital o histórica.

**B. Funciones de los principios generales del derecho.-** Los principios Generales del Derecho cumplen una triple función: Creativa, Interpretativa e Integradora del ordenamiento jurídico. Se dice que los principios son la causa y el fin del Derecho.

a) Función creadora:

En este caso, los Principios Generales del Derecho actúan como fuentes materiales del Derecho; pues, los Principios son los postulados éticos que informan, inspiran y orientan la actividad del órgano constituyente, del legislador, de los órganos ejecutivo y jurisdiccional y demás órganos menores de producción jurídica.

b) Función interpretativa:

Los Principios Generales son pautas o criterios que ayudan en la interpretación de las normas jurídicas.

c) Función integradora:

Aquí, los Principios Generales, actúan como fuente formal del Derecho. Sirven para llenar las lagunas del Derecho legislado. Los casos no previstos en la legislación originan vacíos o lagunas que constituyen un defecto o deficiencia frente a los cuales los jueces no pueden dejar de administrar justicia. En tales casos deben aplicar los Principios Generales del Derecho.

Los Principios son fuente de Derecho subsidiaria en defecto de la ley, la jurisprudencia y la costumbre.

## **7. LA DOCTRINA**

**A. *Concepto.***- Es el conjunto de opiniones y argumentos de los estudiosos del Derecho (juristas, filósofos, abogados y todos aquellos que se dedican al estudio del Derecho).

**B. *Como fuente del Derecho.***- La doctrina no es propiamente fuente formal del Derecho; sólo es fuente formal cuando la ley se remite a ella y la prescribe como tal.

La doctrina no crea directamente normas jurídica sino que las interpreta, describe, explica y sistematiza para su mejor utilidad y aplicación y contribuye al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico vigente. Es un medio de conocimiento del Derecho.

El legislador cuando elabora una nueva ley tiene muy en cuenta la doctrina que informa sobre los defectos de la ley que se deroga y las necesidades normativa futuras. Igualmente, los jueces basan sus decisiones en las soluciones propuestas por la doctrina. Sin embargo, la observancia de la doctrina no es obligatoria; pero, puede ser aplicada como fuente subsidiaria en defecto de la ley, de la

jurisprudencia, de la costumbre y de los Principios Generales del Derecho.

## **8. FUENTES NEGOCIALES**

Las fuentes negociales están constituidas por los actos jurídicos que realizan las personas naturales y jurídicas en general. El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Los actos jurídicos de mayor frecuencia son los contratos que realizan los interesados respecto de transferencia y uso de bienes muebles e inmuebles; y, respecto de prestación de servicios. En estos casos los celebrantes se reconocen facultades y obligaciones recíprocamente. Estos contratos son ley para las partes. Esto significa que los actos jurídicos crean normas jurídicas particulares ('el contrato es ley para las partes') por lo que también las fuentes negociales son fuente de Derecho dentro de las limitaciones de la normatividad general; es decir, siempre y cuando no contraríen a la legislación vigente.

## CAPÍTULO VI

### DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

#### 1. INTRODUCCIÓN

Aún cuando el Derecho es uno solo, por razones prácticas se divide en dos grandes ramas: Derecho Público y Derecho Privado.

Esta división no es tajante ni absoluta; pues, hay situaciones en las cuales ambas ramas se confunden.

De manera elemental, distinguimos a los sujetos, bienes, acontecimientos naturales y actos humanos en públicos y privados.

Si nos referimos al Estado, a las municipalidades, a los ministerios, las universidades nacionales, a los organismos internacionales, al Presidente de la República, a los Ministros de Estado, etc., decimos que son sujetos de Derecho público; en cambio calificamos como sujetos de Derecho privado a cada uno de los individuos en particular, a las asociaciones, fundaciones, comités y sociedades constituidas conforme a la Ley General de Sociedades.

Decimos, y somos conscientes de ello, que un parque, un monumento, el Palacio de Gobierno, las carreteras, etc. son bienes públicos; en tanto que calificamos como privados los bienes que conforman el patrimonio de los particulares.

Si un terremoto destruye una ciudad no vacilamos en sostener que se trata de una calamidad pública, en cambio, cuando la fuerza de un río arranca una porción de un campo ribereño y lo lleva al de otro propietario ribereño, sabemos que sólo produce consecuencias privadas.

Cuando el Estado construye una represa, edifica un palacio de justicia, celebra un tratado con otro Estado, da una ley, etc., todos sabemos que se trata de actos de naturaleza pública; sin embargo, cuando un particular otorga un testamento, compra o vende, etc. no cabe duda que éstos son actos de naturaleza privada.

Es más, con un criterio, también superficial distinguimos categorías intermedias (con elementos públicos y privados), por ejemplo cuando nos referimos a una sociedad en la cual participe tanto el Estado como los particulares, la calificamos (sin mayores indagaciones sobre su verdadera naturaleza) como empresa mixta.

Generalmente, la intervención del Estado y sus dependencias en las relaciones jurídicas implica la aplicación del Derecho Público. En cambio, las relaciones que se dan entre los particulares implican la aplicación del Derecho Privado.

Con frecuencia en una misma institución coexisten el Derecho privado y el público. Por ejemplo en el matrimonio, en los límites en que el alcalde intervenga para sancionar la unión, o el Ministerio Público para solicitar la nulidad si fuere irregular, o el juez declara de oficio la nulidad manifiesta del matrimonio, hay Derecho público; mientras que en todo lo concerniente a las relaciones donde los cónyuges son los únicos jueces, y en las que no puede intervenir ningún funcionario, el Derecho es privado.

Nunca ha sido fácil establecer límites precisos entre el Derecho público y privado. Hemos afirmado que el

Derecho es uno solo, pero su división en público y privado como dos dimensiones, dos ramas, dos facetas, dos aspectos o modos de considerar un solo todo: el Derecho, es una verdad que la realidad confirma y no podemos negar.

Esta división del Derecho no es puramente teórica, sino de gran importancia práctica, tiene un carácter funcional por cuanto la distinción en público y privado cumple funciones de calificación y determinación del sector del ordenamiento aplicable a las relaciones jurídicas, de los órganos de competencia que deben resolver los conflictos, etc., pero no podemos dejar de reconocer que, en unas situaciones más que en otras, la línea de frontera de la distinción es oscura, compleja y a veces imposible de establecer con nitidez. No hay coincidencia general sobre en qué lugar debe quedar trazada la línea divisoria entre Derecho público y privado, por tanto, hay que operar con criterios o tendencias dominantes, generales, prioritarios y no con criterios absolutos.

## **2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

La división del Derecho en público y privado ha variado conforme al dinamismo impuesto por las circunstancias históricas de cada momento. No se trata de una división de naturaleza estrictamente jurídica sino que está interrelacionada con la realidad social, económica, cultural, moral, etc., que regula el Derecho.

Los romanos consideraban como Derecho público todo lo referente a la organización de la cosa pública y como Derecho privado lo referente al interés de los particulares.

Todo lo relacionado a la organización y funcionamiento del Estado romano y de la Iglesia (organización política y religiosa), competencia y poder de sus autoridades.

des, derechos y deberes de los particulares frente a los intereses de la comunidad fue calificado como Derecho público; en cambio, el Derecho privado regulaba las relaciones entre los particulares como son: la familia romana, las herencias, la propiedad y los contratos.

La distinción se aclara más con el surgimiento del Estado absolutista. El Derecho público surge en una esfera jurídica justificadora de los poderes del príncipe; la vida pública fue monopolizada por el Estado, quedando para la actividad privada aquello que no le interesa al Estado o porque carece de medios para asumirlo, como por ejemplo el tráfico económico. El Derecho privado tenía lugar en el campo que le dejaba el Derecho público.

Con el nacimiento del Estado liberal se invierte la relación entre Derecho público y Derecho privado. El Derecho en general se orienta a limitar la acción del Estado y a garantizar la autonomía de la voluntad individual, se estrechan las fronteras de la acción del Estado y se ensancha la esfera de actividad de los particulares, convirtiéndose el Derecho privado en el modelo de Derecho por excelencia.

La crisis del liberalismo determinó el surgimiento del Estado social que interviene normativamente en la actividad económica y realiza directamente actividades de producción o mediación en el mercado de bienes y servicios, lo que determinó que el Derecho público alcance nuevamente un enorme desarrollo en detrimento del Derecho privado.

En la actualidad frente a la crisis del Estado social se impone la corriente neoliberal o neocapitalista con la consiguiente limitación del intervencionismo estatal en la economía, recobrando primacía el Derecho privado sobre el Derecho público.

Lo descrito grafica una oscilación del Derecho entre la publicación de lo privado y la privatización de lo público. Se trata de una separación de naturaleza histórica variable.

### **3. CRITERIOS DE LA DIVISIÓN DEL DERECHO EN PÚBLICO Y PRIVADO**

Dada la dinamicidad del Derecho se han utilizado diversos criterios y algunas veces la combinación de éstos para fijar las fronteras entre uno y otro ámbito del Derecho.

#### **a) Por el sujeto o ente que es objeto de regulación**

El Derecho es público cuando regula la organización y funciones del Estado y demás entes públicos, sus relaciones entre ellos y con los particulares; esto, a través del Derecho constitucional, el administrativo, el tributario, el penal, el procesal, etc.

En cambio, el Derecho es privado cuando regula a la persona humana considerada como tal, a sus relaciones con los demás individuos, a su patrimonio, a su familia; rige las relaciones entre particulares y también en las que interviene el Estado como ente particular, esto es, desprovisto de su facultad de imperio (por ejemplo cuando para el funcionamiento de uno de sus organismos toma en arrendamiento un inmueble de propiedad de un particular). Esta regulación se hace a través del Derecho civil, el comercial, etc.

En toda relación de Derecho público, uno de los sujetos, activo o pasivo, o los dos a la vez son el Estado u otro ente público; en cambio, en la relación jurídica de Derecho privado, los dos sujetos son personas desprovistas de carácter oficial.

#### **b) El criterio de la potestad de imperio**

En el Derecho público existe un ejercicio del poder del Estado, por tanto, es un Derecho de subordinación, caracterizado por la desigualdad de los sujetos que intervienen en la relación jurídica: por un lado el Estado con su facultad de imperio, de autoridad o de soberanía y por el otro los particulares; el Estado impone su voluntad y los individuos se someten. En cambio, el Derecho privado es uno de coordinación en el cual los sujetos están en un plano de igualdad.

### **c) El criterio de los intereses en juego**

El Derecho público afecta al interés general y público de manera principal. El Derecho privado afecta al interés privado, particular o individual principalmente.

Si en la norma prima el interés general, común, colectivo, el Derecho es público; y si lo que prima es el interés particular, el Derecho es privado. Aquél realiza la utilidad general, sirve al interés colectivo y éste es de utilidad particular, regula los intereses privados.

Este criterio de distinción, como hemos visto, tiene su origen en el Derecho romano. El público regulaba las relaciones de los hombres considerados como miembros de la sociedad política; se ocupaba del Estado, de la organización de la magistratura y de las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. El Derecho privado regulaba las relaciones entre los particulares.

El Derecho privado se ocupa del interés del individuo y el público de la nación romana.

Este criterio de ULPIANO sigue siendo admitido en la actualidad: en la norma de Derecho público prima de manera inmediata el interés general y en la norma de Derecho privado prevalece el interés particular.

### **d) El criterio de la naturaleza de las normas**

El Derecho público contiene normas jurídicas imperativas y de cumplimiento obligatorio. El Derecho privado contiene normas jurídicas supeditadas a la autonomía de la voluntad individual.

Una norma jurídica es calificada como de Derecho público cuando no puede ser ignorada por la voluntad de los particulares en la realización de ciertos actos o negocios; la voluntad está sometida al mandato imperativo de la norma. En cambio, la norma es de Derecho privado cuando puede ser ignorada o aplicada por la libre iniciativa de los particulares en la realización de sus negocios.

En resumen, partiendo del criterio de la naturaleza de las normas, el Derecho público es el Derecho de necesidad, es un *ius cogens* o imperativo, o necesario, cuyas normas son de cumplimiento riguroso (necesario). En cambio, el Derecho privado es un Derecho de autonomía individual en el cual la norma jurídica actúa solamente como interpretativa o supletoria de la voluntad privada. El Derecho público es el derecho de las normas imperativas y el Derecho privado es el derecho de las normas dispositivas.

Finalmente, el Derecho público y el privado no se encuentran yuxtapuestos, separados por fronteras rigurosas; por el contrario, se invaden, se confunden y complementan mutuamente. Se distinguen, pero no dejan de estar íntimamente ligados.

#### **4. CONCEPTO DE DERECHO PUBLICO Y DE DERECHO PRIVADO**

***Derecho público.***- Es el conjunto de normas que regulan la organización, actividad y fines del Estado y demás entes públicos, así como las relaciones jurídicas

establecidas entre ellos o con los particulares, con miras a la realización prioritaria del interés colectivo.

***Derecho privado.***- Es el conjunto de normas que regulan lo relativo a los particulares y a las relaciones de éstos entre sí y a aquellas relaciones de los particulares con los entes públicos cuando éstos actúen desprovistos de su facultad de *imperium*. Por ejemplo: adquisición de bienes en el mercado.

El Derecho privado establece la esfera de actividad reconocida al individuo para la actuación de su personalidad y de su voluntad en sus relaciones con los demás, dentro de la colectividad, para el logro de los fines que le son propios. De allí que las instituciones medulares del Derecho privado son la persona, su capacidad, su libertad o poder de autonomía, sus responsabilidades, sus deberes de solidaridad, sus bienes, su familia, el intercambio de bienes y servicios, etc.

## **5. DERECHO MIXTO DE PÚBLICO Y PRIVADO**

Existen una serie de ramas jurídicas que aun debiendo su origen al Derecho privado, del que se destacaron, sus normas participan muy claramente tanto del Derecho público como del privado, es decir, tales ramas dependen tanto del Derecho público como del privado, sin que pertenezcan a ninguna de estas dos categorías. Por ejemplo el Derecho Laboral, el económico, el de la navegación, el Derecho del espacio cósmico, el Derecho genético.

En el Derecho del trabajo, las reglas relativas al perfeccionamiento del contrato por libre consentimiento de ambas partes contratantes son de Derecho privado, mientras que la intervención del Estado protegiendo administrativamente a los trabajadores pertenece al Derecho público.

Sin embargo, si miramos un poco en profundidad, advertimos que son pocas las ramas jurídicas que pueden considerarse exclusivamente de Derecho público o privado, porque en la mayoría de ellas coexisten normas de uno y otro sector. Por ejemplo el Derecho civil considerado tradicionalmente como el Derecho privado por excelencia, tiene un contenido integrado tanto por normas de Derecho privado como de Derecho público.

A continuación un esquema que ordena las distintas disciplinas del Derecho público y privado:

ÁMBITOS	DERECHO PÚBLICO	DERECHO PRIVADO
<b>DERECHO NACIONAL O INTERNO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho Constitucional</li> <li>• Derecho Penal</li> <li>• Derecho Tributario</li> <li>• Derecho Administrativo</li> <li>• Derecho Procesal (Civil, Penal, etc.)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho Civil</li> <li>• Derecho Comercial</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho Laboral</li> <li>• Derecho Minero</li> <li>• Derecho de Autor</li> </ul>	
<b>DERECHO INTERNACIONAL O EXTERNO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho Internacional Público</li> <li>• Derecho Internacional de los Derechos Humanos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho Internacional Privado</li> </ul>

## CAPÍTULO VII

### DISCIPLINAS QUE ESTUDIAN EL DERECHO

El Derecho como disciplina, como ciencia y como técnica es de por sí complejo, por lo que es desarrollado y estudiado desde diversas perspectivas que dan lugar, a su vez, a una diversidad de disciplinas jurídicas cuyos contenidos tienen una mayor o menor dosis de filosofía, ciencia o técnica respectivamente.

Estas disciplinas son: Dogmática Jurídica, Derecho Comparado, Teoría General del Derecho, Sociología Jurídica, Derecho Económico, Economía del Derecho, Antropología Jurídica, Psicología Jurídica, Historia del Derecho, Lógica Jurídica, Informática Jurídica, Filosofía del Derecho, etc.

#### **1. DOGMÁTICA JURÍDICA**

Conocida también como Sistemática jurídica o Ciencia del Derecho, estudia al Derecho positivo vigente en un cierto ámbito espacial. Estudia la interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico determinado para su justa aplicación.

En una primera acepción la Ciencia del Derecho comprende a todo el saber jurídico; en un segundo sentido, todas las ciencias jurídicas con exclusión de la filosofía del

Derecho; y en un tercer sentido la Ciencia jurídica comprende solamente a la Dogmática jurídica.

La Dogmática jurídica tiene como objeto al Derecho positivo, esto es, al ordenamiento jurídico determinado. En cambio la filosofía indaga los fundamentos y las primeras causas del ordenamiento jurídico en general.

Debido a la amplitud del contenido de la dogmática jurídica, para facilitar su estudio metódico y ordenado, se ha dividido en ciencia del Derecho constitucional, ciencia del Derecho civil, ciencia del Derecho penal, etc.

## **2. DERECHO COMPARADO**

Es el estudio de los Derechos extranjeros utilizando métodos comparativos.

Según la tradición, la redacción de las leyes de SOLÓN y de las 12 Tablas fueron precedidas por investigaciones propias de Derecho comparado; la comparación de las costumbres permitió a los antiguos juristas franceses la formulación de los principios de un Derecho común consuetudinario, o, en el caso de Alemania, de un Derecho privado alemán; también en Inglaterra se compararon y confrontaron el *commune ley* y el Derecho canónico.

El estudio sistemático del Derecho comparado nace en la investigación del Derecho con el fin de descubrir las leyes que gobiernan la evolución de los Derechos, la búsqueda de las notas comunes y diferencias de los diversos sistemas jurídicos positivos, con miras a impulsar la unificación del Derecho de los diversos países por vía legislativa como una nueva necesidad que surge debido al progresivo desarrollo de las relaciones de interdependencia de los países y pueblos o cuando menos para lograr un acercamiento del Derecho de los diferentes Estados, y

también como instrumento que facilite el conocimiento y perfeccionamiento del Derecho propio de cada país.

Gracias al Derecho comparado se recogen experiencias de otros medios o realidades para aplicarlas en nuestro medio.

### **3. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO**

Comprende el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, esenciales, comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico determinado o comunes a todo el Derecho (conceptos jurídicos relativamente universales). Sobre los aportes de la Dogmática jurídica, del Derecho comparado y otras disciplinas, plantea una teoría general de la norma jurídica y del ordenamiento o sistema jurídico. Del estudio de los diversos ordenamientos jurídicos extrae los principios generales del Derecho y los conceptos fundamentales válidos para todo el Derecho.

### **4. SOCIOLOGÍA JURÍDICA**

Como parte de la Sociología General, estudia el hecho social en su estructura y funcionamiento con el fin de conocer cómo los grupos humanos se organizan y se desenvuelven en función de los múltiples factores que actúan sobre las formas de convivencia y cómo la vida social interviene en la elaboración y desarrollo del Derecho y los efectos que el ordenamiento jurídico produce en la colectividad, dando lugar a nuevas formas de convivencia humana.

La Sociología jurídica estudia el Derecho como fenómeno social, tal como aparece en la realidad; no mira al ordenamiento jurídico como tal, sino a su eficacia en el plano de la realidad social; cuál es su función en la colecti-

vidad y de qué manera influye en vida social. En otros términos, la Sociología Jurídica estudia las relaciones que existen entre el ordenamiento jurídico y la vida social, así como sus influencias recíprocas.

EHRlich, considerado uno de los padres de la Sociología Jurídica, plantea una comparación entre la Sociología Jurídica y la Dogmática Jurídica para una mejor comprensión de aquélla: en cuanto al área de relevancia, la primera comprende el Derecho vivo, la segunda el Derecho formal; en cuanto al método de investigación, la primera utiliza el experimental de las ciencias naturales, en cambio, la segunda un método puramente conceptual; en cuanto al fin, el de la Sociología Jurídica es cognoscitivo, no práctico como el de la Dogmática jurídica. La Sociología Jurídica estudia la realidad vital, esto es, el Derecho como realidad sociológica que el jurista debe buscar y que no opera sobre ficciones como lo hace la Dogmática Jurídica. La ciencia independiente del Derecho, que no quiere servir a fines prácticos, sino al puro conocimiento, que no se ocupa de palabras, sino de hechos, es la Sociología del Derecho.

Desde el punto de vista sociológico el objeto está constituido por los comportamientos jurídicos; desde el punto de vista jurídico el objeto es un precepto jurídico, cuyo contenido lógico-ideal hay que ordenar sistemáticamente; el jurista estudia el mundo normativo del “deber ser”, y el sociólogo lo que es, es decir, el mundo del “ser”.

La Sociología del Derecho no se propone conocer el contenido de sentido lógicamente correcto de un orden jurídico, sino su existencia empírica, como consecuencia de la validez jurídica de aquél; por lo que el orden jurídico, en su sentido dogmático-normativo, tiene un valor instrumental para los fines cognoscitivos de la sociología del Derecho (WEBER). Después de la segunda guerra mundial, lo que caracteriza a la Sociología del Derecho es la

realización de investigaciones empíricas, esto es, utiliza los mismos métodos de las otras ramas de la sociología: el muestreo, la entrevista, el cuestionario, el experimento, las escalas, etc. Junto a las investigaciones empíricas se han realizado también investigaciones teóricas.

## **5. DERECHO ECONÓMICO (IUSECONOMÍA)**

Estudia al Derecho regulador de la actividad económica de las personas o entes jurídicos que participan o intervienen en el proceso económico (proceso que comprende la producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios).

La economía tiene por objeto la correcta asignación de recursos escasos, a efectos de satisfacer las necesidades de la población mediante sistemas diversos así como el intercambio de bienes y servicios, etc.; aquí, el Derecho coloca las normas que otorgan seguridad, orden y en lo posible justicia a estos actos de economía.

## **6. DERECHO Y ECONOMÍA O ECONOMÍA DEL DERECHO**

No es lo mismo “Derecho Económico” que “Derecho y Economía” o “Economía del Derecho”.

El contenido del “Derecho Económico” es el análisis sistemático de la parte del ordenamiento jurídico que regula la actividad económica de las personas naturales o jurídicas (comercio exterior, importaciones, intercambio de bienes, promoción fabril, la actividad económica del Estado, etc.).

En cambio, la disciplina “Derecho y Economía” o “Economía del Derecho”, se encarga del análisis económi-

co del Derecho positivo vigente, aplicando el método de análisis económico puro, con el fin de evaluar su eficiencia (mediante la medición de los costos y beneficios) en el momento de su aplicación.

El “Derecho Económico” es una ciencia jurídica y la disciplina “Derecho y Economía” o “Economía del Derecho” es una ciencia metajurídica.

En toda conducta humana se pondera entre un beneficio esperado y el costo de aplicar recursos escasos para alcanzarlo (apreciación costo-beneficio). Las personas normalmente actúan en función de lo que es mejor para ellas, buscando la mayor utilidad. Esta lógica, también debe aplicarse al Derecho (Economía legislativa en cuanto a su producción y aplicación, economía procesal, etc.).

## **7. ANTROPOLOGÍA JURÍDICA**

Es el estudio del hombre (fundamentalmente en su dimensión cultural) desde la perspectiva del Derecho. Es la comprensión de los hechos que dan lugar a las experiencias jurídicas. Es el análisis del pasado, presente y futuro que influyen o determinan el quehacer jurídico. Es la indagación de las relaciones que se dan entre el mundo interior y exterior del hombre con trascendencia jurídica.

Tradicionalmente, la Antropología Jurídica es concebida en su sentido de etnología o etnografía jurídica. Estudio de los Derechos primitivos y de los Derechos de los pueblos de tecnología sencilla, pertenezcan o no a una época pasada; también se dice que se ocupa del estudio de los fenómenos de mentalidad jurídica primitiva que pueden encontrarse incluso en los Derechos más evolucionados. Estudia las reglas tradicionales del comportamiento humano en el contexto étnico, es decir, como un elemento de la civilización de una determinada etnia.

## **8. PSICOLOGÍA JURÍDICA**

La Psicología jurídica pretende por un lado, elaborar teorías que configuren el Derecho como un fenómeno de naturaleza psicológica, y por otro, se trata de hacer de la Psicología jurídica una psicología en el Derecho, esto es, una psicología aplicada que utiliza los métodos del análisis psicológico (psicología experimental) para facilitar y mejorar el funcionamiento del Derecho.

## **9. HISTORIA DEL DERECHO**

El surgimiento, progreso, desenvolvimiento y evolución del Derecho es objeto de estudio de la historia del Derecho.

Por lo general la historia del Derecho se vincula con la historia política, social y económica de los pueblos.

La historia del Derecho es un capítulo de la historia de la cultura.

BASADRE sostiene que “mediante el estudio de la historia del Derecho será posible ver qué hubo de perecedero y qué hay de permanente en las instituciones, el origen, el significado y la evolución de ellas, el juego de las diversas influencias que en una vida nacional se suceden y en las que la realidad pone luego su sello propio”.

Fue la escuela histórica fundada por SAVIGNY la que relevó la importancia de la historia del Derecho, al considerar a éste como un fenómeno de cultura condicionado históricamente, producido por el espíritu nacional o popular, por lo que la misión del jurista debe consistir en recoger, exponer y sistematizar los datos de la convicción jurídica popular expresada en la costumbre, y en indagar la

evolución y proceso histórico del Derecho para su mejor interpretación.

La Historia del Derecho comprende el estudio de los hechos pasados de contenido jurídico y de los factores no jurídicos indispensables para explicar el cambio del Derecho (como los factores políticos, sociales, económicos, religiosos, etc.). Es la historia de las fuentes formales del Derecho (ley, jurisprudencia, costumbres, etc.) y la historia de la modificación de las instituciones jurídicas.

La Historia del Derecho, como la Historia General, no debe ser considerada como las ciencias de la naturaleza en cuanto obedecen a causas y efectos fatales sino como ciencia social que sufre cambios con el desarrollo cultural del hombre.

## **10. LÓGICA JURÍDICA**

La Lógica es la ciencia que estudia las leyes y reglas del pensamiento o del raciocinio.

La Lógica es una disciplina formal, porque se ocupa de la estructura, de la forma de los enunciados y argumentos, haciendo abstracción de cualquier contenido. La lógica formal tiene un lenguaje simbólico que permite un grado de precisión y univocidad mayor que el que ofrece el lenguaje natural.

La Lógica Jurídica es el resultado de la aplicación de las reglas de la Lógica General o proposicional al Derecho y que posee sus propias peculiaridades. Es una rama de la Lógica deóntica.

En la lógica proposicional los enunciados son informativos o descriptivos del ser (ejemplo: los metales se dilatan con el calor). Sus afirmaciones pueden ser verdaderas o falsas (valores veritativos). En cambio, en la lógica

deóntica, los enunciados no son descriptivos sino normativos o prescriptivos, pertenecen al mundo del deber ser (ejemplo: quien cause un daño debe indemnizarlo). Sus proposiciones no son verdaderas ni falsas, son válidos o inválido (valores deónticos).

La Lógica Jurídica, como lógica deóntica, estudia los conceptos, las formas del pensamiento jurídico y la inferencia jurídica. Comprende la estructura lógica de la norma jurídica, de la argumentación y del razonamiento jurídicos.

## **11. INFORMÁTICA JURÍDICA Y DERECHO INFORMÁTICO**

Ante las limitaciones del lenguaje oral que no permite la adquisición y acumulación de conocimientos y del lenguaje escrito e impreso que presenta grandes dificultades para modificar y sintetizar la información almacenada, para localizar una información específica dentro de un área amplia, etc., ha surgido el uso de ordenadores que hacen posible el control de impresionante material normativo que integra el Derecho vigente en un país. La utilización de la computadora como instrumento de memorización y de exploración en el campo jurídico significó un progreso sin precedentes en la difusión del conocimiento del Derecho. A este nuevo campo, se le denomina Informática Jurídica.

La palabra informática, de origen francés, es una abreviación de la expresión “información automática” y significa el tratamiento automático, por medio de ordenadores, de la información. El ordenador o computadora es una máquina automática que realiza, sin intervención humana, determinadas operaciones intelectuales; es electrónica (utiliza circuitos electrónicos) y programable (realiza to-

das aquellas operaciones para las que se le ha programado); la computadora goza de una inteligencia artificial que le permite identificar, seleccionar y comparar la información y producir información nueva.

La Informática jurídica es la utilización en el campo del Derecho de las técnicas de almacenamiento y recuperación automática, por medio de un ordenador, de la documentación jurídica (legislación, jurisprudencia, doctrina).

El Derecho Informático o Derecho de la informática no pertenece propiamente al campo de la Informática jurídica, sino que se trata de una rama del Derecho que estudia las normas jurídicas que regulan el uso de la informática. El Derecho Informático regula la utilización de la informática, protegiendo adecuadamente el *software*, el derecho a la intimidad, estableciendo la validez probatoria de informaciones almacenadas en soportes informáticos, el control jurídico de las bases de datos, las transferencias electrónicas de fondos de las instituciones bancarias, etc. El Derecho Informático, a diferencia de la Informática jurídica, regula el mundo informático.

## **12. FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Es una disciplina que reflexiona sobre lo que es el Derecho con la finalidad de encontrar su esencia, sus principios o fundamentos.

La preocupación más importante de la Filosofía del Derecho es encontrar el bien en el Derecho.

El Derecho es estudiado tanto por la ciencia como por la filosofía.

La ciencia jurídica es un conocimiento particular y concreto, limitado dentro de un círculo de unos objetos

determinados, tiene limitaciones lógico-ontológicas, limitaciones axiológicas y limitaciones prácticas. Deja al descubierto una serie de preocupaciones al no dar respuesta a una larga serie de interrogantes, como ¿qué es el Derecho?, ¿cuáles son los conceptos básicos de la ciencia jurídica?, ¿por qué deben ser obedecidas las normas?, ¿es posible la existencia de normas jurídicas injustas?, ¿qué es lo que hace que una norma sea considerada vigente y vinculante?, etc. La ciencia jurídica no da una respuesta definitiva sobre los fundamentos conceptuales en los que se apoya.

El conocimiento científico incompleto encuentra su complemento en la Filosofía del Derecho que tiene como tarea explicar los conceptos jurídicos que están en la base de la ciencia jurídica e indagar las ideas o valores situados más allá de la ciencia, los mismos que dan explicación y sentido al Derecho. La filosofía trabaja con esencias, la ciencia con hechos.

La Filosofía del Derecho está compuesta por aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance universal o absoluto.

Una de las misiones de la Filosofía del Derecho es desenvolver el concepto del Derecho y ver cómo aparece en la vida humana.

Otra misión, es la de enseñar en qué consiste la justicia.

Con el concepto de Derecho, se deslinda una categoría de actos de la voluntad humana frente a otras modalidades y categorías de la voluntad: la moral, los dictados convencionales y el poder arbitrario.

Resuelto el problema del concepto de Derecho, y por encima de él, surge en seguida otra cuestión: la de saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, esos dictados de la voluntad que se investiga y clasifica.

La Filosofía del Derecho es la disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga sus orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón.

Emmanuel Kant, decía que la Filosofía del Derecho responde a la pregunta ¿Qué es el Derecho como concepto general y global y absoluto? En cambio, las ciencias jurídicas responden a la pregunta ¿Qué es el Derecho establecido por cierto sistema?

El conocimiento de la integridad lógica del Derecho, nos permite saber cuáles son los elementos comunes y esenciales de todos los sistemas jurídicos, descartando las particularidades de estos sistemas. La Filosofía del Derecho busca el concepto universal del Derecho. Para ello debe indagar las relaciones entre Moral y Derecho, las distinciones o peculiaridades entre Derecho Objetivo y Subjetivo; y, los conceptos compenetrados con el Derecho, o conexos con él, por ejemplo el de la coercibilidad, sujeto del Derecho, relación jurídica, etc.

Para entender el fenómeno jurídico íntegro debe estudiarse la historia jurídica de la humanidad de un modo omnicompreensivo (Historia ideal eterna). La naturaleza humana es única, entonces también debe existir un único concepto del Derecho.

La Filosofía del Derecho canaliza el sentimiento del hombre de juzgar y valorar el Derecho existente. Todos tenemos algún sentimiento de justicia. Sobre la base de ese sentimiento la Filosofía del Derecho nos permite cuestionar el Derecho vigente. Este juzgamiento o cuestionamiento se hace mediante una investigación y métodos totalmente diferentes a la de las ciencias jurídicas.

Deontológicamente, tenemos la necesidad humana de investigar y valorizar la justicia. Esto implica investigar al Derecho tal como debiera ser. La investigación deontológica comprende la indagación del ideal y la crítica de la racionalidad y legitimidad del Derecho existente.

(Fuente bibliográfica de referencia: TORRES VASQUEZ, Anibal. *Introducción al Derecho*, Palestra Editores, Lima, 1999)

## **SEGUNDA PARTE**

# CAPÍTULO I

## LA CIENCIA JURÍDICA

### 1. CONCEPTO DE CONOCIMIENTO

Es la aprehensión intelectual de los objetos, sus cualidades y sus relaciones. Es la captación de la realidad circundante para luego convertirlo a conceptos, juicios, ideas y razonamientos que luego nos sirven para arribar a mayores niveles de conocimiento o comprensión, de lo simple a lo complejo, de lo superficial a lo profundo, de lo concreto a lo abstracto.

### 2. CLASES DE CONOCIMIENTO

Hay varias clases: cotidiano o común, metafísico, religioso, pseudo científico, pre científico, científico y conocimiento filosófico.

a) **Conocimiento común.**- Es el que se adquiere en la vida cotidiana de manera natural o espontánea. Es vulgar y empírico por cuanto no requiere de método, ni sistema. No es crítico ni profundo. Sólo se vale del sentido común.

b) **Conocimiento metafísico y religioso.**- El primero, se adquiere por la razón con total desprendimiento de las limitaciones materiales. Es una forma de conocimiento filosófico. En cambio, el segundo, se adquiere de la

tradicción religiosa que puede ser escrita u oral; y de la lectura y comprensión de los libros sagrados. Es una aprehensión que va acompañada de la fe y del amor por lo divino.

c) **Conocimiento pseudo científico.**- Es el conocimiento común que intenta utilizar algún método que sigue siendo empírico o producto del sentido común. Ejm.: la medicina folklórica.

d) **Conocimiento pre científico.**- Es la forma de conocimiento que ha precedido o precede al científico. Sus métodos intentan ser sistemáticos, pero, aún no se ha divorciado de la falta de objetividad. Recibe mucha influencia de alguna forma de metafísica. Ejm.: la alquimia, como precursora de la química.

e) **Conocimiento científico.**- Es el resultado de la investigación científica. Esta investigación es rigurosa, exacta, sistemática, consistente (sin contradicciones), objetiva, crítica, metódica, sujeta a causas y efectos y a repetición, sometida a comprobación de validez general. Es un conocimiento especializado sobre determinado sector de la realidad.

El conocimiento científico permite conocer cómo es la realidad de un determinado sector de la naturaleza material o social. Permite descubrir las leyes que gobiernan a esta realidad y sobre esta base, hacer predicciones sobre acontecimientos futuros.

El conocimiento científico es teórico, reflejo de la realidad analizada e interpretada. Emplea la teoría inicial para luego pasar por la observación empírica y arribar a una nueva teoría mejor elaborada; por ello, el conocimiento científico es progresivo y acumulativo.

f) **Conocimiento filosófico.**- Es un conocimiento especulativo y reflexivo, crítico y problematizador sobre la realidad tanto material como espiritual, se apoya en la

ciencia y a veces prescinde de ella cuando ésta es insuficiente para comprender la realidad sobre todo espiritual y moral. Incluso, hace de la ciencia, su objeto de preocupación. Mientras que la ciencia se especializa en un sector de la realidad, la filosofía es totalizadora. El conocimiento filosófico comprende lo bueno de las cosas y lo recomienda.

### **3. CONCEPTO DE CIENCIA**

Es el conjunto sistemático de conocimientos sobre los objetos materiales, psíquicos, ideales y culturales obtenidos mediante un método científico.

Son tres los elementos de la ciencia: el contenido constituido por los conocimientos, el campo de acción que es la realidad y un procedimiento o método.

Son funciones básicas de la ciencia: la descripción, la explicación (causa - efecto), la predicción y la aplicación. La tecnología es el resultado de la aplicación de la ciencia. La técnica es la aplicación del conocimiento empírico.

### **4. CLASIFICACIÓN DE LAS CIENCIAS**

Fundamentalmente, de acuerdo a su objeto de estudio, las ciencias se clasifican en:

a) *Ciencias Formales*, que son las exactas, abstractas, sin contenido concreto como la lógica, las matemáticas, cibernética, etc.

b) *Ciencias Naturales*, que son las que tienen por objeto el estudio de la naturaleza, por ejemplo, la biología, geología, astronomía, genética, psicología, anatomía, zoología, botánica, medicina, física, química.

c) *Ciencias sociales, humanas o culturales*, que se ocupan del estudio de aspectos del ser humano no estudiados en las ciencias naturales. Ejm.: ciencia del Derecho, economía, sociología, historia, lingüística, ciencia política, antropología, arqueología, etc. Las ciencias culturales estudian la creación del ser humano.

## **5. CARACTERÍSTICAS DE LA CIENCIA**

Las más importantes son:

- a. La ciencia estudia la realidad material, social o ideal.
- b. El conocimiento científico es especializado.
- c. Es metódica
- d. Es sistemática
- e. Es analítica, pues, descompone el objeto de estudio en sus elementos.
- f. Es verificable mediante la contrastación con la realidad.
- g. Es objetivo y se presenta como verdadero, desprovisto de valoraciones.
- h. Es un conocimiento predictivo, pues, las leyes descubiertas permiten predecir hechos futuros.
- i. La ciencia es abierta y perfectible; y,
- j. El conocimiento científico es comunicable.

## **6. LA CIENCIA JURÍDICA**

La ciencia jurídica se ubica en el campo de las ciencias culturales. Estudia los hechos o la obra humana en

su aspecto jurídico. A esta ciencia también se le denomina ciencia del Derecho, epistemología jurídica, doctrina jurídica, dogmática jurídica, jurisprudencia, etc.

La ciencia jurídica como dogmática jurídica tiene por objeto conocer, entender o interpretar y sistematizar las normas de un ordenamiento de Derecho.

En otro sentido la ciencia jurídica se refiere a todos los estudios científicos sobre el Derecho, con exclusión de la filosofía del Derecho (Ejm.: sociología jurídica, antropología jurídica, historia del Derecho, etc.).

En un sentido final, la ciencia jurídica se refiere a las disciplinas jurídicas, a todo el saber jurídico (Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Procesal, etc.).

La ciencia jurídica es esencialmente normativa. Su análisis gira en torno al Derecho positivo de un determinado lugar y momento histórico. No es una ciencia explicativa únicamente, sino es interpretativa fundamentalmente. Vía interpretación elabora los conceptos fundamentales necesarios para la sistematización del Derecho; por la interpretación se selecciona la norma jurídica adecuada para la solución de casos concretos de la vida real.

Para la sistematización del Derecho la Ciencia Jurídica realiza observación, interpretación, análisis y síntesis de conceptos. No se vale sólo de la lógica inductiva ni deductiva exclusivamente sino de la dialéctica deducción - inducción, dialéctica entre norma, hecho y valor.

La Ciencia Jurídica es teórico - práctica, sin embargo, se diferencia de la técnica jurídica que es la aplicación de los resultados de la ciencia jurídica.

El método de investigación empleado por la ciencia jurídica es el de la inducción, deducción, y el método empírico - dialéctico además del histórico, básicamente.

(Fuente bibliográfica de referencia: TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*, Palestra Editores, Lima, 1999)

## CAPÍTULO II

### LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LOS DEBERES JURÍDICOS

#### 1. CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Primeramente debemos determinar qué es Derecho objetivo: Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres con el objeto de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana.

Sobre la base del Derecho objetivo, las personas son dueñas de exigir ciertas conductas de los demás; por ello, se dice que son titulares de ciertas facultades en relación con los demás. Estas facultades constituyen el elemento subjetivo del Derecho.

El Derecho objetivo por sí solo no tendría efectos en las relaciones sociales, necesita de la voluntad humana para su aplicación, para su exigencia. Por esta razón, la noción de Derecho subjetivo está implícita en el Derecho objetivo.

El concepto de Derecho es único por cuanto contiene dentro de sí tanto al elemento objetivo como al elemento subjetivo. El Derecho como norma es objetivo; en cambio, el Derecho como actuar es subjetivo. Ambos aspectos se complementan.

El Derecho subjetivo es el poder de obrar para la satisfacción de los propios intereses, garantizado por la ley.

Finalmente, conceptualizando al Derecho subjetivo diremos que:

“Es la facultad que tiene un sujeto para ejecutar determinada conducta o abstenerse de ella o para exigir de otro sujeto el cumplimiento de su deber; en ambos casos, al amparo del Derecho objetivo.”

## **2. ORÍGENES DE LA NOCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO**

Los romanos no desarrollaron esta noción al punto que ni siquiera tuvieron un término para denominarlo.

La primera noción de Derecho subjetivo la encontramos en la obra “Del Derecho de la guerra y de la paz” de Hugo Grocio (XVII) quien manifiesta que “derecho es la cualidad moral correspondiente a la persona para poseer y obrar algo justamente”.

El concepto de Derecho objetivo es un producto del pensamiento griego (existencia de un orden natural en el mundo social).

En cambio, el concepto de Derecho subjetivo es un producto del pensamiento moderno donde se concibe al hombre dotado de libertades naturales.

## **3. ELEMENTOS DEL DERECHO SUBJETIVO**

Son 2 los elementos del Derecho subjetivo, uno externo y otro interno.

El elemento interno es la posibilidad de querer y obrar.

En cambio, el elemento externo es la posibilidad de exigir de otros el respeto al querer y obrar propios. Es la imposibilidad de impedimento.

Algunas veces, dependiendo de la clase de relación jurídica o Derecho, predomina el elemento externo y otras veces, el elemento interno.

Ejms.: En los Derechos de Obligaciones o “relativos” predomina el elemento externo (Relación  $A \leftrightarrow B$ )

En cambio en los Derechos Reales o “absolutos” o “erga omnes” predomina el elemento interno.

#### **4. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO**

**a)** *Como derecho de libertad jurídica.* El titular puede ejecutar o no la conducta que le ampara el Derecho objetivo. Ejm.: Derecho a contraer matrimonio.

**b)** *Como poder de creación de derechos y deberes o poder jurídico.* En este caso, el titular puede crear nuevos derechos y obligaciones mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Ejm.: establecer una fundación.

**c)** *Como pretensión o derecho a exigir el deber ajeno.* El titular puede exigir de otro el cumplimiento de su deber correlativo. Ejm.: exigir el pago de una deuda.

**d)** *Como derecho de cumplir el propio deber.* En este caso, el titular, a quien se le ha impuesto un deber, tiene el derecho de cumplir ese deber y exigir que los demás no le impidan ese cumplimiento. Ejm.: exigir que le permitan pagar una deuda o hacerlo por consignación.

#### **5. EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS**

Existen dos posiciones: una es la del absolutismo de los derechos y otra la de la relatividad de los derechos.

a. *Absolutismo de los derechos*

Es una concepción individualista del Derecho que considera que los derechos subjetivos son las facultades que la ley le reconoce al individuo para que éste disponga de ellas a su mejor parecer, sin tener que rendir cuenta de este uso a terceros. Por lo tanto, si en el ejercicio de un derecho sale perjudicado un tercero, el titular del derecho no tiene ninguna responsabilidad por cuanto ejerció sólo lo que la ley le permitió. Un acto no puede ser lícito o ilícito a la vez.

Esta posición mira al individuo aisladamente y deja a la sociedad en un segundo plano.

b. *Relatividad de los derechos*

Frente a la posición absolutista a la que se considera antisocial e incluso inmoral surge la posición que sostiene que al ejercicio de los derechos debe ponérsele limitaciones. Pues, no se debe olvidar que a los derechos de unos, otros también oponen los suyos y que el ejercicio de un derecho no debe lesionar a otro derecho. Si se produce esta lesión es porque el titular del derecho está incurriendo en abuso de derecho. En consecuencia, los derechos subjetivos deben ejercerse en armonía con el interés de la comunidad, lo que significa que los derechos son relativos.

## **6. LOS DEBERES JURÍDICOS**

Las normas jurídicas producen determinadas consecuencias de Derecho; de éstas, las principales consecuencias son los derechos subjetivos y los deberes jurídicos.

Eduardo García Máynez define al deber jurídico como “la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta positiva o negativa”.

Hay distinción entre los deberes que se fundan en las normas jurídicas de aquellos otros deberes que derivan de normas morales, religiosas, del trato social, etc. Un mismo deber puede ser a la vez jurídico, moral, religioso y del trato social o de la costumbre.

Tampoco debe confundirse el deber específicamente jurídico y el deber moral de cumplir lo que mandan las normas del Derecho vigente. El deber jurídico se funda en una norma de derecho positivo. En cambio, el deber moral de cumplir las normas jurídicas se funda en valores.

## CAPÍTULO III

### LOS OBJETOS DEL DERECHO

#### 1. CONCEPTO DE OBJETO DEL DERECHO

El objeto del Derecho puede ser inmediato y mediato. Es inmediato aquello que cae bajo la potestad del hombre. Es mediato aquello a lo que tiende el Derecho como objetivo final: convivencia pacífica, orden, seguridad, etc.

De ambos, el objeto que ahora nos interesa es el objeto inmediato, por lo que de manera general diremos que el objeto del Derecho es todo aquello que cae bajo el poder del hombre y que podemos obtener a causa del Derecho.

Sin embargo, también se puede dar un concepto de objeto de Derecho, de una manera más específica, en función de los siguientes conceptos:

##### **a) Objeto del Derecho objetivo**

Es la conducta humana con relevancia jurídica; es decir, que tiene relación estrecha con el orden, la paz, la justicia, la seguridad y el bien común. Esa conducta puede consistir en una acción u omisión que se adecúe o infrinja a la norma jurídica.

##### **b) El objeto de la relación jurídica**

Es la materia consistente en una prestación y contraprestación que a su vez implican un dar, un hacer o un no hacer que se da entre un sujeto activo y uno pasivo.

**c) El objeto de los derechos y obligaciones**

Derechos y obligaciones que surgen de la relación jurídica. En este caso el objeto es la materia o los bienes en los que recaen las facultades y deberes.

**2. CLASIFICACIÓN DE LOS OBJETOS DEL DERECHO**

Un sector de la doctrina sostiene que solamente las cosas o los bienes pueden ser objeto del Derecho. Entendiéndose por cosa o bienes a todo objeto que tiene existencia real o abstracta, natural o artificial que son susceptibles de evaluación pecuniaria.

Para otro sector de la doctrina, no sólo las cosas o los bienes pueden ser objeto del Derecho, sino también los hombres. Sin embargo, aclaran, que el hombre no es objeto del Derecho en su totalidad sino solamente en ciertos aspectos particulares de su actividad y únicamente respecto de los derechos de familia. (Ejm.: el objeto del derecho de patria potestad es el hijo).

La posición que más aceptación tiene es aquella que sostiene que únicamente las cosas o los bienes son objeto del Derecho y que el hombre es únicamente sujeto del Derecho.

El autor Arturo Orgaz, clasifica a los objetos del derecho en cuatro categorías:

**Los bienes**, que son los objetos corpóreos e incorpóreos que pueden ser útiles al hombre y son susceptibles de apropiación.

**II. *Los hechos jurídicos***, cuando son apreciables económicamente y pueden constituir materia de relaciones jurídicas. Los hechos pueden ser humanos o naturales y deben tener relevancia jurídica, es decir, producir algún efecto en las relaciones jurídicas.

**III. *Los valores adscritos a la personalidad humana***, sobre los cuales se establece una protección legal indispensable para asegurarlos y que al ser atacados causa un agravio que debe ser reparado. Ejm.: la libertad, el honor, la buena forma.

Las detenciones arbitrarias, las calumnias, las lujurias, las difamaciones, etc. atacan a valores humanos que son objeto de protección especial cuya relativa reparación se hace mediante una indemnización.

**IV. *Los valores institucionales***, como son el Estado y sus diversas manifestaciones (documentos, monedas, actas, etc.) también son objetos creados por el derecho y protegidos por el mismo aún cuando no sean valorables económicamente.

### **3. LA COSAS Y LOS BIENES**

Cosa es todo aquello que tiene existencia ya sea corporal o espiritual, natural o artificial. Es un concepto más amplio que bien.

Por su lado, bien o los bienes son aquellas cosas que producen una utilidad al hombre y son susceptibles de apropiación. Estos bienes pueden ser materiales o inmateriales. Ejemplo de esto último son los derechos de autor.

Todos los bienes son cosas pero no todas las cosas son bienes. Entre las cosas y los bienes hay una relación de género o especie.

#### **4. EL CUERPO HUMANO COMO OBJETO DEL DERECHO**

La persona humana, en su totalidad, no puede ser objeto de relaciones jurídicas ya que esto no corresponde a su dignidad. Por esta razón, cualquier renuncia a la dignidad humana como la esclavitud o la servidumbre son ilícitos.

Sin embargo, los actos de disposición de partes del cuerpo humano son legítimos si ellos son realizados por la misma persona y siempre que no signifiquen daño grave y permanente para su integridad física y no son contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

Así, serían lícitos los actos jurídicos de venta de pelo, leche y sangre humanos.

Por el contrario, son ilícitos los actos jurídicos relativos al transplante de órganos vitales del cuerpo humano como la córnea, ambos riñones, glándulas sexuales, etc. También sería ilícita la contratación de personas para juegos peligrosos para la vida o integridad física.

Finalmente, son legítimos los actos jurídicos relativos a los cadáveres humanos, en su totalidad o en parte, a título gratuito u oneroso. Estos actos, para su validez, deben ser realizados por el que un día será cadáver y no por herederos o por terceras personas. Excepcionalmente, el Estado, a través de las dependencias de salud, puede disponer con fines científicos o académicos, de los cadáveres de personas no identificadas ni reclamadas por sus familiares.

## CAPÍTULO IV

### LA RELACIÓN JURÍDICA

#### 1. CONCEPTO

Desde el momento en que el Derecho regula los comportamientos intersubjetivos de las personas, da lugar a una serie de relaciones jurídicas. El mismo Derecho es un complejo de relaciones jurídicas.

La norma jurídica pone siempre en relación a varias personas. Por un lado reconoce facultades o pretensiones y en el otro extremo impone una obligación correlativa.

En una primera definición se puede decir que relación jurídica es “un vínculo entre dos personas, en virtud de la cual, una de ellas puede pretender algo a la que la otra está obligada.”

Sin embargo, el Derecho no crea los elementos o términos de la relación, simplemente los ordena. Esto nos lleva a una segunda definición de la relación jurídica:

“Un vínculo entre sujetos de Derecho, nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción”.

En la doctrina, encontramos hasta una tercera definición que destaca otros elementos de la relación jurídica.

“Es un vínculo entre dos sujetos, surgido al amparo de una norma jurídica, la misma que coloca a uno de los sujetos en calidad de sujeto activo frente al otro que adquiere la calidad de sujeto pasivo, con el objeto de la realización de una prestación determinada.”

## 2. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Son elementos de la relación jurídica: la norma jurídica, dos o más personas, el hecho condicionante, la correlatividad de situaciones jurídicas, la prestación y la sanción.

a) *Norma jurídica*, es una norma de Derecho positivo o del Derecho objetivo que sirve de base jurídica a la relación jurídica.

b) *Sujetos*, que son las personas naturales o jurídicas, una de las cuales asume un papel activo frente a la otra que es pasivo. La relación jurídica sólo se da entre personas, nunca entre personas y objetos o animales.

c) *Hecho condicionante*, o supuesto de hecho. Consiste en un hecho de la naturaleza que genera consecuencias jurídicas enlazando a dos o más personas; o, en un acto voluntario del sujeto (Ejm.: cuando celebra un contrato) o involuntario (Ejm.: cuando actúa con culpa). Por eso se dice que el hecho condicionante puede ser un hecho jurídico o un acto jurídico.

d) *Correlatividad de situaciones jurídicas*, significa que sobre uno de los sujetos pesa una obligación frente al sujeto activo, que a su vez le corresponde una facultad o el ejercicio de un derecho subjetivo. Esta correlatividad

puede ser simultánea cuando al mismo tiempo corresponde, a los sujetos de la relación, facultades y deberes.

e) **Prestación**, consistente en un dar, hacer o no hacer que corresponde como deber al sujeto pasivo y cuya realización exige el sujeto activo. El contenido de la prestación es un objeto consistente en un bien o una prestación (comportamiento) de la persona propiamente.

f) **Garantía de la relación**, consistente en la sanción cuya aplicación puede ser exigida por el sujeto activo a los órganos estatales correspondientes. Esta sanción comprende tanto la pena como la ejecución civil.

## CAPÍTULO V

### LA CONSECUENCIA JURÍDICA

#### 1. CONCEPTO

Lo normal es que las personas cumplan con las exigencias o con los efectos deseados en las normas jurídicas. En este caso, se diría que esta es la consecuencia de la norma jurídica o Derecho; pero, no se trata de una consecuencia jurídica propiamente. La consecuencia jurídica se produce recién cuando las disposiciones de la norma jurídica no son cumplidas. Para este caso, el mismo Derecho o la norma jurídica ha previsto unas consecuencias coactivas en caso de incumplimiento.

Para entender la consecuencia jurídica hay que entender la estructura de la norma jurídica que comprende dos partes: la primera es el supuesto normativo (o la hipótesis) y la segunda es la consecuencia jurídica (o la sanción). Si la hipótesis se realiza se aplicará la consecuencia o sanción.

Resumiendo, diremos que “la consecuencia jurídica puede ser definida como la sanción que debe imponerse a un sujeto cuando se realiza la hipótesis prevista por la norma jurídica.”

## **2. ELEMENTOS**

Los elementos de la consecuencia jurídica son el hecho ilícito y la sanción.

## **3. EL HECHO ILÍCITO**

Es la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica. También se dice que es la conducta prohibida por la norma jurídica.

Hay una relación estrecha entre una conducta obligatoria y el hecho ilícito. Realiza un hecho ilícito quien no cumple con el deber jurídico impuesto por la norma.

Para que una conducta sea ilícita o prohibida debe existir necesariamente una sanción. Según Kelsen, “si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.”

En su Teoría pura del Derecho, Kelsen sostiene dos posiciones:

1) El hecho ilícito es un elemento del Derecho, es la condición de la sanción.

2) El autor del hecho ilícito no “viola” al Derecho, más bien actúa conforme a lo previsto y se atiene a las consecuencias.

## **4. LA SANCIÓN**

### **a) *Concepto***

Las normas jurídicas enlazan determinadas consecuencias al incumplimiento de los deberes que el derecho

objetivo impone. La consecuencia más saltante es la sanción.

Definiendo a la sanción diremos que es la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.

Sin embargo, la sanción no es la única consecuencia que puede derivar del incumplimiento de las normas jurídicas. Existen otras consecuencias que no son sanción a la infracción y son las siguientes:

i) El deber de aplicar la sanción al infractor de la norma jurídica que se le impone a ciertos órganos estatales.

ii) La legítima defensa que puede ser ejercida por la persona que es objeto de agravio. Legítima defensa que se ejerce en las condiciones previstas y con autorización de la propia norma jurídica. Este derecho también es una consecuencia de la infracción pero no es una sanción.

iii) Otra consecuencia es la resolución o rescisión de un contrato por causas imputables a una de las partes.

#### **b) *Clases de sanción***

Una clasificación ideal es aquella que se realiza en función de la relación existente entre el contenido de la sanción y el deber jurídico infringido:

##### *i) Sanciones de coincidencia con la prestación*

En este caso la sanción en cuanto a su contenido coincide con el contenido del deber jurídico infringido. Es decir, la sanción consiste en el empleo de la fuerza a efectos de que el infractor cumpla con su deber. Esto se da sobre todo en el Derecho privado.

##### *ii) Sanciones de no coincidencia con la prestación*

Éstas a su vez pueden ser de tres clases:

a) Cuando no es posible conseguir el cumplimiento de una obligación de una manera forzada se le exige al obligado o infractor que realice una prestación equivalente a la que dejó de cumplir. En este caso se trata de una indemnización que debe pagar el infractor por los daños y perjuicios ocasionados.

b) No siempre es posible exigir coactivamente el cumplimiento ni encontrar un equivalente económico adecuado o la infracción es de tal gravedad que no es suficiente la indemnización. En este caso la sanción se dará en forma de castigo. Ejms.: la pena, la nulidad, la multa, etc.

c) Otras veces, la sanción consistirá en una mixtura de las anteriores sanciones. Pueden darse varias combinaciones posibles:

- Cumplimiento forzado más indemnización.
- Cumplimiento más castigo.
- Indemnización más castigo.
- Cumplimiento más indemnización y más castigo.

## **5. LA SANCIÓN PREMIAL**

El cumplimiento y el incumplimiento de las normas jurídicas generan consecuencias jurídicas. Estas consecuencias serían las sanciones que en ambos casos deben aplicarse; pero, con esta diferencia: el cumplimiento debe generar una sanción o consecuencia premial consistente en premios o recompensas que fomenten el cumplimiento de la norma (ascenso, aumento de sueldo, pensión de gracia, galardón, etc.). Pero, ya no sería una sanción propiamente.

## CAPÍTULO VI

### EL ORDENAMIENTO O SISTEMA JURÍDICO POSITIVO

#### A) CONCEPTO

La Teoría del Ordenamiento o Sistema Jurídico Positivo fue elaborada en etapas sucesivas por Adolfo Merkel, Hans Kelsen y Alfred Verdross, respectivamente.

Esta teoría sostiene que el complejo de normas jurídicas, no se encuentran aisladas, sino vinculadas entre sí por una fundamentación unitaria, en virtud de la cual constituyen una estructura, una unidad, un sistema denominado ordenamiento jurídico.

#### B) LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDEN JURÍDICO POSITIVO, DE ACUERDO CON LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

##### 1. *Concepto*

Hans Kelsen, sostiene que “una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado, únicamente cuando existe la posibili-

dad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.”

Para Kelsen, hay dos clases de sistemas normativos: materiales o estáticos y formales o dinámicos.

Un sistema material o estático se caracteriza porque la validez de sus normas resulta de su contenido; en cambio un sistema formal o dinámico se caracteriza porque sus normas han sido creadas mediante un determinado procedimiento establecido por la norma básica y en ello radica su validez.

## ***2. El ordenamiento jurídico como sistema formal o dinámico de normas***

Para Kelsen, el orden jurídico es un sistema formal o dinámico de normas. Pues, la validez no resulta de su contenido sino de su forma de creación, de la manera particular como ha sido dada; esto es, siguiendo un determinado método. El Derecho puede tener no importa qué contenido, pues, cualquier conducta humana puede ser recogida como válida en la norma jurídica. La validez de estas normas no está supeditada al hecho de que su contenido sea contrario a un valor moral u otro cualquiera.

El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido “puesto”. Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador.

Por el contrario, las normas de un sistema material o estático, como son las normas del derecho natural y las de la moral, no obedecen a un acto de creación. Son deducidas de una norma fundamental que por su contenido es válida de manera evidente y que emana de una voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico positivo, en cambio, tiene una naturaleza distinta. Esta norma

fundamental es simplemente la regla fundamental según la cual deben ser creadas las normas jurídicas. Su carácter el formal y dinámico.

La validez de sus normas radica en el hecho de que hayan sido dadas respetando el método o procedimiento previsto en la norma fundamental. En cambio, su contenido, está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, en el caso de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales. En todos estos casos, el contenido de la norma dada está determinada o refleja la voluntad del emisor.

Supeditar las normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma.

Ejm.: La detención y encarcelamiento de una persona por mandato judicial; mandato que a su vez ha sido dado al amparo del Código de Procedimientos Penales (o Código Procesal Penal) y Código Penal, normas que a su vez han sido creadas al amparo de la Constitución que establece el procedimiento para la formación de leyes y el órgano competente para darlas.

Sin embargo, tendríamos que preguntarnos cuál es el fundamento de la Constitución y en respuesta diremos que ésta se fundamenta en la anterior Constitución y ésta a su vez en la más antigua y así sucesivamente nos remontaríamos hasta la primera Constitución. Esta primera Constitución tendría su fundamento en la voluntad del primer constituyente, voluntad que tendría un carácter normativo y punto de partida de todo ordenamiento jurídico.

### **3. *La norma fundamental***

La Teoría Pura del Derecho sostiene que en la voluntad de primer constituyente, esa voluntad que dio origen a la primera Constitución política, se encontraría la Norma Fundamental que otorga validez al ordenamiento jurídico positivo que se levanta en base a ella.

Esta norma fundamental es una norma hipotética. Es una hipótesis básica que sirve de sustento a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico. La norma fundamental no ha sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo. Por esta razón se dice que no es una norma “puesta” sino “supuesta”.

La norma fundamental es supuestamente válida. Por esta razón, es válida la primera Constitución que se crea a partir de ella e igualmente son válidas las subsiguientes normas o reglas de derecho que se creen.

En cuanto al contenido de las normas o reglas de derecho positivos o puestos, o creados, dicho contenido está determinado por el contenido de la norma fundamental. ¿Y el contenido de la norma fundamental dónde se origina y de qué depende?. Este contenido se origina o tiene su fuente en las relaciones de los hombres que pueden ser sociales, económicas, políticas, etc. Este contenido depende de la naturaleza de los materiales (relaciones) a los cuales debe dar una significación jurídica.

#### ***4. Contenido de la Norma Fundamental de un orden jurídico nacional***

El contenido de esta norma fundamental está determinado por la realidad social. Si esa realidad cambia, el contenido anterior de la norma fundamental deja de ser supuestamente válida y las norma o reglas de derecho dadas conforme a ella pierden eficacia y subsiguientemente, tarde o temprano, inmediatamente o mediatamente, tam-

bién el orden jurídico exigido sobre ella; esto es, sus reglas de derecho perderán eficacia y validez. Este hecho originará la necesidad de levantar un nuevo orden jurídico sobre la base de la nueva norma fundamental supuestamente válida y por consiguiente eficaz.

El cambio de la norma fundamental supuestamente válida puede producirse de manera paulatina, lentamente; pero, también podría producirse de manera abrupta o repentina. Esto dependerá del cambio paulatino o violento de la realidad o de las relaciones sociales.

Un ejemplo de lo expuesto se da cuando en un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos o gran parte de la población, deciden hacer la revolución para crear un Estado republicano. Si la revolución triunfa, entonces se modifica la norma fundamental supuestamente válida que ha perdido eficacia y a continuación se instaura un nuevo orden jurídico. La anterior norma fundamental y su orden jurídico pierden eficacia y validez.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, la anterior norma fundamental y su orden jurídico se mantienen vigentes con eficacia y validez y los autores del intento de revolución serán reprimidos y procesados conforme al orden jurídico que pretendieron modificar.

### ***5. Validez y eficacia de un Orden Jurídico. El Derecho y la Fuerza***

De acuerdo con la Teoría Pura del Derecho, es necesario distinguir entre las nociones de validez y eficacia del orden jurídico.

El orden jurídico nacional es eficaz cuando sus normas y el orden mismo reflejan o guardan conformidad con los hechos que se dan en la realidad social. La realidad impone la condición sin la cual no se daría un determinado orden jurídico.

En cambio, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental.

La validez del orden jurídico reposa en sí mismo, en el respeto o conformidad con la norma fundamental y con la Constitución básicamente. En cambio, la eficacia reposa en la posibilidad de aplicación de ese orden jurídico a la realidad. Muchas veces esa aplicación debe hacerse empleando la fuerza y aún en este caso debe existir la posibilidad de su aplicación. Si una norma no es posible de aplicarla aún empleando la fuerza entonces no es eficaz aún cuando sea válida.

Finalmente, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza.

## ***6. Validez y eficacia de una Norma Jurídica particular***

En el tema anterior también aparece la idea de que un orden jurídico fundamenta su validez en su eficacia. Si el orden jurídico nacional no guarda conformidad con los hechos, con la realidad, no será eficaz y en consecuencia tampoco válido. Esto, no significa que la validez de una norma jurídica tomada aisladamente depende de la misma manera de su eficacia.

Una norma jurídica aislada de las demás es válida aún cuando no sea eficaz. Esta validez radica en el hecho de que es suficiente que haya sido creada conforme a lo previsto en el orden jurídico; es decir, conforme a la Constitución. La eficacia; es decir, la correspondencia entre la norma y los hechos a los cuales se aplica sólo le es exigible a la Constitución y al orden jurídico que ella encabeza de manera conjunta.

## ***7. Estructura jerárquica de un orden jurídico nacional***

Gracias a la Teoría Pura del Derecho, descubrimos una particularidad del Derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y además, prescribe cuál debe ser el contenido. Esto significa que entre éstas dos normas se da una relación en la cual una de ellas es el fundamento de la validez de la otra. Una de las normas es superior y la otra es inferior; que entre ambos se da una relación de subordinación de la inferior frente a la superior.

Un orden jurídico no es un conjunto de normas desvinculadas o yuxtapuestas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos.

La estructura jerárquica del orden jurídico se da de la siguiente manera:

De acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya se ha indicado, el grado superior del derecho positivo es la Constitución, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento a seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de las leyes futuras al prescribir tal o cual contenido.

Si la Constitución establece una lista de derechos básicos tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, al mismo tiempo está prohibiendo la dación de leyes que consagren desigualdades o que ataquen a algunas de las libertades garantizadas. Si se diera una ley de esta clase, contraviene a la Constitución y en consecuencia no

es válida y debe ser derogada conforme a un mecanismo previsto en la misma Constitución.

Una ley, a su vez, no puede derogar a la Constitución y que para derogarla o modificarla se requiere de un procedimiento y votación especiales previstos en la misma Constitución.

Reiterando, inmediatamente después de la Constitución vienen las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan los órganos y el procedimiento y sobretodo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas.

A continuación de las normas generales vienen las normas jurídicas individuales o particulares contenidas en las sentencias judiciales y resoluciones administrativas. En este mismo rango también están los actos jurídicos celebrados por los particulares al amparo de las normas generales.

## **8. *Creación y aplicación del Derecho***

Tradicionalmente, se pensaba que los actos de creación y aplicación son separados y que no concurren en un mismo órgano. Para la Teoría Pura del Derecho, un acto de creación es al mismo tiempo un acto de aplicación y que un acto de aplicación también es un acto de creación. Es decir, se aplica una norma superior o general y al mismo tiempo se crea una norma inferior o norma individual o particular. Así, la dación de la primera Constitución fue aplicación de la norma fundamental y creación de la norma constitucional. A su vez la creación de normas generales es aplicación de la Constitución y así sucesivamente.

## CAPÍTULO VII

### INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO

#### A) CONCEPTO

Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión; pues, la expresión es un conjunto de signos que tiene una significación.

Jurídicamente la interpretación tiene varias acepciones:

a) Interpretar es determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas.

b) Interpretar es averiguar lo que tiene valor normativo. Se pretende o busca dar respuesta a las siguientes preguntas:

¿Qué hay detrás de la palabra de la norma jurídica?  
¿Una voluntad real, una abstracción dogmática, una ponderación de intereses, el entendimiento del juez, el pensamiento del pueblo, un mandato de orden moral y político?

c) Interpretar es aplicar una norma general a un caso particular. Pasar de una norma superior a una inferior.

## **B) DIVERSAS CLASES DE INTERPRETACIÓN**

La interpretación jurídica puede ser legislativa, judicial, doctrinal o usual.

a) La interpretación legislativa es la que emana del legislador, el cual declara, por medio de una ley, en forma general y obligatoria, el sentido de las normas legales preexistentes.

b) La interpretación judicial es la realizada por los Tribunales de Justicia en sus resoluciones. Esta interpretación sólo es obligatoria en el proceso en que se dictó el fallo.

c) La interpretación doctrinal es la realizada por los juristas y no es de observancia obligatoria.

d) La interpretación usual es la que proviene de los usos o costumbres y no posee fuerza obligatoria.

## **C) DIFERENTES TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO**

Estas teorías nacen de los distintas concepciones que se tienen sobre el orden jurídico y del sentido de labor interpretativa. Éstos son:

### **1) *Teoría legalista o legislativa***

Esta teoría nace en la oposición, desde tiempos antiguos, de los legisladores a la interpretación de sus leyes por personas ajenas a ellos. También es conocida como teoría de la ‘interpretación auténtica’

Los principios fundamentales de esta teoría son los siguientes:

a) La ley es una obra de la razón deliberada y consciente de los legisladores, por ello se puede compren-

der sin dificultad. En caso de necesidad de aclaración o interpretación, esto, sólo corresponde al legislador.

b) Por el principio de separación de poderes, el legislador es el que crea e interpreta las leyes y el juez el que las aplica.

c) Los juristas representan fuerzas sociales extrañas al Estado, por lo tanto no pueden interpretar las leyes porque deformarían su sentido o crearían confusiones.

## **2) *Teoría exegética, tradicional o de la voluntad del legislador***

Para esta teoría, que dominó la segunda mitad del siglo XIX, la interpretación consiste en la búsqueda de la voluntad del legislador y ésta debe encontrarse en la letra de la ley.

Para encontrar la voluntad del legislador en la letra de la ley, debe desarrollarse una tarea de exégesis. Es decir, hay que seguir paso a paso los orígenes de los textos legales hasta encontrar el pensamiento y la voluntad de quienes los formularon.

Para esta teoría el Derecho ya está hecho en los textos legales auténticos. El intérprete no tiene ya por misión hacer el Derecho.

Los principios en que se basa esta teoría son los siguientes:

a) El culto a la ley. El jurista sólo debe preocuparse del derecho positivo al que identifican con la ley.

b) El predominio de la intención del legislador. Un texto legal no vale por sí mismo, sino únicamente por la intención del legislador que está plasmado en él y que constituye su fuente suprema. El jurista debe buscar esta intención o espíritu del legislador.

En consecuencia, el intérprete debe atenerse al espíritu del legislador contenido en el texto legal y no a la letra de éste.

c) El carácter estatista. Sólo el Estado, a través del texto legal y la intención del legislador, es dueño del Derecho.

d) El respeto por los precedentes y por el argumento de autoridad.

e) La preponderancia de las fuentes formales del Derecho en detrimento de las fuentes reales.

### **3) *Teoría de la voluntad objetiva de la ley***

Según esta teoría, toda ley encierra un querer o contenido de voluntad que se desliga del pensamiento de sus autores para adquirir existencia propia. Esta voluntad propia es un reflejo de la conciencia común del pueblo.

Los postulados fundamentales de esta teoría son los siguientes:

a) Que es erróneo sostener que la ley contiene la voluntad del legislador; pues, a la formación de la ley recurren una gran variedad de personas, instituciones, órganos legislativos, etc. que hace imposible determinar cuál es la intención o voluntad del legislador.

b) Que una vez constituido el texto de la ley se independiza ésta del pensamiento del legislador para vivir una vida propia e independiente; se convierte en una entidad, separada de su fuente directa y sólo subordinada al medio social y a sus transformaciones.

c) Que la ley posee una voluntad objetiva que rompe con el mito de la voluntad del legislador. Esta voluntad objetiva sólo es hallada mediante una interpretación también objetiva.

#### **4) *Teoría Finalista***

Sostenida por Rodolfo Von Ihering (1818 - 1892), en la cual la interpretación debe hacerse en función de los fines perseguidos por el Derecho. Rechaza la interpretación conceptualista y el método deductivo – subjetivo.

Los principios de esta teoría son:

a) No debe considerarse un orden jurídico positivo como enunciación deductiva de una idea o de un plan, sino como consecuencia de las necesidades de la vida social. Ninguna ley puede ser comprendida sin relacionarlo con las condiciones sociales efectivas del pueblo y de la época en que se dictó.

b) El Derecho auténtico no es el que aparece formulado en términos abstractos por los normas jurídicas generales, sino el que se vive de un modo real por la gente y el que se aplica en las sentencias y en las resoluciones.

c) El fin es el creador de todo Derecho. No hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico.

d) El derecho no es un fin en sí mismo, es solamente un medio al servicio de un fin. Este fin es la existencia ordenada de la sociedad. Por esta razón, si un determinado régimen jurídico se muestra incapaz de ayudar y atender a los cambios necesarios de la sociedad, entonces, se le da lugar a la fuerza que entra en acción para abrir camino a un mero orden jurídico que sirva como medio eficaz y apropiado para realizar aquel fin.

e) El criterio o medida que sirve para juzgar el Derecho no es un criterio absoluto de verdad, sino un criterio relativo de finalidad.

### **5) *Teoría de la libre investigación científica***

Esta teoría sostenida en la obra de Francois Geny (1861 - 1959) ha sido considerada como una de las doctrinas más elaboradas sobre los problemas que debe enfrentar el jurista práctico.

Sus principios fundamentales son:

a) La ley no es tanto la expresión de un principio lógico, sino más bien una manifestación de voluntad.

b) En la aplicación del Derecho debe esclarecerse cuál fue el propósito del legislador, porque interpretar la ley equivale a investigar el contenido de la voluntad legislativa con el auxilio del texto de la norma.

c) Si la ley no contiene normas que puedan resolver los casos completos planteados, hay que acudir a otras fuentes suplementarias que son: 1. la costumbre; 2. la autoridad y la tradición, tal como han sido desarrolladas por la jurisprudencia de los tribunales y por la doctrina; y 3. la libre investigación científica.

#### **¿Cómo es la libre investigación científica?**

Esta investigación es libre porque no está sometida a una autoridad positiva; y es científica, porque solamente puede encontrar bases sólidas en los elementos objetivos que descubra la ciencia.

La libre investigación científica debe basarse en los siguientes criterios: 1. el principio de la autonomía de la voluntad; 2. el orden y el interés públicos; y 3. el justo equilibrio o armonización de los intereses privados opuestos.

Asimismo, la libre investigación científica debe distinguir en las normas jurídicas los siguientes datos: 1. los datos reales, que son las condiciones de hecho en las

cuales se encuentra situado el hombre, tales como las realidades físicas, biológicas, psicológicas, etc.; 2. los datos históricos, que son los hechos que constituyen el producto de la evolución histórica y que determinan las situaciones sociales concretas; 3. los datos racionales, que consisten en el conjunto de principios racionales postulados por la naturaleza del hombre, como las normas de Derecho Natural, la idea de justicia, el respeto por los derechos de la persona humana, etc. 4. los datos ideales, que comprenden las aspiraciones y sueños de los hombres sobre una sociedad cada vez mejor. No sólo las relaciones humanas en general sino también las relaciones jurídicas en especial deben ser orientadas hacia aquellas aspiraciones.

#### **6) *Teoría del Derecho libre***

Esta teoría remonta sus orígenes al siglo XIX. El francés Pablo Magnaud, célebre magistrado, sostenía el principio de que la ley debe interpretarse humanamente y de que el juez debe guiarse en sus juicios por la solidaridad humana. Se puso de manifiesto que algunas leyes pueden ser injustas por lo que a veces hay que apartarse de ellas en la solución de los casos concretos.

A comienzos del siglo XX, emerge el pensamiento de Hermann Kantorowicz, quien sostiene que la verdadera Ciencia del Derecho es antirracionalista y antidogmática, rechaza la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los pretendidos razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales y la deducción. Postula la idea de que la voluntad juega un papel decisivo en la ciencia jurídica.

Estas formas de pensamiento no constituyeron una escuela propiamente; sin embargo, son agrupados bajo el nombre de “Teoría del Derecho libre”. Y estos son algunos de los puntos en lo que coinciden:

- a) Repudio de la tesis de la suficiencia absoluta de la ley.
- b) Afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de aquella, una labor personal y creadora.
- c) La función del juzgador no sólo debe ser la de mero aplicador de la ley, sino que ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.
- d) La actividad judicial es la única y verdadera creadora del Derecho.
- e) En la interpretación de la ley el juez debe proceder con libertad. Su voluntad debe estar guiada únicamente por los sentimientos de justicia y solidaridad humanas.

### **7) *Teoría Sociológica***

Esta teoría propuesta por Eugenio Ehrlich (1862 - 1922) es semejante a la “Teoría del Derecho libre” pero tiene sus propias características de las cuales destacan las siguientes:

- a) La vida es incomparablemente más rica que los conceptos y tipos contenidos en las normas jurídicas generales.
- b) Los intereses presentan multitud de matices diferenciales entre sí, en número tan grande, en variaciones tales, que ninguna norma jurídica ni ningún conjunto de normas jurídicas podría nunca expresar.
- c) Las normas jurídicas generales establecen criterios abstractos para resolver los conflictos de intereses y esquemas jerárquicos para la estimación de los varios intereses, determinando cuáles de entre ellos tienen prioridad sobre otros. Sin embargo, los tipos de intereses tomados en

consideración por las normas jurídicas generales son solamente algunas ideas abstractas que no necesariamente reflejan la realidad.

d) Para interpretar correctamente las normas jurídicas hay que tener en consideración los intereses a que ellos se refieren. Estos intereses deben ser relacionados con la realidad social y guardar correspondencia. Sobre esta base se formarán las ideas creadoras que llevan a resultados satisfactorios del problema.

CAPÍTULO VIII  
**CONFLICTO, ANTINOMIA O CONCURSO DE  
NORMAS JURÍDICAS**

**1. CONCEPTO**

El conflicto, antinomia o concurso de normas jurídicas se presenta cuando existen varias normas jurídicas y ellas son contradictorias entre sí.

Dos normas son contradictorias entre sí cuando, poseyendo los mismos ámbitos de validez, una afirma y la otra niega el deber jurídico de una determinada conducta.

Los ámbitos de validez de las normas jurídicas son: personal, espacial, temporal y material.

a) El ámbito de validez personal comprende a los sujetos a quienes la norma jurídica va dirigida.

b) El ámbito de validez espacial es el territorio donde debe aplicarse la norma jurídica.

c) *Ámbito de validez material* es aquello que, de acuerdo con la norma jurídica, debe ser hecho por el destinatario.

Para que exista contradicción entre normas jurídicas es necesario que posean el mismo ámbito de validez, que unas afirmen y otras nieguen un determinado deber de conducta.

## **2. CONFLICTO APARENTE DE NORMAS JURÍDICAS**

Esto sucede cuando se interpretan las normas jurídicas y se llega a la conclusión que sólo en apariencia existía antinomia entre dos normas porque los ámbitos de aplicación son diversos. En este caso, estamos en presencia de un “concurso aparente de normas”. En tal hipótesis regirá sólo aquella disposición que corresponda al ámbito de validez determinado.

## **3. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD**

Si existen dos normas de igual ámbito de validez, pero una es general y la otra especial, prima la norma especial.

## **4. PRINCIPIOS LÓGICOS APLICABLES EN LOS CONFLICTOS DE NORMAS JURÍDICAS**

En los conflictos de normas jurídicas es posible aplicar los principios lógicos de contradicción y de tercero excluido.

a) De acuerdo con el principio general de contradicción, en el orden lógico, dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. Aplicando este principio al razonamiento jurídico diremos que: dos normas de derecho contradictorias no pueden ser válidas ambas.

En la lógica jurídica las normas son juicios válidos o no válidos. La categoría de verdadero o no verdadero no le son aplicables. Sólo los juicios enunciativos son verdaderos o falsos.

b) En cambio, por el principio de tercero excluido cuando dos juicios se contradicen, no pueden ser ambos falsos y que necesariamente uno de los dos es verdadero. Esto significa que si uno de los juicios es falso el otro juicio es verdadero.

Si aplicamos lo indicado, al razonamiento jurídico, diremos que “dos normas de derecho contradictorias no pueden ser ambas inválidas”. “Si una de las normas es inválida, la otra es válida.”

Debemos advertir que el principio de tercero excluido no dice cuál juicio es válido, ni da la pauta para la solución de este problema. Igualmente, el de contradicción afirma que dos preceptos contradictoriamente opuestos no pueden ser válidos ambos, pero no indica cuál carece de este atributo.

## **5. CONFLICTO ENTRE NORMAS JURÍDICAS PROVENIENTES DE FUENTES DIFERENTES**

Los casos más importantes son:

a) En un conflicto entre normas jurídicas de una ley y de un contrato, predomina la norma legal.

b) En un conflicto entre normas jurídicas de una ley y de una sentencia, predomina la norma legal.

c) En un conflicto entre normas jurídicas de una ley y de una costumbre, predomina la norma legal.

## **6. CONFLICTO ENTRE NORMAS JURÍDICAS PROVENIENTES DE LA MISMA FUENTE**

Para resolver los conflictos entre normas legales debe establecerse si son de igual o de distinta jerarquía y la antigüedad de ellas:

a) Si las normas legales son de igual jerarquía la norma más nueva deroga a la más antigua.

b) Si las normas legales son de igual jerarquía y fecha, prevalece la que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad.

c) Si las normas legales son de distinta jerarquía, prevalece siempre la de mayor jerarquía.

## CAPÍTULO IX

### LAS LAGUNAS DEL DERECHO

#### 1. CONCEPTO

Se denomina lagunas a las hipótesis no previstas por el legislador, es decir a aquellos espacios vacíos que éste ha dejado en la ley por olvido, imprevisión o imposibilidad de imaginarlos, habiendo debido regularlos.

Las lagunas son insuficiencias del Derecho positivo (del Derecho legal o consuetudinario) que aparecen como ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones objetivas que requieren de dicha regulación. Frente a estos vacíos se hace necesaria una decisión judicial que complemente el Derecho.

#### 2. CASOS DE LAGUNAS DEL DERECHO

En la doctrina se señalan los siguientes casos de lagunas del Derecho:

a) *Falta de ley.*- El legislador no puede prever todas las situaciones o conductas posibles porque el progreso social, científico y tecnológico trae consigo nuevas hipótesis para las cuales no pueden existir normas aplicables.

b) *Ley en blanco.*- Las leyes en blanco son aquellas que entregan a otra instancia la facultad de establecer las consecuencias jurídicas de determinadas hipótesis. Podría suceder que esta instancia no haya establecido la consecuencia. En este caso el juzgador se enfrenta a una ley que prevé una hipótesis cuya consecuencia normativa no está regulada.

c) *Insuficiencias de la ley.*- Este caso se presenta cuando existe una ley que prevé determinadas consecuencias para ciertas hipótesis y el juez se encuentra con hechos que no coinciden plenamente con las hipótesis legisladas, pero que son semejantes y el magistrado considera que en justicia corresponde aplicar las mismas consecuencias.

d) *La ley injusta.*- La razón de ser del orden jurídico es la de brindar una regulación que permita la justicia. Por esta razón, si la norma formulada para regular una determinada situación es injusta, éste hecho debe ser considerado como un defecto o una omisión del orden jurídico. En este caso también estamos en presencia de una laguna del Derecho.

### **3. DIFERENTES TEORÍAS SOBRE LAS LAGUNAS DEL DERECHO**

Respecto del problema de las lagunas del Derecho, la doctrina ha elaborado diversas teorías que la admiten o la niegan:

a) *Teoría del Realismo ingenuo*

Afirma la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico e invoca como explicación suficiente las limitaciones naturales de la inteligencia humana y la riqueza creadora de la vida, de manera tal que por grandes que sean

la sabiduría y precisión del legislador, siempre aparecerán casos imprevistos que harán evidente la insuficiencia de la ley, porque la vida es, en realidad, fuente inagotable de situaciones nuevas.

### **b) *Teoría Pragmática***

De acuerdo con esta teoría existen lagunas en el Derecho, pero debe procederse como si no las hubiere. Pues, ninguna legislación, por más perfecta que sea, puede prever todos los casos posibles de la vida, especialmente los futuros. Y en este sentido puede decirse que hay lagunas en todo sistema legislativo. Sin embargo, también es cierto que toda legislación es un conjunto de normas que tienen entre sí una conexión íntima; esto es, constituyen un sistema cuyo fin es el ordenamiento de las actividades humanas, basada en la idea fundamental de la justicia. Este sistema unitario tiene una fuerza propia, si bien latente, de expansión y adaptación. En consecuencia, un sistema jurídico bien utilizado puede servir para regular todas las situaciones sociales, aún las no previstas por el legislador. Por esta razón, se sostiene que no hay lagunas en la ley.

### **c) *Teoría Ecléctica***

Eduardo García Maynez sostiene que el Derecho no tiene lagunas, pero que la ley las tiene necesariamente. Derecho y ley no son términos sinónimos, pues el Derecho es más que la ley. El Derecho no sólo está compuesto por normas legales sino que además posee principios generales que no son de orden legal como es, por ejemplo, el postulado de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido. La ley, aisladamente, puede contener numerosos vacíos debido a las imperfecciones del legislador o a la variedad de posibilidades que encierra la vida real. En cambio el Derecho no tiene vacíos porque sus principios

generales, su orientación y su finalidad prevén toda la vida del hombre en sociedad.

#### **4. PROCEDIMIENTO DE INTEGRACIÓN**

Mediante los procedimientos de integración se llenan o cubren los vacíos o las lagunas del Derecho. Cuando el juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas interpretativas son impotentes para ofrecerle la pauta de solución que busca, tiene, para cumplir su misión específica, que formular la norma aplicable al caso o, lo que es lo mismo, debe dejar de ser intérprete para asumir un papel muy semejante al del legislador.

El primer paso que debe dar el intérprete es investigar si en el ordenamiento legal a que se halla sometido existen o no reglas generales de integración. Si existen, deberá sujetarse a ellas; de lo contrario, habrá de aplicar los procedimientos que la ciencia jurídica le brinda. (Art. 139 inc. 8 de la Constitución del Perú: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso debe aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.”)

El juez nunca debe dejar de juzgar, aún en los vacíos o lagunas del Derecho. Si dejara de juzgar y resolver, dejaría de ser juez.

Los métodos de integración más importantes son: la analogía jurídica, los principios generales del derecho y la equidad.

##### **A) *La analogía jurídica***

###### **a) *Fundamento:***

El fundamento de la analogía jurídica consiste en que ‘casos semejantes deben ser disciplinados por normas semejantes’.

La analogía jurídica no es puramente lógica, interviene juicios de valor. Establece la justicia de un igual trato para dos casos esencialmente iguales; es decir, establece la justicia de la igualdad.

Toda norma jurídica consta de dos partes: el supuesto y la disposición. El primero es la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de determinadas consecuencias de derecho. La segunda expresa qué consecuencias normativas se encuentran enlazados a la realización del supuesto.

La analogía jurídica se da cuando existe una situación de hecho que no ha sido prevista en la ley pero que es semejante en lo esencial a la situación hipotética prevista en el supuesto de una norma jurídica existente. En este caso, cabría aplicar la disposición de esta norma a aquella situación que es semejante a su supuesto.

La analogía consiste pues, en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley) las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto.

b) *Presupuestos de la analogía jurídica:*

Son los siguientes:

1. Ante todo es necesario que se trate de un caso en que el legislador no ha previsto norma alguna. Si hubiere sido previsto aún de manera no clara, se tendría que recurrir a la interpretación extensiva.

2. El caso no previsto debe tener semejanza en lo esencial con el supuesto o la hipótesis de una norma existente y diferente en lo demás.

3. El elemento de identidad debe ser necesariamente esencial; es decir, aquel elemento de hecho que el legislador tomó en consideración para regularlo.

4. Reunidos los tres presupuestos anteriores, la consecuencia o disposición de la norma jurídica existente será aplicada al caso respecto del cual no hay prevista norma jurídica alguna.

c) *La analogía jurídica en materia penal:*

La analogía jurídica es inadmisibles en materia penal. Pues, los casos no contemplados no lo están tan sólo porque no se hayan previsto como delitos, sino porque se supone que el legislador no desea sancionarlos. Este es el denominado principio de reserva, que en Derecho Penal se traduce en el aforismo clásico “Nullum crimen, nulla poena sine lege” o en el más moderno de que no hay delito sin tipicidad. (Art. 139 inc. 9 de la Constitución política del Perú: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan los derechos.”)

**B) *Los principios Generales del Derecho***

a) *Concepto:*

En la doctrina existen muchos conceptos sobre lo que serían los principios generales del Derecho. Según algunos, ellos son los principios de Derecho Natural o Racional; según otros, los universalmente admitidos por la ciencia jurídica; según otros, los del Derecho Romano; según otros, los del espíritu general de la legislación; y, según otros, los del ordenamiento jurídico positivo.

b) *Teorías iusnaturalistas:*

Para Giorgio del Vecchio, “la fuente inagotable del Derecho está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser aprendida por nuestra razón.” Esta

fuente es el Derecho Natural que permite superar las inevitables diferencias de las prescripciones positivas. Los principios generales del Derecho corresponden al Derecho Natural y sirven de fundamento al Derecho positivo.

El Derecho Natural es aquel que está grabado en nuestras conciencias y nos señala el recto proceder. No es arbitrario.

El Derecho positivo es un reflejo del Derecho Natural que posibilita la adaptación de éste a la realidad cambiante sin que su contenido esencial sea alterado.

El Derecho Natural, y en consecuencia, los principios generales del Derecho, prescriben, por ejemplo, que ‘nadie puede transmitir a otro más derechos que los que él mismo tiene’; que ‘a la fuerza es lícito oponer la fuerza’, y que, por tanto, todo hombre tiene la facultad de defenderse contra las agresiones de que sea objeto; que ‘las utilidades de toda cosa deben corresponder a aquel sobre quien pesan las pérdidas’; ‘que nadie puede enriquecerse injustamente en perjuicio de otro’; éstas y otras muchas normas, procedentes de la razón jurídica natural, y en tal sentido afirmadas ya por los juristas romanos, constituyen principios informadores de las leyes vigentes sea expresamente o implícitamente.

Los principios generales, como ideales de justicia, son de validez universal y absoluta; pero, para su validez jurídica, deben ser incorporados a la legislación positiva de alguna manera. Son complementarios al Derecho escrito y consuetudinario.

d) *Teorías positivistas:*

Sostienen que los principios generales del Derecho no son algo que existan fuera del Derecho escrito, sino dentro del mismo, porque derivan de las normas establecidas. Son el espíritu o la esencia de la ley. Por eso, son prin-

cipios del Derecho positivo y no del Derecho natural. Son abstracciones que se elaboran sobre la base de las mismas normas legislativas. De hecho pueden ser principios racionales superiores de ética social, y también principios de derecho romano admitidos universalmente por la doctrina; pero tienen valor no porque son puramente racionales, éticos o de derecho romano o científico, sino porque han informado efectivamente el sistema positivo de nuestro Derecho, y de este modo han llegado a ser principios de Derecho positivo vigente.

### C) *La Equidad*

#### a) *Concepto:*

La equidad es la justicia del caso particular. Resuelve aquello que la ley, por ser general, no puede resolver con justicia. La equidad es una justicia natural, mejor que la justicia legal. Entre la justicia y la equidad, ésta es mejor que aquella.

#### b) *Importancia:*

La equidad permite que el juzgador no sea mero aplicador frío de la ley y que cuando juzgue, también considere las particulares situaciones y circunstancias sociales, emocionales, culturales, etc. que rodean al caso problema. La equidad es contraria al legalismo y justicia puramente formalista y rígida.

#### c) *La equidad y los principios generales del Derecho:*

La equidad debe ser considerada como uno de los principios generales del Derecho. El primero de ellos o el supremo, ya que sirve de base a todos los otros. Pues, en la base de todo ordenamiento jurídico, está el deber de que el legislador sea justo en la dación de las normas. Si una norma, al momento de su aplicación, se aparta de este pro-

pósito; el juzgador, deberá optar por la equidad que le ordena ser justo en el caso singular. Si el juzgador procede así, simplemente habrá actuado como lo hubiese hecho el legislador frente al mismo caso. Sin embargo, la equidad no puede emplearse contrariando a la seguridad jurídica ni a las disposiciones de la legislación vigente.

(Fuente bibliográfica referencial: PACHECO GOMEZ, Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. 4ta. Edición. Santiago, 1990.)

## **TERCERA PARTE**

**EL DERECHO NATURAL  
NOCIONES FUNDAMENTALES Y DESARROLLO  
HISTÓRICO.**

por Luis Ricardo Rodríguez Vargas<sup>1</sup>

**A. INTRODUCCIÓN**

«Si el arte del derecho es el arte de lo justo –el discernimiento entre lo justo y lo injusto–, el arte del derecho natural no es otra cosa que saber discernir las ineludibles dimensiones de justicia de la persona humana»

-Javier Hervada-

La expresión «*Derecho Natural*» hace referencia a una corriente de pensamiento jurídico presente por más de 25 siglos. Su idea fundamental es la tesis de la existencia de un derecho anterior a cualquier norma jurídica positiva (es decir, de origen humano), denominado precisamente derecho natural, el cual le otorga fundamento a la normati-

---

<sup>1</sup> Profesor de Introducción al estudio del derecho. Facultad de Derecho U.C.R.  
(<http://alipso.com/monografias/derechonatural/>)

va positiva, pues posee una jerarquía o rango superior a ella, de modo que cualquier normativa humana que fuera contraria al precepto de derecho natural sería jurídicamente inválida.

El concepto de derecho natural está unido a otros conceptos jurídicos tales como derechos humanos, naturaleza humana, valores jurídicos, justicia y bien común.

Más que una tesis, constituye un sistema de pensamiento que ha sido compartido por múltiples juristas o filósofos, incluso con planteamientos diversos y hasta contradictorios. Históricamente, existen cuatro grandes periodos o momentos en la ciencia del derecho natural:

a) Derecho Natural Antiguo: abarca el pensamiento griego y romano. Sus principales exponentes son Sócrates, Platón, Aristóteles, y los miembros de la Escuela Estoica, como Cicerón y Séneca. El planteamiento básico de este período es el "concepto de naturaleza", y como consecuencia de este, el de "naturaleza humana", como punto de partida de donde emana la dignidad del hombre y sus derechos naturales. El hombre busca la virtud, siendo la más excelsa la justicia.

b) Derecho Natural Cristiano: Abarca desde del siglo primero de nuestra era hasta el siglo XVI, incluyendo dos períodos filosóficos muy importantes en la filosofía occidental: la Patrística y la Escolástica. En el periodo patrístico sobresalen los llamados "Padres de la Iglesia", es decir, aquellos pensadores y escritores de los primeros siglos del cristianismo (hasta el siglo VI) que fueron declarados por la Iglesia con ese título por sus escritos, su doctrina y su antigüedad, entre los que destacan San Agustín, San Isidoro de Sevilla, San Gregorio de Niza, San Juan Crisóstomo y otros, tanto de oriente como de occidente. La gran mayoría de los filósofos y teólogos de la Patrística

fueron seguidores de las ideas filosóficas platónicas. Por su parte, la Escolástica, movimiento intelectual desarrollado en la Edad Media, constituyó una escuela de pensamiento alrededor de las universidades existentes sobre todo en Italia y Francia, cuyos principales exponentes fueron Santo Tomás de Aquino, Guillermo de Occam, y los llamados filósofos tomistas. La idea cristiana del Derecho Natural se fundamenta en el concepto de naturaleza humana, considerada como una naturaleza racional, pero creada por Dios, del cual deviene, como causa final, su dignidad y sus derechos personales. En este planteamiento, el concepto de persona es fundamental, pues esta posee dignidad por sí misma, dignidad que implica una serie de derechos. La filosofía sirve, en este caso, como instrumento para la elaboración teológica, pues, según estos pensadores, fe y razón no podrían oponerse más que aparentemente, pues ambas tienen a Dios como única fuente.

c) Derecho Natural Clásico o Racionalista: abarca los pensadores de la época de la Ilustración, es decir, del siglo XVI al siglo XVIII, sobre todo en Francia e Inglaterra, incluyendo filósofos de escuelas totalmente independientes y diversas, tanto empiristas como racionalistas: Rousseau, Montesquieu, Locke, Hobbes. Históricamente, este período hace necesaria referencia a algunos hechos de especial importancia cultural y social, como el enciclopedismo, la declaración de derechos y deberes del ciudadano, la caída de la monarquía absoluta, la aparición del estado moderno, la separación de poderes, el contrato social y la limitación de poder del gobernante. En este periodo, la filosofía ética da paso a una filosofía política. Su idea de derecho natural se fundamenta en la razón humana. Así, se considera a los principios de derechos natural como principios de la razón humana que deben ser tutelados por la autoridad y prudencia del gobernante, el cual detenta el poder por encargo de sus súbditos.

d) Renacimiento del Derecho Natural: El siglo XX ha sido testigo de un renacer de las tendencias iusfilosóficas de derecho natural, como reacción a las ideologías fundamentadas en un positivismo absoluto. En este sentido, las nuevas declaraciones de derechos humanos, el sistema de la justicia internacional y las modernas tendencias del derecho internacional público son síntomas de ese renacer de las ideas de derecho natural, que apenas comienza.

Pocas veces la historia ha conocido épocas de un positivismo tan extendido y cerrado como la nuestra, pese a las numerosas tendencias que admiten un cierto objetivismo jurídico. No obstante, pocas veces los derechos humanos han sido de tal modo proclamados. Cualquiera que sea la naturaleza de estos derechos –no es ahora el momento de tratar este asunto–, una cosa es clara y reconocida en cualquier parte del mundo actual: que tales derechos tienen origen y fundamento en el hombre mismo; son esenciales, derivados de la dignidad inherente de la persona, no se tienen por pertenecer a la sociedad, son naturales. Se afirma expresamente que estos derechos se reconocen (no que se crean) por los ordenamientos positivos, y que su desconocimiento es injusticia, y otras cosas por el estilo, todas las cuales nos indican que en las normas que los reconocen, garantizan y regulan, algo hay, al menos, de nociones de derecho natural, entendiendo aquí lo natural como lo propio de la naturaleza del hombre.

### **Relaciones Derecho Natural – Derecho Positivo**

El concepto más primigenio de Derecho Natural indica que en toda relación jurídica existe una parte natural y otra positiva (es esta una noción aristotélica). Esto es importante porque se conceptualizan ambos elementos (natural y positivo) como parte de un mismo ordenamiento jurídico, no como dos ordenamientos diferentes. En toda

ley, en todo fenómeno jurídico, hay una parte positiva y otra natural. De ahí que entre ambos elementos existe una correlación y reciprocidad: el Derecho Natural fundamenta el Derecho Positivo. El Derecho Positivo otorga efectividad o eficacia práctica al Derecho Natural

Obsérvese el siguiente texto de Aristóteles: «En el Derecho político, una parte es natural, y la otra es legal. Es natural lo que, en todas partes, tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es legal todo lo que, en principio, puede ser indiferente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto». En este texto, la expresión "derecho político" equivale al derecho de una polis, de una ciudad. Así, se conceptualiza que el derecho de una sociedad perfecta es en parte de origen natural (es decir, tiene su origen en la naturaleza) y, en parte, de origen humano (es decir, su origen es convencional).

El profesor español Javier Hervada nos explica:

«Desde los albores de la reflexión humana, desde los inicios de la civilización, por tanto, el hombre ha captado que existen exigencias de comportamiento en la sociedad y deberes de justicia en las relaciones humanas que no dimanen de la voluntad del hombre. En un principio, se hablará de leyes de los dioses; después, más depuradamente, de derecho natural. La distinción entre componentes del ordenamiento jurídico cuyo origen es la libertad del hombre y su consiguiente facultad de autorregulación, y aquellos otros que le son dados al hombre, es prácticamente universal; las excepciones, el positivismo jurídico extremo –considerada globalmente la historia del pensamiento jurídico– son relativamente pocas, aunque haya autores modernos que nieguen que ese núcleo natural sea una parte del derecho, como es el caso del objetivismo jurídico (Henkel)».

Así, según las concepciones más clásicas del Derecho Natural, lo que llamamos Derecho Natural y Derecho Positivo resultan ser partes de un único derecho: el que los griegos denominaron *politikon dikaion*, el derecho de la ciudad. La dualidad se da en la unidad del orden jurídico. Por ello, se equivocan quienes plantean que los filósofos de esta escuela sostienen la validez sólo del Derecho Natural, en detrimento del Derecho Positivo, o un permanente antagonismo entre ambos: más bien, se trata de una relación de coexistencia y coordinación, y, por supuesto, de jerarquía (lo natural sobre lo positivo), y, en este sentido, los antagonismos entre ambos son excepcionales, así como los delitos son actividades humanas excepcionales en la vida social, pocas en comparación con el número total de actos humanos libres.

## **B. PRIMER PERIODO: DERECHO NATURAL ANTIGUO.**

En Grecia, al igual que en otros pueblos antiguos, existió un periodo mítico en el que la justicia y el derecho fueron personificados en forma de divinidades. Este mito es, como en los demás pueblos, la expresión de la idea de que la justicia y el derecho no se basan sólo en la ley y la convención humanas, sino también, sobre todo, en realidades anteriores a ellas. Correspondiendo a la evolución política y social, puede observarse una evolución de la idea de justicia (y de derecho) que se refleja en el uso de dos palabras para designarla: *thémis* y *dike*. La primera representaba la voluntad de los dioses; la segunda, era el logos o razón que gobierna el mundo. *Thémis* se consideraba como decreto de carácter sacro, revelado al rey por los dioses mediante oráculos. De ahí que esta palabra pasase a ser sinónima de la ley divina y destino o hado (el *fatum* de los latinos): lo permitido o prohibido por los dioses y también

la voluntad de ellos. *Díke*, en cambio, aunque también estaba personificada por una diosa (hija de Zeus y de *The-mis*), significó regla, pero, más bien, regla interior, al ser el logos o razón que reside en el interior del cosmos. *Díke* supone la captación de un orden interno de la vida social y de las cosas.

### ***PRESOCRATICOS Y SOFISTAS***

La transición entre lo mítico y lo filosófico no puede encerrarse en fechas determinadas. No obstante, se puede considerar que los pensadores que la historia de la filosofía ha conocido como "presocráticos" (un término referido a un aspecto meramente temporal) son los primeros filósofos: Anaximandro de Mileto, Pitágoras, Heráclito, Parménides, entre otros. Ellos constituyen un importante capítulo de la historia de la filosofía, aunque sobre la historia de la filosofía del derecho natural los podemos considerar, si acaso, como antecedente. En efecto: los filósofos presocráticos elaboraron, cada uno, planteamientos e ideas cosmológicas, intentando encontrar un fundamento del ser de las cosas naturales, su causalidad y su elemento primigenio o primer principio, del cual estaban formadas todas, que denominaban *arjé*. Su filosofía es una filosofía de la naturaleza, aunque en algunos pensadores podemos encontrar conceptos que, más tarde, llegarían a cobrar especial importancia en los temas referidos al derecho natural, como el de logos, razón o ley.

La aparición de los sofistas trae consigo un importante avance en el desarrollo de la ciencia del derecho natural, así como en otros campos, tales como la retórica, mnemotécnica y erudición. La distinción entre ley positiva o convencional y naturaleza –*nómos* y *physis*, respectivamente– aparece con claridad en los sofistas. Quizá son

ellos los que comienzan a hablar de la naturaleza como medida de la conducta humana. Podemos destacar a Hippias de Elis y Antifón.

Es necesario aclarar que, dado que de la sofística se conocen sólo textos fragmentarios, por citas de otros autores de la antigüedad, es un poco aventurado intentar fijar el pensamiento de cada uno (lo que, además, no es el objetivo de este estudio, con algunas excepciones). La sofística no forma un cuerpo de pensamiento unitario, no es una escuela o corriente filosófica homogénea, pues lo que los une son ciertos rasgos externos (dedicación a la retórica, a la enseñanza como contraprestación a una paga, etc.) y el importante hecho de haber centrado su atención en el hombre, lo que ha motivado a más de un autor a afirmar que con ellos se inaugura el periodo antropológico de la filosofía griega, en contraste con el pensamiento anterior, como ya vimos, más preocupado por el cosmos.

En cuanto a sus ideas fundamentales, podemos al menos determinar que una de ellas es la distinción entre lo que es justo por naturaleza o justo natural (*physei dikaion*) y lo que es justo por ley o justo legal (*nomoi dikaion*). Por justo entendieron lo conforme o ajustado a la naturaleza (*physis*) y a la legalidad vigente o ley establecida en y por la comunidad política (*nómos*). Sin embargo pusieron relieve en el hecho de que el orden establecido por las leyes de la ciudad no se ajustaba al orden establecido por la naturaleza, por lo que Antifón llega a decir que la mayor parte lo que estaba determinado como justo por la ley era contrario a la naturaleza. Unido a esto, estaba la idea de que el hombre debía actuar conforme a la naturaleza.

## ***LOS GRANDES FILÓSOFOS DEL SIGLO DE ORO.***

El siglo de oro de la filosofía griega traerá el desarrollo de algunas de las ideas más importantes sobre el derecho natural. Destacan, por supuesto, las figuras de Sócrates, Platón y Aristóteles.

Sócrates, cuyo pensamiento llega a nuestros días a través de los escritos de Platón y Jenofonte, y algunas citas en la obra aristotélica, proclamó la necesidad de cultivar las virtudes como medio de perfeccionamiento personal. Para él, el mal equivale a la ignorancia, de modo que la enseñanza es lo que permite al hombre ser bueno. El hombre bueno es el hombre sabio, por lo que el reconocimiento de la propia ignorancia ("sólo sé que nada sé") es el primer paso para alcanzar el conocimiento. Dentro de este planteamiento filosófico (lo que hace Sócrates es verdadera filosofía moral), afirmó su fe en una justicia superior, para cuya validez no es necesaria una sanción ni una formulación escrita. La obediencia a las leyes de la polis, para Sócrates, es un deber del ciudadano. El hombre justo debe obedecer aún las leyes injustas, para no dar mal ejemplo que pueda influir en el hombre injusto, haciendo que éste desobedezca la ley justa. En consecuencia, el cumplimiento de las leyes vigentes (sean justas o no) es preferible a la anarquía. Estas ideas las defenderá aún pagando como precio su vida, tal y como se relata en la historia de su muerte, que todos conocen.

Discípulo de Sócrates, Platón desarrolló, además de filosofía moral, escritos de filosofía política y de teoría del conocimiento. Precisamente en este último aspecto es de especial importancia su concepción de las ideas como realidades existentes en un mundo propio (*topos uranus*), como modelos o arquetipos de la realidad. Las cosas del mundo se ven, pues, como reflejos de la verdadera reali-

dad, de las esencias existentes por sí mismas. A través del mito de la caverna, Platón nos explica cómo el hombre conoce sólo las sombras de una verdadera realidad (ideal), distante.

Esto tendrá una especial relevancia, por cuanto el concepto de idea lleva consigo, implícito, el de participación. Las cosas participan de la idea arquetípica en mayor o menor grado. El concepto de participación tendrá especial relevancia en los escritos de los filósofos eclesiásticos, sobre todo en la referencia tomista de que todos los seres participan del ser de Dios y de sus perfecciones: las cosas son por participación; Dios, en cambio, ES por esencia.

En "La República", Platón desarrolla su concepción de Estado y de justicia. El Estado es un organismo perfecto, con completa unidad; un todo formado por individuos, sólidamente constituido, en el que debe reinar la armonía, lo que se alcanza por la virtud, sobre todo la justicia, que consiste en la relación armónica de las diversas partes de un todo. El fin del estado es la felicidad de todos mediante la virtud de todos, por lo cual, para Platón, nada escapa de su competencia. Para él, la ley debe ser verdadera y procurar el bien común. Esto es importante, porque contrapone la ley verdadera y justa a la ley positiva, convirtiendo a la primera en medida de la segunda. Así, el verdadero derecho, la verdadera justicia, vive en el mundo de las ideas, y las leyes positivas no pueden pretender tener valor alguno sino en tanto participen de la idea de ley justa. Se podría decir que el derecho natural para Platón es un derecho ideal, sólo que por ser ideal no deja de ser real. Al contrario: es lo real.

Discípulo de Platón, Aristóteles, por su parte, fundamenta sus teorías desde una metafísica realista, en la cual las cosas son, están compuesta de materia y forma (teoría llamada hilemórfica) y pueden ser conocidas real-

mente en su esencia por los hombres (gnoseología realista). Aristóteles desarrolló una teoría de la justicia como igualdad de cosas en los intercambios y como proporción en las distribuciones, pasando de una filosofía política y moral propia de sus antecesores a una filosofía del derecho en sentido estricto.

Dejando de lado su metafísica y su gnoseología (que no es objeto de estos apuntes), y su concepto y clasificación de justicia (materia que se estudiará), es aristotélica la idea o expresión de que, observando la sociedad política en su conjunto, se ve que en ella parte de lo justo es de origen natural y parte es legal o tiene su origen en la ley positiva. En su "Ética a Nicómaco", Aristóteles marca perfectamente la distinción, dentro del derecho válido en un Estado, entre aquella parte que lo es por naturaleza y aquella otra parte que lo es por declaración de la ley. La primera es lo justo natural, que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de resoluciones de hombres; la segunda es lo justo legal, que es lo que, siendo indiferente en principio, deja de serlo al ser determinado así por una ley positiva.

En este contexto, el derecho natural es aquella cosa que, en una relación entre dos sujetos distintos (alteridad) es debida por uno al otro en razón de igualdad o proporción que es medida por la naturaleza de las cosas y no por acuerdo o convención de los hombres. Hay una evidente relación entre el derecho (lo justo) y la ley, pues la ley es criterio (norma o medida) de la justicia. Por lo tanto, hablar de lo justo natural en el sentido en que lo hace Aristóteles supone admitir la existencia de una ley natural, ley común a todos los hombres, frente a la ley propia de cada pueblo. Obsérvese el siguiente texto:

«Llamo ley, por una parte, a la que es particular, y por otra parte, a la que es común; particular a la que viene

determinada por cada pueblo para sí mismo de las cuales unas son escritas, otras en cambio no escritas; y la ley común es la que es según naturaleza. Porque hay algo que todos adivinan que, comúnmente por naturaleza es justo o es injusto, aunque no haya ningún mutuo consentimiento ni acuerdo entre unos y otros; así, por ejemplo, aparece diciendo la Antígona de Sófocles, que es justo, aunque esté prohibido, dar sepultura a Polinices, puesto que ello es naturalmente justo».

### **LA ESCUELA ESTOICA**

Posterior a estos pensadores, la filosofía estoica cubrió, primero en Grecia, después en Roma, unos quinientos años de historia del pensamiento humano: aproximadamente del siglo III a.C. hasta fines del siglo II d.C. En tan largo periodo, convivió con otros sistemas filosóficos, como el epicureísmo y el escepticismo. Se suelen distinguir en esta corriente tres periodos (antiguo, medio y nuevo, este último típicamente romano) y mencionar varios nombres, como Zenón, Crisipo, Panecio, Séneca, Marco Aurelio y Cicerón.

Según la concepción estoica del mundo, el cosmos se compondría de dos principios: un elemento espiritual (*el logos*), divino, inmanente al mundo, que produciría y daría forma a todas las cosas, y un elemento material, sustrato de todas las cosas. El cosmos o Naturaleza aparecía ante ellos como un conjunto armonioso de seres, regido por un principio inteligente —el logos divino—. Existe un orden racional del universo, manifestación del espíritu divino, una ley eterna e inmanente del universo, representada por la razón divina. Esta ley eterna o logos divino se manifiesta en el hombre por la *recta razón*, que es la ley moral o ética propia del hombre, la cual consiste en vivir conforme a la

naturaleza. Por ser el hombre un animal racional, vivir conforme a su naturaleza será vivir de acuerdo a los dictados de la recta razón. Aparece así la ley natural como el dictado de la *óρθος λόγος* o *recta ratio*.

Así, la aportación estoica a la ciencia del derecho natural se centra en dos aspectos:

a) la identificación de la ley natural como los dictámenes de la recta razón humana, y

b) el enlace de la ley natural con la razón divina, con el logos divino que ordena y gobierna el mundo (Cicerón usará la expresión "ley eterna").

Recogiendo una constante sofista y aristotélica, Cicerón afirmó que el derecho natural no ha sido producido por ninguna opinión, sino que está impreso en la naturaleza. La ley natural es ley verdadera, por lo que desobedecerla es negarse a sí mismo, rechazando la naturaleza humana, ya que la ley natural es la ley del hombre en cuanto tal:

«Hay una ley verdadera, recta razón conforme con la naturaleza, presente en todos, constante, sempiterna, la cual llama al deber mandando y desvía del engaño prohibiendo (...). A esta ley, ni cabe abrogarla ni es lícito derogarla en algo, ni puede ser abrogada por completo, ni nos podemos desligar de esta ley por obra del Senado o del pueblo, ni hay que buscar quien la explique, ni al intérprete Sexto Aelio; no será una en Roma, otra en Atenas, una ahora, otra después; todos los pueblos, en todo tiempo, serán regidos por esta única ley eterna e inmutable; y único maestro común, por así decirlo, y soberano de todos será Dios; de esta ley, él solo es autor, intérprete y legislador, y quien no le obedezca renegará de él mismo y, rechazando su naturaleza de hombre, por esto mismo incurrirá en las

máximas penas, aunque pudiera escapar de otras sanciones».

Así, Cicerón concluye que la naturaleza es el parámetro para determinar lo justo y lo injusto; que los principios de ley natural son universales, porque son innatos, aunque debido al error y la mala voluntad pueden oscurecerse; y que sólo la ley buena, la que está de acuerdo con la naturaleza, es propiamente ley: las demás no merecen ese nombre, porque son falsas.

## **C. SEGUNDO PERIODO: DERECHO NATURAL CRISTIANO**

### ***LA PATRÍSTICA***

El primer desarrollo de la doctrina cristiana fue obra de los escritores eclesiásticos, entre los que destacan los Padres de la Iglesia (período de la Patrística), tanto orientales como occidentales. En los escritos de San Agustín aparece una doctrina sobre la ley natural relativamente completa, pero las referencias sobre dicha ley en los demás Padres y otros escritores eclesiásticos de los primeros siglos de nuestra era no son escasas. Según A. J. Carlyle, la teoría del derecho natural se convirtió en un lugar común del pensamiento cristiano.

Al encontrarse con la filosofía antigua, los Santos Padres y los escritores eclesiásticos trataron de aprovecharla, rechazando las teorías filosóficas irreconciliables con la esencia del cristianismo, tales como el escepticismo, que negaba la posibilidad de alcanzar y conocer la verdad, y el epicureísmo, que estaba en oposición con la ética cristiana. Las fuentes filosóficas más propias de la Patrística fueron el estoicismo, el platonismo y el neoplatonismo.

San Justino (siglo II), probablemente el primero de los Padres cuyas referencias al derecho natural se conocen, escribe que aquellas cosas que "siempre y en todo lugar son justas" (*semper et ubique iusta sunt*) han sido manifestadas por Dios a todos los hombres, a través de la luz de la conciencia; el hombre, por medio de la recta razón conoce que ni todas las opiniones ni todas las leyes son buenas, sino unas buenas y otras malas. El tema de la ley natural (llamada en ese momento *lex primordialis*) y de la recta razón se encuentran en escritos de otros Padres, entre los que se pueden citar, a modo de ejemplo, a Clemente de Alejandría, San Ireneo, Atenágoras, Tertuliano, Orígenes, San Basilio, San Gregorio Nacianceno, San Juan Crisóstomo, San Ambrosio de Milán, San Jerónimo y San Gregorio Magno (desde el siglo III al siglo VII).

### **Principales afirmaciones de los Padres de la Iglesia sobre el derecho natural.**

Las constantes más significativas del pensamiento de los filósofos y escritores del período Patrístico se pueden resumir en las siguientes:

a) Existe una ley natural común a todos los hombres, impresa en la razón, mediante la cual todos pueden discernir el bien del mal, lo honesto y lo deshonesto.

b) El contenido de la ley natural es siempre el mismo, en todo tiempo y lugar.

c) Esta ley natural es ley de Dios, expresa la voluntad de Dios sobre todos los hombres, para que se comporten de acuerdo a su condición de *imago Dei* (es decir, no se tratan sólo de exigencias de la naturaleza, sino también de una expresa voluntad divina).

d) Las conductas contrarias a la ley natural son malas e injustas.

e) Hay, pues, dos clases de leyes en la sociedad: la natural y la positiva. La ley humana debe obedecerse salvo cuando contradice la ley natural, aunque esto comporte dificultades, deshonor o muerte.

### ***SAN AGUSTIN (350–430).***

En las postrimerías del Imperio Romano de Occidente, San Agustín de Hipona, el más filosófico de los Padres de la Iglesia, figura central dentro del pensamiento antiguo, ofrece, a través de una serie de elementos dispersos en su ingente producción literaria, la teoría más completa de la ley natural que encontramos en la época antigua. Lo más sobresaliente de sus ideas es la teoría de la **Ley Eterna**, como ejemplar divino de la Ley Natural, construyendo así una relación fundamental entre Dios y el derecho natural.

San Agustín adapta las concepciones de Heráclito y de Platón al dogma cristiano. El concepto platónico de "participación" va a ser retomado y reelaborado durante esta época. A modo de síntesis del pensamiento de Agustín de Hipona sobre el derecho natural, podemos destacar las siguientes ideas:

a) Todo su pensamiento gira en torno a Dios. Por ello, su doctrina de la ley natural también estará centrada en Dios, como principio de las cosas creadas.

b) La creación es un universo armónico, equilibrado: hay un orden, cuyo resultado es la paz, la armonía de las partes, el equilibrio del conjunto, que hace posible su existencia.

c) Para San Agustín, el orden es «aquella disposición de las cosas iguales o dispares que atribuye a cada una el lugar que le corresponde», y éste orden tiene un sentido teleológico, finalista. Los conceptos de orden y ley guardan íntima relación entre sí: el orden es la realización de la ley, y ésta, expresión o cifra del orden.

d) Existe una ley universal que rige a todos los seres: la ley eterna. La define como la sabiduría ordenadora de Dios, en cuanto ordena todo el movimiento y el acontecer del universo entero: «la razón o voluntad de Dios, que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo». Se identifica con la Razón Divina. Es por ello trascendente al hombre, distinta de la Ley Natural (a diferencia de los estoicos, que asimilaban la ley eterna a la ley natural en el hombre).

e) La ley eterna es Una y universal, y se manifiesta de distinta manera en los distintos seres: en los irracionales, como necesidad ciega; en los racionales, como deber moral. El hombre la conoce porque se encuentra transcrita en su razón. La LEY NATURAL es la transcripción de los preceptos de la ley eterna en el alma racional del hombre. El hombre, cumpliéndola por medio de su libre albedrío, "participa" de la ley eterna.

f) De la ley natural –y por lo tanto, de la eterna– deriva cuanto hay de justo o legítimo en la ley humana (*lex temporalis* o *lex scripta in litteris*). Afirma San Agustín que «nada es justo que no derive de la ley eterna». Por lo tanto, una ley que no se funde en la justicia natural o divina no es ley y por ende no obliga en conciencia. No pretende que la ley positiva realice todas las exigencias de la ley natural, sino sólo prohibir y castigar los vicios que sean necesarios para obtener el fin propio del derecho, que es la paz social. Alude así a un tema importante: el de los límites del derecho en relación con la moral.

## ***LA ESCOLÁSTICA***

A fines del siglo XI, con la figura de Anselmo de Laon, y sobre todo durante el siglo XII, la teología comenzó a convertirse en una ciencia sistemática. El conjunto de autores de esta primera fase recibe el nombre de Escolástica incipiente. Los teólogos de esta época trataron también de la ley natural, aunque por la perspectiva teológica con que la estudian, tienen menor interés jurídico. Destacan además Hugo de San Víctor (1096–1141) y Pedro Abelardo (1079–1142).

Con el siglo XIII comenzó el período más floreciente del pensamiento filosófico y teológico de la Edad Media, y se fue perfilando una completa teoría del derecho natural, que culminó con la síntesis de Santo Tomás de Aquino. A principios de ese siglo, comenzó el auge de la Escolástica. Suelen agruparse los autores en tres grupos de pensadores, todos ellos maestros de la Universidad de París: los maestros seculares, la escuela franciscana y la escuela dominica.

Entre los primeros, encontramos a Guillermo de Auxerre y Felipe el Canciller. Entre los segundos destaca San Buenaventura (1221–1274), que distingue entre los dictámenes de la ley natural en el estado de naturaleza (antes de la caída original) y en el estado de naturaleza caída. Entre los dominicos encontramos a San Alberto Magno (1206–1280), quien criticó esas diversas "clases" de derecho natural, afirmando que sólo existe uno: el propio del hombre, el derecho de la razón. Para él, el derecho natural procede de la naturaleza específica del hombre en cuanto tal, en su aspecto dinámico y moral, o sea, como principio de las acciones humanas. Cabe destacar que Al-

berto Magno fue maestro de Santo Tomás de Aquino, y como él, profesor de la Universidad de París.

### ***SANTO TOMAS DE AQUINO (1225–1274).***

Santo Tomás, considerado por la generalidad de los pensadores como la figura cumbre del pensamiento escolástico y el mayor de los filósofos y teólogos cristianos, posee una clara influencia aristotélica, en su metafísica y teoría del conocimiento, dándole una importancia filosófica radical a la razón humana, y apartándose en cierta forma de la concepción política agustiniana, donde lo sobrenatural subsumía del todo a lo natural, y la justicia terrena en la divina. Con él, la teoría del derecho natural adquirió forma acabada.

Entre los fundamentos filosóficos básicos de Santo Tomás de Aquino, encontramos:

a) Su metafísica tiene su cumbre en el concepto de creación accesible a la razón humana. Dios es el Ser por esencia (es decir, el único que ES por sí mismo, el único cuya esencia o naturaleza propia es SER); los demás seres tienen un verdadero ser, pero un ser por participación, es decir, en cuanto participan del ser divino por creación).

Existiendo una verdadera y ontológica diferencia entre Dios y las criaturas, estas reflejan su Causa Primera. De ahí que se considera al hombre *imago Dei*. Todas las cualidades y perfecciones de las criaturas son participación de las mismas propias en la naturaleza divina, infinitas y perfectas en Dios. Así, a través de las cosas creadas, del orden del cosmos, de las perfecciones de las criaturas, Santo Tomás desarrolla sus famosas "cinco vías" para conocer la existencia de Dios con el sólo uso de la luz de la razón natural, sin acudir al dato de revelación o de fe.

b) En relación con la gnoseología, acoge ideas ya concebidas por el realismo filosófico aristotélico: las cosas son por sí mismas, independientemente del pensar humano. El entendimiento está ordenado a conocer las cosas, y a conocerlas objetivamente, es decir, en su verdad, tal cual son, aunque en forma finita o imperfecta. La verdad consiste precisamente en la adecuación que existe entre el entendimiento humano y las cosas. No obstante, hace una observación importante: la verdad no es sólo una cuestión del entendimiento, pues en el conocer tiene una cierta participación el querer, la voluntad, pues el hombre es libre de cerrarse voluntariamente a la verdad. Salva de este modo la posibilidad de desconocimiento de la verdad por evadirla el hombre voluntariamente (libremente), y también, la posibilidad de un conocimiento erróneo o parcial del hombre, sus fines y su dignidad. Niega la existencia de ideas innatas, y parte de que la base de todo conocimiento es la experiencia sensible, de donde puede partir también el mismo error.

Santo Tomás retoma la distinción entre los diversos tipos de leyes, pero complementándola, de la siguiente manera:

**LA LEY ETERNA:** Como fundamento de toda ley y por consiguiente de la ley natural, Santo Tomás de Aquino estudia la ley eterna. Siendo Dios quien gobierna el mundo creado, en Dios existe la razón (ratio) o modelo de cuantas cosas han de ser realizadas. Esta razón impulsa y mueve todas las cosas a realizarse, teniendo por ello carácter de ley. La define como «la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos». Es eterna porque, siendo algo propio de la inteligencia divina, existe en Dios y no en el tiempo. El orden de toda la naturaleza es una participación de la ley eterna, que todo lo rige y gobierna. Al ser la ley eterna la razón de la sabiduría divina, es principio de toda verdadera ley.

LA LEY NATURAL: Lo que hasta Santo Tomás eran afirmaciones más o menos dispersas y aisladas sobre la existencia y naturaleza de la ley natural, en él es una teoría completa y armónica.

La teoría de la ley natural está presidida por la idea de participación. Siendo la ley una regla o medida de las conductas, y correspondiendo a Dios el supremo gobierno del mundo mediante la ley eterna, todos los seres deben tener esa regla impresa en su ser, mediante la participación de ella. La ley natural la define como la «participación de la ley eterna en la criatura racional», es decir, en el hombre.

Así, ley eterna y ley natural son dos modos distintos de ser de la misma ley. En cuanto está en Dios, es ley eterna; en cuanto se participa de las criaturas, es ley natural. El conocimiento de ésta lleva a aquella.

Es en este sentido que afirma, como hemos dicho, que la ley eterna es el principio de toda ley verdadera. La ley humana tiene razón de ser sólo en cuanto se ajusta a la recta razón, y si se apartara, es ley inicua, y no tiene carácter de ley, sino de violencia.

En cuanto a su contenido, determina que el primer precepto de la ley natural es que "se debe obrar y proseguir el bien, y evitar el mal", del cual derivan todos los demás preceptos. Afirma la existencia de primeros principios (como el anterior), de conclusiones próximas (de fácil conocimiento por todos, derivadas de los principios), y de conclusiones remotas (más complejas en cuanto a su conceptualización, pero igualmente derivadas de las anteriores).

Las características propias de la ley natural son su COGNOSCIBILIDAD por parte de la razón humana (aunque algunos principios y conclusiones sean no tan fáciles

de conocer de manera actual por el sujeto), es decir, son racionales en su totalidad; la UNIVERSALIDAD, pues se dirigen a todos los sujetos de todos los tiempos, ya que devienen de las exigencias de la naturaleza humana, que no cambia, aunque las conclusiones para el caso concreto se adecúan al mismo; la INMUTABILIDAD, permaneciendo siempre la misma, debido a la constancia de la naturaleza humana (entendido el término naturaleza como "la misma esencia, en cuanto principio operativo, esto es, del obrar del sujeto"), y por último, la INDELEBILIDAD: los primeros principios son indelebiles, pero los preceptos que son conclusiones pueden borrarse de la conciencia humana por los malos hábitos, que impiden la recta comprensión, facilitan el error y la emisión de juicios incorrectos.

Siendo la ley natural participación de la ley eterna, y derivando toda ley humana verdadera de la ley eterna, es claro que para Tomás de Aquino toda ley humana, para ser verdadera ley, deberá derivarse de la ley natural.

**LEY DIVINO-POSITIVA:** Es la emanada del mismo Dios, por revelación. Sus preceptos son también contenidos por la ley natural. El hecho de la revelación es una positivación para mayor cognoscibilidad de los mismos por parte de los hombres, pues se trata de una ley promulgada en el tiempo.

**LEY HUMANA:** Santo Tomás define el término LEY como "la ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad" (es decir, un sujeto competente para hacerlo). Las leyes humanas versan sobre diversos aspectos, y en muchos casos determinan los modos o precisan los alcances de preceptos de mayor rango en la jerarquía de las leyes, por lo cual se encuentra subordinada a ellos.

En cuanto a esa relación Ley Natural – ley humana, se recalca que toda ley humana, para ser verdadera ley, debe derivar de la ley natural (ya sea por conclusión –a través de un silogismo– o por derivación –cuando escoge alguna opción entre varias, igualmente viables y válidas, como por ejemplo la elección de una forma de gobierno, o de una pena concreta para un delito–) y nunca debe oponerse a ella. Lo contrario sería una *aberratio legis*, una aberración de ley. Así, debe reunir dos requisitos: que el poder sea legítimo, y que el contenido de la ley sea justo.

Determina Santo Tomás que el derecho natural es el conjunto de las cosas que deben ser dadas a quien tiene un título sobre ellas según lo determinado por la naturaleza de las cosas. El *ius naturale* es lo justo natural, entendiendo por tal aquella cosa justa, cuya igualdad proporcional (justicia) no proviene de la convención humana sino de la naturaleza misma de las cosas. Obsérvese el siguiente párrafo:

«El derecho o lo justo es una obra adecuada a otra según cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada al hombre de dos maneras. Primera, atendida la naturaleza misma de las cosas: por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto, y eso es derecho natural. Segunda, por convención o mutuo acuerdo, ya sea privado o público, y ese es derecho positivo».

#### **D. TERCER PERIODO: DERECHO NATURAL RACIONALISTA**

A principios del siglo XVII se desplaza el centro cultural de Europa, desde el sur (España e Italia) al centro y oeste (Alemania, Francia, Inglaterra), y comienza a tomar auge el llamado pensamiento moderno, que supuso un profundo cambio en la cultura europea. La teoría del dere-

cho natural sufre entonces cambios importantes, creando una nueva corriente denominada Escuela moderna del derecho natural o más genéricamente iusnaturalismo moderno.

El nervio central del iusnaturalismo moderno está formado por aquellos autores que expusieron sistemas de derecho natural o tratados específicos de derecho natural. Destacan Pufendorf, Thomasio y Wolff. Junto a ellos, tuvieron tanta o mayor importancia un conjunto de pensadores que trataron específicamente de la noción de derecho natural, como Hobbes y Spinoza, o bien, utilizaron el derecho natural como una de las bases de su pensamiento: Leibniz, Locke y Rousseau.

### **Algunos rasgos característicos del derecho natural moderno.**

Uno de sus rasgos característicos es la importancia y extensión alcanzada por el tratamiento del derecho natural, lo que dio lugar a la creación de cátedras universitarias dedicadas a ella, como disciplina autónoma.

Durante la Edad Media los principios supremos del pensamiento y del régimen de la sociedad se tomaron directamente de la religión cristiana, de la teología. Más que una asunción formal y jurídica de esos principios, lo que hubo fue una vivencia y una cultura, una mentalidad que se plasmó en una vida. Dicho de otro modo: era una realidad pre-jurídica que informó el derecho. Lo sobrenatural permeaba lo natural, y de ahí que el pensamiento filosófico apareciese unido, sin solución de continuidad, al pensamiento teológico. Y los juristas defendieron la autonomía científica de la ciencia jurídica, pero no negaron la explicación última de la teología.

Frente a esa mentalidad, característica de la concepción moderna del derecho natural fue su ruptura de esa visión de la sociedad, y la sustitución de la teología por el derecho natural como ciencia de los principios supremos de la convivencia social: la ley básica de esa convivencia.

Muchas pueden ser las causas de este fenómeno; entre ellas cabe citar la experiencia de las guerras religiosas, la influencia del protestantismo, la influencia del laicismo y del racionalismo que, basado en la exaltación de las fuerzas naturales de la razón, y en la aceptación de una estructura racional necesaria del universo, propendía a la búsqueda de las leyes racionales de la conducta humana, que no podían ser otras –según su modo de pensar– que las leyes de la naturaleza, es decir, el derecho natural.

Los tratados de derecho natural nacidos al amparo de esta corriente (Pufendorf, por ejemplo) tienen como característica el ser poco jurídicos, pues tratan a veces de los deberes para con uno mismo, lo cual es campo de la moral e impropio del derecho. Son tratados de moral social.

Otro hecho importante es que, tomado el derecho natural como instrumento para la transformación de las estructuras básicas de la sociedad, fue constantemente utilizado para postular cambios políticos y sociales de gran importancia. Las leyes naturales y el derecho natural –cada autor dará unas nociones muy distintas de estas, de acuerdo a su pensamiento– fueron invocados para defender el absolutismo, el constitucionalismo, el liberalismo, y el socialismo. Así, la ciencia del derecho natural comenzó a cambiarse en filosofía política y social.

## ***TENDENCIAS EN ESTA CONCEPCIÓN DEL DERECHO NATURAL.***

Algunos autores identifican dos tendencias:

a) La primera entendió el derecho natural como la natural libertad o ausencia de vínculos, y consecuentemente, la esfera de poder que tiene el hombre en virtud de su naturaleza. Ius se opone a ley. El ius naturale no era ley sino ausencia de ley, y se poseía en estado natural, pasándose al estado social a través de un pacto social, en el cual la razón dicta las reglas básicas del estado civil (ley de la razón).

b) La segunda entendió el derecho natural como recta ratio, el dictamen de la recta razón humana, que señala la norma adecuada al hombre conforme sus tendencias, fines y bienes.

Más importante que lo anterior, es posible identificar los siguientes tres períodos:

**PRIMER PERIODO:** Grocio, Hobbes, Spinoza y Pufendorf. El Derecho natural queda entregado solamente a la prudencia y moderación del gobernante.

**SEGUNDO PERIODO:** Locke y Montesquieu. Para ellos, el Derecho Natural precisa una mayor protección y se la otorgan a través de la separación de los poderes del Estado.

**TERCER PERIODO:** Rousseau. Creencia en la soberanía popular y en la democracia. La protección al derecho natural sólo puede concederla la voluntad general del pueblo.

## ***ALGUNAS OPINIONES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO NATURAL EN ESTOS PERIODOS***

a) Se conceptualizan dos órdenes o sistemas de normas jurídicas que confluyen en la sociedad: el derecho natural, por una parte, y por otra el derecho positivo, como sistema totalmente diverso (antes, las relaciones sociales se entendían reguladas por un sistema único, parte natural y parte positivo).

Así, paradójicamente, esta concepción del iusnaturalismo llevaba en sí el germen de una concepción positivista del derecho: al escindir el orden jurídico en dos, el derecho emanado del Estado se debía entender como mero derecho positivo, puesto que el sistema de normas naturales es otro orden jurídico, separado del derecho positivo, propio no de juristas, sino de tratadistas o filósofos del derecho: un ideal de derecho. De ahí a negarle totalmente su carácter jurídico, quedándose únicamente con el derecho positivo, separado de todo elemento "metajurídico", es sólo un paso. Es el paso que da el positivismo jurídico.

b) El derecho natural es rígido y ahistórico, separado en su totalidad del marco histórico y las circunstancias.

c) La distinción entre "Estado natural" y "Estado civil", posterior a éste. Cada autor lo describió a su modo – hay quien los entendió como hipotéticos; para unos el estado natural fue un estado de paz, para otros de guerra– pero la idea fundamental es la de que el hombre, en estado natural, no fue un ser que vivió en sociedad. El hombre no será un ser SOCIAL, sino SOCIABLE.

d) El Pacto o contrato social: el origen de la sociedad y del poder no se atribuye a la naturaleza, sino al consentimiento de los hombres, a un pacto entre ellos. Este

pacto –dentro de las varias formas de entenderlo– comprendería dos fases:

1) el pacto de unión (pacto o contrato de formar la sociedad); y

2) el pacto de sujeción, por el que los individuos se someterían a una autoridad, dándose así una organización política.

A su vez, el pacto de sujeción fue entendido de dos modos diversos: a) como una sumisión incondicionada e irreversible a una autoridad absoluta (Hobbes, Spinoza), y b) como un acuerdo entre los súbditos y los gobernantes, por el cual los primeros otorgan a los segundos unos poderes limitados, conservando un núcleo de derechos naturales inalienables (Rosseau).

e) El punto de partida de todas estas corrientes fue un concepto de naturaleza no en sentido metafísico (como Aristóteles o la Escolástica) sino en sentido empírico, sensible, experimental.

f) Por último, la autonomía del derecho natural respecto a la teología, separando totalmente –especialmente a partir de Thomasio– moral y derecho, y reduciendo la moral a un ámbito de normatividad que atañe a lo íntimo del hombre.

## **EL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL POSITIVISMO DE XAVIER ZUBIRI**

**por Antonio Salamanca Serrano\***

### **INTRODUCCIÓN**

El objetivo del presente trabajo es poner en diálogo los pensamientos del positivismo jurídico y de Xavier Zubiri desde el común punto de partida del deseo de certeza y el atenuamiento a los hechos en la tarea intelectual.

Los presupuestos en los que se asienta el positivismo jurídico siguen siendo influyentes, aun cuando sus límites también resultan más claros hoy día. El positivismo jurídico desde la afirmación de la separación entre el "ser" y el "deber ser" niega la posibilidad de metafísica, el acceso a los valores en el campo jurídico, la vinculación de la moral al Derecho, la vinculación de la justicia al Derecho. Éste lo entiende como conjunto formal de normas. Desde un asiento filosófico en el empirismo inglés y el formalismo kantiano mantiene la primacía de la Teoría del conocimiento en el acceso a la realidad, un escepticismo cognitivo y un relativismo axiológico.

---

\* Profesor-Tutor de Derecho de la UNED [1]  
Xavier Zubiri Review, Volume 2, 1999, pp. 27-53  
*London, England.*

Por lo que respecta a Zubiri, no existe un tratamiento del Derecho como tal en su obra, pero eso no significa que no existan implicaciones para el Derecho en la misma, sino todo lo contrario. La obra de Zubiri es una extensa y fecunda dedicación a replantearse los problemas últimos desde un análisis radical de la realidad. Sus planteamientos le convierten en el interlocutor ideal del positivismo jurídico. Afirmando el ateniimiento a los hechos y su admiración por Comte, Zubiri habla de metafísica, de la moralidad de la realidad, de la posibilidad de acceso a lo real, de la conjunta actividad de la teoría del conocimiento y análisis de la realidad en la pretensión de verdad, de la superación del relativismo axiológico, de una teleología, de la superación de la falacia naturalista.

Para conseguir el objetivo propuesto en este estudio, los dos primeros apartados caracterizan al positivismo jurídico y al "re-pensamiento" zubiriano del conjunto de la filosofía. El tercero se centra en el alcance de lo que significa atenerse a los "hechos", campo común de ambos pensamientos. Sin embargo, pronto se apreciarán las radicales diferencias y el alcance de las mismas. Desde el apartado cuarto al sexto, el análisis se detiene en tres ámbitos que condicionan el mundo jurídico: la realidad del hombre, la Justicia y el Derecho según los entiende en el positivismo jurídico. En cada uno de estos momentos, el diálogo se entabla entre Zubiri por un lado, y por el otro las concepciones de cuatro de los representantes del positivismo jurídico como son Bentham, Austin, Kelsen O Hart.

## **1. EL POSITIVISMO JURÍDICO**

La actitud negadora de todo objetivismo jurídico se ha venido manifestando en la historia desde el escepticismo griego. Pero será en el siglo XIX cuando se manifieste

de forma más generalizada como hábito mental, como nueva forma intelectual más que como una escuela. Actitud inspirada en el empirismo inglés que a través de Hume marcó la obra de Kant. Con Augusto Comte se crea una nueva teoría de la ciencia, una nueva religiosidad e incluso se pone en marcha la pretensión reformadora de la sociedad. Una tarea que será acometida en un ambiente de auge de las ciencias de la naturaleza, con la exaltación de lo empírico y de la causalidad física. Esta mentalidad resurgirá con pujanza en el siglo XX con el neopositivismo del *Círculo de Viena* (Schlick, Carnap, Neurath, Feigl, Kraft, Hahn) que influirá en la *Escuela de Berlín* y en autores polacos como Tarski, Lukasiewicz.[2]

Esta perspectiva positiva afectará al campo jurídico. Una construcción científica de lo jurídico será la tarea emprendida por A. Merkel con su *Teoría general del Derecho*. Merkel, por la abstracción de lo común en las distintas ramas del Derecho, pretende construir una parte general que contenga las afirmaciones básicas de lo jurídico así como los criterios inspiradores de todo ordenamiento. Otra orientación será la seguida por la *Escuela de jurisprudencia analítica* fundada por Austin en Inglaterra. Ella generalizará el método comparativo a todos los ordenamientos jurídicos de las sociedades más avanzadas con el objeto de construir la ciencia jurídica sobre la base de los conceptos jurídicos. Su análisis se centrará en el mandato, la responsabilidad, la norma, la sanción, el derecho subjetivo. Un paso más en la ambición de generalizar, en el espacio y en el tiempo, los principios generales del derecho encontrados en un análisis comparado pero en perspectiva histórica es la pretensión de la *Escuela de derecho comparado* de Bachofen o Maine, así como la *Etnografía jurídica* de Post. También junto a la historia se pondrá el acento en la sociedad, será la *Sociología jurídica* con Erlich, creada en la primera década del siglo XX, la que mantendrá que el

derecho no procede del Estado ni de los Tribunales sino de la sociedad; que es la sociedad quien crea las instituciones antes que las normas, las cuales nacen precisamente para dar regulación a aquellas.[3]

La expresión "positivismo jurídico" aparece a finales del siglo XIX. Comienza a prevalecer el significado de "positum", es decir, de ocuparse del Derecho establecido por una autoridad soberana; el Derecho visto en su condición formal creado por una autoridad. Este planteamiento parece distante del positivismo filosófico que necesita el dato histórico, aunque para una función abstracta y generalizadora. En cambio, el positivismo jurídico prescinde muchas veces de la historia y envuelto en un formalismo se muestra con carácter ahistórico. De esta manera, pretenderá elaborar un sistema racional semejante al de las ciencias de la naturaleza, una teoría formal de las normas en la línea de Kelsen y Hart en el siglo XX.[4]

Al buscar una caracterización del positivismo jurídico nos topamos con el hecho de la diversidad y pluralidad de sus manifestaciones. Más que una escuela en sentido estricto, es un punto de llegada en el rechazo a la metafísica; el rechazo al papel de los valores en el mundo jurídico; la afirmación del origen estatal o social del Derecho; la afirmación de la separación entre el "ser" y el "deber ser" gracias a Hume; la pretensión de hacer del Derecho una ciencia (pero la ciencia de los defensores del positivismo jurídico es ciencia de las normas establecidas por el legislador, o en todo caso, sistemas de conceptos abstraídos de datos arbitrarios antes que necesarios); la relegación de la filosofía a la tarea de la filosofía de la ciencia; la concepción del Derecho positivo como un medio eficaz para asegurar el orden social, puesto que el derecho natural o racional lleva a la disolución del orden jurídico y a la anarquía.[5]

## 2. EL POSITIVISMO DE XAVIER ZUBIRI

Zubiri es un buscador de la verdad[6] que se aleja de aquellos que entienden la filosofía como un mercado de opiniones o combinación ecléctica de las mismas y que no llevan a ninguna parte o al escepticismo a los más lúcidos.[7] La filosofía, sin embargo, es un proceso perenne, histórico y colectivo de permanente radicalización en busca de resultados verdaderos. Ésta es la auténtica *philosophia perennis*. [8] Filosofía que como "filosofía primera" reflexiona sobre el punto de partida y se enfrenta con la universalidad que siempre se encuentra social e históricamente situada. [9] En su búsqueda intelectual, Zubiri evoluciona desde la escolástica a la fenomenología de Husserl buscando el marco conceptual para poder elaborar una *filosofia perennis* superadora del realismo ingenuo y del realismo crítico. Zubiri aspira a una filosofía radical que proporcione una orientación de la praxis humana en el mundo, fundamentadora de todos los saberes y todas las ciencias. [10] Se plantea superar las reductivas interpretaciones del hombre y en su intento pasa por tres momentos (después de la escolástica): fenomenológico, ontológico y metafísico. La "inspiración común" de las dos primeras etapas es presentada por Zubiri como una meditación y prolongación, respectivamente, de las filosofías de Husserl y de Heidegger, no sin reservas y matices de importancia en ambos casos. La tercera y definitiva etapa es presentada a partir del núcleo de su filosofía original, enlazada sistemáticamente con las "reservas expresadas" en las etapas anteriores. [11] En ella tiene lugar el despliegue sistemático de la madurez de Zubiri como filósofo. Ésta se inicia, según testimonio expreso de Zubiri, en 1944 y dura hasta su muerte. La inspiración básica puede formularse de modo sencillo diciendo que las cosas no son originariamente ni objetividad ni entidades, son algo mucho más modesto y también más rico: son realidad. [12]

El hilo conductor de su actividad intelectual es la pregunta: ¿qué son las cosas?, es decir, la investigación de realidad. Un esfuerzo intelectual que se centrará en superar por una parte la supeditación del sujeto al objeto como hace Aristóteles, o el objeto al sujeto como hace Kant o Fichte. La superación la encuentra en la reflexión del sentir, en un sensismo "hiper-realista", como manifestación de la realidad. La realidad es entonces distinta *dentro* del sentir que *allende* el sentir. Ésta última es la "realidad verdadera". En el sentir hay verdad real pero no está la realidad verdadera de las cosas, sino que la realidad de éstas se hace presente de un modo "sui generis". Los sentidos son antes que nada impresión. Supera Zubiri, de esta forma, la dicotomía entre el realismo y el idealismo. Esta impresión nos hace patente la realidad, pero de momento. Las cosas no son forzosamente reales. Sin la impresión no habría ni cosa ni fantasma, sólo con ella no sabemos si lo que hay es cosa o fantasma. Sólo es lo uno o lo otro en nuestro sentir, y por tanto, la cosa lo es sólo de momento. Y así, en la realidad de la verdad, que es el sentir, tenemos la realidad de la verdad pero no la realidad verdadera. El paso a la realidad verdadera se hace desde y en el sentir. *Es posible*, pues, penetrar en el ser de las cosas, una ontología que ha de partir necesariamente de la búsqueda de lo real y verdadero de estos infalibles y elementales sentires para, ateniéndose a su infalible verdad, tener la realidad verdadera de las cosas. Zubiri se mueve en una filosofía que no es de la subjetividad, ni de la conciencia intencional, ni del ser, ni de la existencia como modo de ser del hombre, ni de totalidad clausurada, cósmica o lógica, ni de la alteridad humana únicamente. Es una filosofía que es de la realidad actualizada en acto, de la alteridad irreductible e insuperable de la formalidad de realidad, de la alteridad toda: cósmica y humana, de la realidad aprehendida en la *acción primigenia de realidad*. Es una filosofía que pretende ser primera y de

la praxis de *la acción radical humana*.<sup>[13]</sup> A esta altura, ni idealismo ni conciencismo resultan suficientes. El adversario se va a denominar inteligencia concipiente, término forjado en clara contraposición semántica a inteligencia sentiente; esa desviación cristaliza, según la repetida y precisa expresión zubiriana, en una "logificación de la inteligencia" y una consecuente "entificación de la realidad". Realmente, con Zubiri se opera una destrucción de la historia de la ontología más radical que la de Heidegger y desde supuestos distintos.<sup>[14]</sup>

### 3. DIÁLOGO SOBRE LOS HECHOS

Para el positivismo jurídico el Derecho debe atenerse a los hechos. Los hechos son la materia para una ciencia jurídica. Hechos como datos desprovistos de carácter axiológico. El normativismo en Kelsen va más allá. Si el Derecho quiere ser ciencia, los hechos de los que ha de ocuparse no son hechos de la naturaleza sino el hecho de la norma. La pureza de la teoría del Derecho viene precisamente por esta total independencia de la naturaleza. Sin embargo, "hecho",<sup>[15]</sup> en el análisis de Zubiri, no es hecho científico. El hecho científico es un hecho racional que va más allá de lo dado en la aprehensión. Por ello, en el campo científico no hay hechos puros; los llamados hechos científicos son construcciones racionales. Porque sólo hay hechos a nivel de aprehensión primordial y de logos, nunca de razón. En esta línea A. González<sup>[16]</sup> afirma que es analíticamente correcto, y no una caída en la teoría antropológica, el que Zubiri comience su estudio de la acción de aprehensión haciendo un análisis del sentir. Hecho, para Zubiri, es todo lo que desde sí mismo se actualiza en la intelección y que por su misma índole es observable por cualquiera.<sup>[17]</sup> Para Zubiri son hechos los actos,<sup>[18]</sup> la formalización,<sup>[19]</sup> la impresión de realidad,<sup>[20]</sup> la actuali-

dad,[21] y la conexión de las cosas reales.[22] Por otro lado no es un hecho: la conceptualización en facultades y potencias,[23] la tesis de Berkeley ni la comunicación de sustancias.[24] *La acción de realidad* como actualización de lo real en la unidad de sus tres momentos o actos es un hecho desde donde surge la filosofía como filosofía primera, como filosofía de la praxis de la acción de realidad; no como filosofía del sujeto ni como una teoría antropológica. De este modo, la filosofía no queda fundamentada en teorías antropológicas sino en la aprehensión de realidad.[25] El hecho es el estar dándome cuenta de algo que me está presente.[26] En la intelección, concretamente, me está presente algo de lo que yo estoy dándome cuenta. Es una captación de lo presente, una captación en la que me estoy dando cuenta de lo que está captado.[27] Para Zubiri, el hecho no es creación mía sino que es aprehensión primordial de algo de realidad que se me impone. Importancia del 'hecho' que es necesario destacar frente al dualismo clásico.[28] Evidentemente, el hombre no puede tener experiencia directa más que de un tipo de aprehensión, la humana. De todas las otras posibles aprehensiones, como son los animales, el hombre tiene noticias inferidas. En superación del idealismo transcendental de la filosofía moderna, la aportación de Zubiri es mostrar 'el hecho' de cómo lo real se manifiesta como no totalmente funcionalizado por esa aprehensión, sino que se afirma en y desde sí mismo como siendo 'de suyo'. De aquí la insistencia de Zubiri en contraponer frecuentemente análisis de hechos a los 'razonamientos conceptuales',[29] a la 'metafísica',[30] a la 'discusión dialéctica de conceptos',[31] a las 'conceptuaciones teóricas metafísicas o científicas',[32] a la 'teoría',[33] a las 'construcciones teóricas',[34] y a las 'elaboraciones conceptuales'.[35] La filosofía de Zubiri tiene un carácter positivista que pretende ser radical,[36] porque el positivismo lógico como corriente epistemológica no ha hecho un análisis

suficientemente radical de la intelección. Ha pasado por alto el análisis de la formalidad de la realidad fijándose únicamente en contenidos aprehendidos. Al mismo tiempo, no ha diferenciado entre logos y conocimiento racional pensando que el conocimiento es un conjunto de proposiciones lógicamente determinado.[37] Zubiri recoge y completa lo que piensa Comte sobre 'lo positivo' como lo constatable.[38] Son los hechos actualizados en la aprehensión primordial los que son término de 'análisis', son los hechos los que nos mantienen fuera del ámbito de la teoría y dentro de la aprehensión. Los hechos tienen un carácter de positividad, son lo que él llama un *positum*.

El *positum* es un carácter de lo real en la intelección sea cualquiera su forma de actualización.[39] *Positum* es estar 'sólo actualizado' en su presentarse. Es el carácter de positividad. El *positum* tiene tres momentos: el estar presente, el estar sólo presente, el estar sólo presente en y por su presentarse mismo.[40] *"Por el primer momento, el positum es algo aprehendido. Por su segundo momento, el positum se opone, si se le permite la expresión, a lo que puede ser interpretación, elaboración intelectual, por ejemplo a lo teórico, a lo especulativo, etc. Por su tercer momento, el positum es un simple observable en la intelección"*. [41] Esto no es ir tras lo presente a una cosa que se manifiesta en lo presente, sino tomar lo presente en y por sí mismo en su mero presentarse. Si el *positum* no es *jectum*, donde el estar presente es como el estar yacente, tampoco es sin más un hecho. *"Es la actualización de algo en su estar presente, en su carácter sólo presente, y en estarlo así en su presentarse mismo. No es un carácter de la realidad aprehendida ni como jectum, ni como hecho, ni como hecho científico"*. [42] El hecho es sólo un tipo de realidad 'puesta'; el hecho científico es a su vez sólo un tipo de hecho. Para que un hecho sea hecho científico, lo observable por cualquiera tiene que estar en cierto modo fijado. [43]

Para que sea un 'hecho' el positum tiene que ser por propia índole aprehensible por cualquiera. No bastará que muchos lo hayan aprehendido porque algo puede ser aprehendido por muchos y por su misma índole no ser aprehensible por cualquiera, y algo puede ser aprehendido por una sola persona y puede tratarse de algo que por su índole puede ser aprehendido por cualquiera. De manera que cuando ocurre que el positum es accesible a cualquiera tenemos el hecho positivo: *"no significa que haya varios que lo hayan observado. Aunque no haya habido más que uno que lo observara, este observable sería un hecho si lo observado tiene la índole de ser observable por cualquiera"*.<sup>[44]</sup> De modo que si no tiene dicha índole, lo observado es ciertamente algo real, es un positum, pero a pesar de ser real no es propiamente un hecho, como pueden ser algunos momentos de la intimidad personal.

La determinación del positum como hecho no es subjetivar al positum sino que es la apertura a cualquiera. No se constituye ni en la subjetividad ni ante la subjetividad, sino simplemente en la aprehensión. No son fenómenos en sentido kantiano porque la 'cosa en sí' kantiana no es la realidad 'allende la aprehensión' que puede ser alcanzada por la razón para Zubiri. En este sentido volvemos a recordar el carácter intramundano de la metafísica de Zubiri como simple consideración trascendental de los mismos contenidos que estudian las ciencias y no una construcción de realidades transcendentales a las mismas. La tarea es estudiar el mundo físico, no lo que está más allá del mundo físico, actualizado o no en la aprehensión.<sup>[45]</sup>

Que la determinación de qué cosas son aprehendidas por cualquiera sea tarea del logos no es obstáculo para que estas cosas estén, enteramente aprehendidas en la aprehensión primordial y no por el logos, lugar del "análisis". Éste es la intelección de unas cosas reales desde otras

en el campo de la realidad y sin salirse de él. Por ello las afirmaciones en el ámbito del logos que sobre el hecho hace Zubiri están caracterizadas por la 'evidencia' que es la exigencia con la que las cosas reales requieren la afirmación en ellas de determinadas ideas, excluyendo otras.[46] Las afirmaciones del logos no son simples combinaciones de ideas, sino un movimiento intelectual de realización que se mueve en una línea exigencial determinada por las cosas mismas actualizadas en aprehensión.[47] Pero la 'evidencia' del logos no es garantía frente al error. Sólo la 'verdad real' no admite error, y ésta es actualización de la cosa real en la aprehensión primordial de realidad. La verdad del logos es una verdad dual. Por eso existe el problema de la coincidencia entre la verdad real de la cosa y la intelección de la cosa desde otras cosas reales.[48] Pero en el logos la cuestión de la verdad se mueve dentro del mismo campo de la realidad, no se sale del campo de la aprehensión, es movimiento; no es marcha que se salga del campo de la aprehensión para decirnos lo que son las cosas allende el campo de realidad. El análisis no es algo ajeno a las conceptualizaciones ni garantía de verdades apodícticas.[49] Las verdades del logos en el análisis como las de la razón en las teorías están necesariamente sometidas al error. Ciertamente, el análisis de Zubiri respecto al hecho no pretende ser irrefutable sino movimiento en el campo de la realidad que en la marcha racional busca ser verificado.

#### **4. DIÁLOGO SOBRE EL HOMBRE**

El hombre no es visto de manera unitaria en el positivismo jurídico. Cada autor matiza su entendimiento del mismo. Para Bentham, el hombre es individuo que en su suma constituyen la sociedad.[50] Sociedad que es posible porque esos individuos deben obediencia a una persona o asamblea de ellas.[51] El fin del hombre es la mayor felici-

dad.[52] La búsqueda de la mayor cantidad posible de felicidad es el principio que gobierna el mundo moral así como las leyes descritas por Newton gobiernan el mundo físico.[53] El individuo no tiene derechos naturales salvo algunos como la libertad, igualdad y propiedad en orden a conseguir la seguridad y, en consecuencia, la mayor felicidad. Los individuos pueden ejercer su libertad dentro de los límites de protección contra el asesinato, la pérdida de libertad o desposesión. Estos límites permiten la seguridad y, por ella, la maximización de la felicidad.[54] Felicidad que es entendida como placer y ausencia de dolor. Estos últimos brotan de cuatro fuentes: la física, la política, la moral y la religiosa.[55] En Kelsen, el hombre es el sujeto de deber kantiano. Su *Teoría pura del derecho* en cuanto tal se puede pensar que es una Teoría del conocimiento jurídico-científico.[56] Su visión de lo que es el hombre se apoya en la teoría del conocimiento kantiana, en la construcción del mundo objetivo por la aplicación de ciertas categorías a priori por la mente del sujeto. El hombre está escindido entre el mundo del "ser" y del "deber ser".[57] En definitiva, es posible encontrar entre los autores del positivismo jurídico la común creencia de que el hombre sólo es capaz de conocer lo dado, escapándosele toda metafísica;[58] la idea de que el hombre está incapacitado para obtener guía moral en la naturaleza, la creencia en la escisión permanente entre el ser y el deber ser.

La antropología del positivismo en general y del positivismo jurídico en particular ha sido vigorosamente cuestionada por la crítica. Se les ha puntualizado desde las posiciones más variadas que la actividad filosófica y la científica con respecto al derecho no son dos compartimientos estancos para que se pueda prescindir de la filosofía como un elemento perturbador;[59] que la materia que se recoge en la norma como contenido tiene antes una existencia o una validez social o moral, al recibir la impronta

jurídica, no deja de ser moral porque el Derecho lo que realmente hace es convertir unas normas morales en jurídicas; que el derecho tiene un fin puesto que no es un mero ropaje de lo dado sino que formula y ordena en la dirección remota o próxima de la justicia como la felicidad del hombre.[60] Hombre, que como recuerda E. Bett, no es solipismo sino que es la realidad pensante que crece en un proceso de comunicación con otros sujetos.[61] Un despliegue de realidad en el lenguaje como medio universal en el que se realiza la comprensión misma.[62] Hombre, que es más que sujeto de obediencia u objeto de cálculo de placeres. Hombre que es ansia de verdad. Verdad para cuya garantía de adquisición, como recuerda Gadamer, no basta el uso del método científico o la mera aplicación de las normas sino que hace falta una disciplina del preguntar, el saber moral como modelo para solucionar los problemas inherentes a la hermeneútica.[63]

Para Zubiri, el hombre es *el animal de realidades*. Es más que ser político, o ser racional, sujeto de conocimiento o calculador hedonista. Es la realidad humana. Es un animal abierto a la realidad mundanal en la que él vive como *acción de realidad*. Éste es el "hecho" central. A continuación esbozamos algunas de las dificultades que encontró el positivismo jurídico junto con la mayor parte de la filosofía en su acceso al hecho de la realidad humana. Dificultades que brotan de un análisis erróneo, en la mayoría de los casos, según Zubiri, por insuficiente radicalidad en el mismo. Será desde la superación de dichos errores como se pueda tener acceso al entendimiento de lo que sea el animal de realidades.

Para Zubiri:

1) Es un error afirmar que la crítica del conocimiento es el fundamento de toda filosofía. La tesis de la crítica del conocimiento como asiento del filosofar es la

tesis que se ha generalizado en la filosofía moderna desde Descartes y Kant, donde el fundamento de la filosofía es la crítica, el discernimiento de lo que se puede saber.[64]

2) El realismo antiguo y el realismo crítico son errores. El primero porque afirma que lo percibido por los sentidos existe fuera del sujeto que percibe; es el antiguo realismo ingenuo que hoy la ciencia se ha encargado de desmentir. Y el segundo porque afirma que nuestras impresiones son subjetivas y quedan referidas a la realidad únicamente por un razonamiento causal, donde lo real sería la causa de ellas.[65] El realismo crítico es subjetivismo ingenuo.[66]

3) Es un error atender al inteligir y al sentir como dos facultades esencialmente distintas.[67] Este error ya viene desde la antigua filosofía griega, pasa por la Edad Media y perdura hoy. Zubiri llega a decir que estamos envueltos por una gran oleada sofista de discurso y propaganda.[68] Inteligir y sentir serían dos facultades contrapuestas y esencialmente distintas.[69] Sorprendentemente la filosofía no se ha hecho cuestión por lo que es formalmente inteligir y sentir. Se ha limitado a estudiar los diversos actos intelectivos y los diversos sentires. De modo que la oposición entre ellos es un injustificado presupuesto ya que no se dice en qué consiste cada uno previamente.[70] A lo sumo se afirma que los sentidos dan a la inteligencia las cosas reales sentidas para que la inteligencia las conceptúe y juzgue de ellas. Pero no se dice qué sea formalmente sentir, ni sobre todo, qué sea formalmente inteligir.[71]

4) Pero es que, además, la filosofía clásica ha confundido el sentir con el puro sentir. El conceptuar el sentir como 'sólo' sentir, como algo impresionante en formalidad de estimulidad ha sido un error.[72]

5) Es un error afirmar la dualidad de dos actos: el acto del sentir y el acto de inteligir. La filosofía que ha confundido el sentir con el puro sentir desde Parménides, Platón, y Aristóteles se ha movido en el dualismo de conceptualizar la cosa como algo 'sentido' y a la vez como algo que 'es'. Por ello se ha mantenido la dualidad de dos actos: el acto de sentir y el acto de inteligir.[73] Y de esta dualidad se deriva otro error al afirmar que la inteligencia es sensible o concipiente. En el pensar de la filosofía clásica, como hemos dicho, hay dos actos en el proceso del conocimiento, el acto del sentir y el de inteligir. Por el primero los sentidos dan 'a' la inteligencia. Por el segundo, con esa información la inteligencia va 'a' inteligir. Esto significa que la inteligencia tiene como objeto adecuado y primario lo que los sentidos presentan 'a' ella, esto es, la inteligencia sensible.[74] Y si la inteligencia, en razón de su objeto es sensible, por razón de su acto será concipiente. Inteligencia concipiente es entonces aquella cuyo objeto primario es lo sensible dado por los sentidos 'a' la inteligencia que concibe y juzga lo dado a ella, identificando intelección y logos predicativo. Es lo que Zubiri llama logificación de la inteligencia.[75] Asignándole entonces a los conceptos la función primaria y radical resulta que la inteligencia hace conceptos.[76] Tenemos, de este modo, el intelectualismo como error propio de la inteligencia concipiente.

6) Es un error afirmar que sentir e inteligir son modos de conciencia. Del mismo modo que es un error afirmar la dualidad de dos actos: sentir e inteligir, también es falso mantener que *sentir e inteligir son modos de conciencia*. [77] Zubiri advierte que desde Descartes y culminando en la filosofía de Husserl hay un deslizamiento dentro del acto [78] de la intelección al afirmar que el sentir y el inteligir son distintas maneras de darse cuenta de las cosas. [79]

7) También es falso afirmar que la inteligencia sintetice el sentir. Su falsedad viene porque no responde a los hechos. Es falso que los sentidos constituyan una diversidad primaria sintetizada por la inteligencia.[80]

8) La intelección como comunicación de sustancias, posicionalidad, presencia intencional o desvelación, es nuevamente otro error. Una idea que desde la antigua filosofía se extiende hasta Kant; contempla la inteligencia como una *tabula rasa* en la que no hay nada escrito y lo escrito por las cosas sería la intelección. Siempre como filosofía del acto y la actuidad, de las cosas que produce una actuación sobre la inteligencia.[81] Por su parte la filosofía moderna se ha centrado en el acto mismo de intelección pensando que la intelección es formalmente conocimiento. Lo esencial de este acto para Kant sería posicionalidad, es decir, que lo inteligido, para serlo necesita estar propuesto a la inteligencia. O bien, puede ser presencia intencional en el caso de Husserl, o desvelación en el caso de Heidegger.[82]

9) Es un error escindir los tres momentos de la impresión. Si los errores detectados por Zubiri y que quedan aquí mencionados, tienen ya hondas repercusiones, no le queda a la zaga el haber escindido en la historia del pensamiento los tres momentos de la impresión: afección, alteridad y fuerza de imposición. La filosofía antigua y moderna se han centrado en la afección olvidándose casi totalmente de la alteridad y de la fuerza de imposición.[83] Además, también es un error afirmar que la aprehensión humana se agota en la intelección,[84] o afirmar que son tres acciones: intelección sentiente, sentimiento afectante y voluntad tendente.

10) Igualmente equivocado es mantener que la trascendentalidad es comunidad de ser o comunidad objetiva. En la concepción greco-medieval como en la kantiana

la trascendentalidad es un momento radical y formalmente conceptivo, es coincidencia en la comunidad de ser u objeto.[85] En este sentido es un error afirmar lo trascendental metafísico, como comunidad universal de lo concebido.[86] La separación en Platón de la Idea de las cosas sensibles perviven en Aristóteles, en quien el dualismo sentir e inteligir le lleva a un dualismo metafísico en su teoría de la sustancia. Lo 'meta-físico' pervive como lo 'ultra-físico'. En los medievales lo transfísico significa siempre allende lo físico. El mismo Kant se moverá en este dualismo. En él lo sensible y lo inteligido se unen en un solo objeto sensible-inteligible que es el fenómeno y lo que está allende el fenómeno es lo ultra-físico.[87]

11) Es un error pensar que las percepciones sensibles no puedan dar visión de la causalidad real. El problema de la causalidad es un problema del intelecto humano para Kant que acepta la crítica integral de Hume.[88] De modo que las percepciones a lo sumo lo que nos pueden dar es hábito o costumbre pero nunca causalidad.[89] Siguiendo estos planteamientos se llega a la conclusión de que "de lo que es no se puede obtener el deber". Afirmar lo contrario sería caer en la falacia naturalista.

Al hombre como animal de realidades,[90] Zubiri llega subsanando previamente los errores que se han ido acumulando a lo largo de la historia en la filosofía porque en las investigaciones filosóficas se da el progreso, el avance o retroceso hacia la verdad; progreso como continua radicalización.[91] La filosofía de Xavier Zubiri se caracteriza, precisamente, por ser una revisión crítica de muchos de los conceptos fundamentales de la filosofía antigua como moderna. Errores que condicionan el proceso reflexivo. En este sentido A. González[92] constata, en el ámbito de la filosofía social, las dificultades que las distintas teorías sociales tienen para pensar los vínculos mundia-

les, y observa que estas dificultades están unidas a ciertos conceptos filosóficos capitales. En Zubiri para entender el "hecho" de la *acción de la realidad* del animal de realidades conviene tener presente que:

1) El saber y la realidad[93] son, en su misma raíz, estrictamente congéneres. Es cierto que la investigación sobre la realidad necesita la conceptualización de qué es saber; pero la necesidad no es anterioridad. Porque de igual modo la investigación sobre lo que sea saber no se puede llevar a cabo sin una conceptualización de lo que sea realidad, es imposible la prioridad intrínseca del saber sobre la realidad ni de la realidad sobre el saber. Así, la presunta anterioridad crítica del saber sobre la realidad, sobre lo sabido, es un timorato titubeo en el arranque mismo del filosofar. El conocimiento es un modo de intelección, de manera que *toda epistemología presupone una investigación de lo que formal y estructuralmente es la inteligencia.*[94]

2) Por otro lado, frente al realismo ingenuo y al realismo crítico, Zubiri afirma el *reísmo.*[95] Así como el sujeto es imprescindible para conocer la realidad, del mismo modo es imprescindible la realidad. Y si la realidad no es actualizada sin el sujeto, éste tampoco crea la realidad. En lugar de subjetivismo o realismo lo propio sería hablar de 'reísmo'. Reísmo como formalidad del *de suyo*. Así, ser impresiones nuestras no significa no ser reales, sino ser realidad impresivamente presente.[96]

3) Hay que atender básicamente a los actos del sentir y del inteligir en tanto que actos.[97] Es al modo de sentir e inteligir y no a las facultades a lo que hay que atender básicamente.[98] En la atención a los actos nos encontramos con que el sentir y el inteligir constituyen en su intrínseca y formal unidad un solo y único acto de aprehensión. Sustantivar el 'darse cuenta' como conciencia, haciendo de la intelección un acto de conciencia presupone

niendo que la conciencia es algo que ejecuta actos, es afirmar algo que no es un *hecho*, sino una ingente teoría.[99] Pues bien, ni la conciencia tiene sustantividad alguna que le permita ejecutar actos, ni la intelección es *el darse cuenta*. Lo primero porque lo que tenemos como hecho no es la conciencia o el 'darse cuenta', sino diversos actos conscientes. Lo segundo porque no es el 'darse cuenta' lo que constituye la intelección. La cosa no está presente porque me doy cuenta, sino que me doy cuenta porque está ya presente. La filosofía moderna dentro del acto de intelección ha prescindido sobre el estar presente y ha atendido tan sólo al *darse cuenta*. Darse cuenta, que no es por sí mismo un acto sino un momento del acto de intelección.[100] Hay por tanto que mantener la unidad intrínseca del inteligir y el sentir. Y esta unidad consiste en el *estar*. 'Estar' que es un carácter físico y no solamente intencional de la intelección. La intelección como acto es un físico estar. Y a esta unión del acto es a lo que se le llama *aprehensión*. Es un acto presentante y consciente. *Estar* es justo la esencia misma unitaria y física de la *aprehensión*. De modo que inteligir algo es *aprehender* intelectivamente este algo. Y la *aprehensión* no es una teoría sino *un hecho*. El hecho de que me estoy dando cuenta de algo que me está presente.[101]

4) El sentir tiene dos modos: el puro sentir y el sentir intelectual. En el puro sentir se *aprehende* algo en formalidad de estimulidad, en el sentir intelectual se *aprehende* algo en formalidad de realidad. Por ello es posible superar la confusión de la filosofía clásica que opuso inteligir y sentir. Así en la impresión de realidad en cuanto impresión hay sentir y en cuanto que es de realidad es inteligir. Son dos momentos del mismo acto, la impresión una y única de realidad. Es la superación radical y esencial del dualismo.[102]

5) Desde lo dicho arriba, se puede afirmar la *Inteligencia sentiente* frente a inteligencia sensible y concipiente. En la inteligencia sentiente los sentidos sienten lo sentido 'en' la inteligencia. Esto significa que lo sensible es inteligido como realidad. En la inteligencia sentiente la intelección no es intelección 'de' lo sensible sino que es intelección 'en' el sentir mismo.[103] Por otra parte, la inteligencia sentiente a diferencia de la concipiente entiende la concepción como una función intelectual inexorable pero no primaria. Conceptuar es un despliegue intelectual de algo anterior, la impresión de realidad. Así, los conceptos deben ser primariamente adecuados a los modos de sentir intelectivamente lo real dado 'en' la inteligencia. Deben ser conceptos de inteligencia sentiente y no de inteligencia concipiente.[104]

6) La unidad de los sentires, pues, no es síntesis sino unidad primaria; es física unidad de ser aprehensores de realidad. Por ello lo que llamamos sentires son para Zubiri 'analizadores' de la aprehensión de realidad. La unidad de los sentidos está constituida por el mero hecho de ser sentires 'de realidad', por ser modos de aprehensión 'de' realidad. Así la inteligencia sentiente es la estructuración de la diversidad de sentires en la unidad intelectual de la realidad.[105]

7) La esencia formal de la intelección sentiente es la mera actualidad. La intelección no es formalmente ni posición, ni intención, ni desvelación porque en cualesquiera de estas formas lo inteligido 'está presente' en la intelección. Posición, intención y desvelación son en todo caso maneras de estar presente. Este 'estar' no es término de un acto intelectual sino que es un momento propio de la cosa misma; es ella la que está. Estar presente es formalmente un estar como mera actualidad[106] en la inteligencia sentiente.[107] Ahora cabe hablar de 'inteleccionismo' como

propio de la inteligencia sentiente. La inteligencia sentiente posibilita el aprehender lo sentido como real.[108]

8) La estructura de la impresión tiene tres momentos.[109] Es más que la mera afección del sentiente, es alteridad y fuerza de imposición. No se puede romper en la impresión la unidad de los tres momentos: afección, momento de alteridad y momento de imposición. Hay unidad intrínseca de los momentos de la impresión. La importancia de la impresión es esencial y en ella atender a la unidad de los tres momentos: afección, alteridad y fuerza de imposición.[110]

9) Lo trascendental es apertura respectiva[111] de la realidad a la suidad mundanal. Hay una estructura trascendental[112] en toda cosa real aprehendida en impresión de realidad como 'ex-tensión' física de la formalidad de realidad desde cada cosa real. La formalidad de realidad es apertura respectiva y por esto *reificante*. La apertura respectiva tiene dos momentos uno es *suificante* y el otro es *mundificante*. [113]

10) Por otro lado lo trascendental tiene carácter físico. De manera que el carácter trascendental no es un concepto de máxima universalidad ideal sino que es un momento físico de las cosas reales en cuanto sentidas en impresión de realidad. Lo físico no es al modo del contenido sino que es lo físico de la formalidad.[114] En inteligencia sentiente el momento de realidad y su trascendentalidad son estricta y formalmente físicos. En este sentido de 'física del trans' y sólo en ese sentido, la trascendentalidad de la impresión de realidad es un carácter formalmente metafísico[115]; es lo metafísico, no como intelección de lo trascendente, sino como aprehensión sentiente de la física trascendentalidad de lo real.[116]

11) La formalidad del 'de suyo' impresionantemente aprehendida en intelección sentiente, sentimiento afectante y voluntad tendente es más que la mera afección del sentiente. Porque no se puede romper en la impresión la unidad de los tres momentos: afección, momento de alteridad y momento de imposición.[117] Para Zubiri sólo la acción en la unidad de todos sus actos es un hecho, mientras que su disgregación en acciones distintas es una teoría.[118] [119] Si los actos que el análisis descubre en esa acción son llamados hechos[120] lo son en un sentido derivado puesto que los tres son momentos de la acción,[121] del hecho único de la acción de realidad. De este modo el hombre se convierte en el 'lugar geométrico de la realidad'. [122] Este es el punto de partida de toda filosofía primera que debe asentarse no en las estructuras últimas de la realidad sino en la realidad humana en su estrato más aprehensible que es la *acción de realidad*, un hecho total, integral (HD 128) anterior a toda antropología, metafísica o noología. [123]

12) La causalidad como funcionalidad de lo real se presenta en una percepción sensible. La filosofía moderna se encuentra en el callejón sin salida de la falacia naturalista. Parece que no se puede aspirar a encontrar el 'dato primario' de la ética que permitiese a la teoría ética una función semejante a la que en las teorías científicas cumplían los 'enunciados básicos', ser puntos terminales de verificación. [124] Una inadecuada concepción de las relaciones entre los juicios sobre lo que 'es' y los juicios sobre lo que 'debe ser' o sobre lo que yo deba resolverme a hacer, arroja a la filosofía moral contra los escollos insalvables de falacias. [125] Para Moore la falacia naturalista la cometen tanto las éticas naturalistas que identifican la bondad moral con otras cualidades naturales, como las éticas metafísicas que la identifican con propiedades no naturales pero del género diferente a las morales. También es frecuente entender por falacia naturalista aquella en que se incurre al pretender

deducir conclusiones prácticas normativas o valorativas a partir de premisas que contienen sólo información acerca de hechos. Desde Hume parece totalmente falaz pretender deducir de premisas conectadas con 'es' conclusiones conectadas con 'debe'.<sup>[126]</sup> Pero el mismo Hume podría haber caído en la falacia de la *ignoratio elenchi* al mantener de forma provocativamente tajante su convicción de que el uso de la razón en la moral se reduce a secundar eficazmente el deseo; la razón no es ni debe ser más que sierva de las pasiones. Cualquier otro uso, más que falaz, es propia y literalmente disparatado.<sup>[127]</sup> Sin embargo, hay en Hume una forma distorsionada de concebir las relaciones entre la naturaleza y la moralidad, punto en el que confluye la misma filosofía moral kantiana. El propósito de Zubiri es recomponer la unidad rota en la modernidad entre el hombre y el mundo por planteamientos falaces. Como dice G. Cutiérrez,<sup>[128]</sup> el propósito zubiriano de recuperar esa unidad puede hacerle merecedor del término de antimoderno, en el sentido de la moda, pero resulta que 'lo actual' no está necesariamente relacionado con lo temporáneo y efímero sino con lo real. Y es que la causalidad se da en una percepción intelectual, en una percepción en la que se percibe no solamente lo que es real sino que es real. Esto ocurre porque la causalidad es pura y simplemente la funcionalidad de lo real en tanto que real.<sup>[129]</sup> Es la forma del dinamismo procesal. Y conviene no confundir causalidad con causa. La causalidad jamás falta en una percepción sensible, pero jamás se da de una manera inmediata lo segundo.<sup>[130]</sup> En los planteamientos de causalidad en Hume y Kant, para el primero la causalidad jamás está dada sino la mera sucesión, de manera que todo intento de buscarla se mueve en el vacío. No queda más que el escepticismo. Para el segundo, la causalidad es tan solo nuestro modo de construir un objeto como término de juicios universales y necesarios. Causalidad es entonces algo produ-

cido por el entendimiento en el orden del conocer, es el idealismo trascendental. El planteamiento de ambos es falso porque reposa, según Zubiri, en dos ideas fundamentales: que el 'por qué' es causalidad, y que la causalidad no está dada en nuestras aprehensiones sentientes. Ambas ideas son falsas[131] porque la funcionalidad de lo real campal esta dada en el sentir intelectual. La 'sucesión' a la que apela Hume no es la sucesión de dos impresiones sino una impresión de realidad sucesiva. Por consiguiente la sucesión es ya un modo de funcionalidad. Por otro lado, en Hume, el sentir es mera aprehensión de cualidad pero esto es falso puesto que el sentir es 'también' aprehensión de realidad. Por ello no hay sentir 'e' inteligencia, sino tan solo inteligencia sentiente.[132] De modo que puede afirmarse que por percepción sensible podemos obtener, en funcionalidad de lo real, una realidad que es intrínsecamente deudora. Si se negaba antes que el deber está en el ser, ahora se puede afirmar que la *acción moral de realidad* del animal de realidades es deudora.

## 5. DIÁLOGO SOBRE LA JUSTICIA

Para J. Bentham el Derecho tiene como única regla de lo justo y de lo injusto a la mayor felicidad para el mayor número de personas.[133] La justicia es un personaje imaginario inventado y cuyos dictámenes son los de la utilidad.[134] El criterio de justicia ya no pertenece al mundo del derecho natural o al mundo de los valores subjetivos sino a un cálculo de ventajas, placeres y satisfacciones que vienen a sustituir a la Ética. De este modo, cuantificando niveles de placer y dolor adquirimos criterios valorativos de felicidad o bienestar social.[135] En la propuesta del Derecho de Kelsen queda fuera la búsqueda por el fin puesto que es un elemento metajurídico. Para él, los intentos del positivismo no habían desterrado totalmente la vin-

culación del Derecho a la justicia creada por el iusnaturalismo. Para cortar totalmente el vínculo, la norma como imperativo debe ser substituida por la norma como juicio hipotético.[136] La preocupación del positivismo es el derecho "real", lejos de planteamientos del "derecho justo" o del conocimiento socio-psicológico de las causas que generan las normas.[137] Kelsen sitúa la Teoría del Derecho en el "deber ser," sin contenido, que surge de un mandato positivo, de la voluntad de la comunidad. En una, aparente, huida hacia adelante se establece la voluntad como algo inamovible, inquestinable, injuiciable, incontrovertiblemente aceptado[138] que conducirá al formalismo más riguroso.[139] Desplazándose el punto de interés desde el "contenido" del decir al "acto de decir." [140]

Respecto de lo que sea ilícito, el caso particular de la justicia de la nueva situación, creada por un proceso revolucionario, no dependerá de la valoración moral del contenido sino de la validez de la eficacia de la nueva norma básica en una nueva situación de hecho.[141] En Kelsen lo ilícito no lo es porque lo sea por sí mismo o porque lo establezca un mandato, es ilícito porque le es unida a través de un nexo puramente lógico una sanción, elemento fundamental de la juricidad, que constituye en "primarias" las normas que enuncian sanción y en "secundarias" a las normas que prescribe o prohíbe a los sujetos un comportamiento.[142] Para Kelsen la existencia de una justicia absoluta es un "ideal irracional": determinar si algo es justo o injusto queda fuera del ámbito de la ciencia, pertenece al mundo de los valores, que es un mundo relativo. Sin embargo, parece que no se puede vivir o ser indiferente al mundo de esos valores relativos. Kelsen mismo a lo largo de su vida optó por un sistema de ellos, por un "relativo" orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Su justicia fue la de la libertad y la paz, la justicia de la democracia y la tolerancia.[143] Debido al

relativismo de los valores, la pretensión de enjuiciar el Derecho respecto a la justicia es una ilusión en el positivismo jurídico. La naturaleza carece de voluntad para establecer normas. Ella está determinada únicamente por leyes causales.[144] Esto no quiere decir que exista total oposición, sino un relativismo en el juicio moral acerca del Derecho. La razón principal es la creencia en que no hay una única moral sino una pluralidad de sistemas morales, y muchas veces contradictorios entre sí. La Teoría Pura del Derecho niega la tesis que mantiene que el Derecho por su naturaleza es moral, no sólo porque implica una moral absoluta sino porque legitima el orden estatal acríticamente constituido en esa comunidad al presuponer que el orden constituido es de suyo derecho.[145]La separación entre la justicia y el Derecho es matizada en Hart. Aunque es positivista y mantiene que no existe unión entre moral y derecho, sin embargo, él reconoce que la razón última para preferir las tesis positivistas es en ella misma una razón moral. Otra manifestación de su moderación encontramos respecto a su consideración de la obediencia a la norma. Limita el valor de una ley que establezca una obligación absoluta de obediencia y afirma la existencia de un "mínimo contenido de derecho natural" que permita la existencia de la sociedad como comunidad humana e impida convertirla en un club de suicidas.[146]

Desde planteamientos zubirianos la justicia ni es un cálculo de ventajas y placeres como el bienestar social, ni es una idea irracional, ni es un mínimo de contenido moral para la supervivencia de la comunidad humana. En Zubiri podemos encontrar elementos para entender la justicia como un momento de la "acción de realidad" del animal de realidades. La realidad, en su formalidad, se actualiza en el sentimiento afectante como *pulchrum*. En el atemperamiento afectante queda actualizada como estética; en el 'yo-tú' comunicante queda actualizada como amor; y

finalmente en la comunidad histórica queda actualizada como justicia. La justicia es de este modo la promoción de la *acción de realidad* en el 'nosotros histórico'. La justicia, por tanto, pertenece al ámbito del sentimiento afectante, es el dinamismo de la realidad en sentimiento afectante que desde la estética se actualiza como amor en el nosotros histórico.[147] La justicia es la promoción en la comunidad histórica de la belleza en el amor comunicante; es promoción del dinamismo de la verdad, del dinamismo de la libertad. Es promoción de la búsqueda desde la verdad real en la verdad como coincidencia hacia la verdad verdadera; es promoción desde la liberación en la 'libertad para' hacia la praxis de la realización humana.

La comunidad histórica significa que la actualización de la realidad como justicia ocurre en el ámbito del 'nosotros' mundanal histórico: hacia el pasado, en su presente y hacia su futuro. De manera que el dinamismo de promoción de realidad en el 'nosotros' fluye del pasado por el presente proyectándose como posibilidades posibilitantes hacia el futuro. De este modo la justicia brota de la moralidad de la *acción de realidad* en que últimamente consiste el animal de realidades. De la justicia, como positivación histórica de posibilidades de promoción de la realidad humana, surge el Derecho. Pero la justicia es más que el Derecho, es el momento del dinamismo del sentimiento afectante que viene desde la estética por el amor. Sentimiento afectante que junto a la intelección sentiente y la voluntad tendente forma la intrínseca unidad de la *acción de realidad* que se nos está mostrando como intrínsecamente moral. El contenido del Derecho en su legalidad no podrá dejar de ser moral y como moral se dirigirá a promover estructuras posibilitantes de plenificación de la realidad humana. De aquí brota su legitimidad y en la justicia tiene su juicio.

Por consiguiente, desde planteamientos zubirianos no podrá admitirse la primera de las afirmaciones respecto de la Justicia como cálculo de placeres y ventajas en orden al bienestar social. Esta afirmación es doblemente errónea. En primer lugar, porque el fin del bienestar social queda sin definir con respecto a la felicidad. En segundo lugar, porque el criterio de lo justo e injusto no es cuantificación de ventajas y placeres sino discernimiento sobre la efectiva realización de los miembros de la comunidad humana en sus posibilidades concretas. Respecto a la afirmación de Kelsen que entiende la justicia como un relativo ideal irracional, habría que decir que ciertamente es un ideal. Sin embargo, previamente a ser un ideal es un dinamismo real que se da en toda la comunidad humana y que, desde la aprehensión primordial de realidad, en el logos, marcha hacia la verdad verdadera por la razón. De manera que la justicia es una realidad, no sólo pero también, plenamente racional. Finalmente, respecto a Hart, la justicia no es un mínimo que pueda mantener la vida de la comunidad, sino que es el máximo al que aspira como plenitud dicha comunidad. Todo ello plenamente real, dinámico, vivo y moral.

## **6. DIÁLOGO SOBRE EL DERECHO**

Como hemos dicho al comienzo, no existe en Zubiri un tratado sobre el Derecho. Sin embargo, de su análisis de la aprehensión de realidad, podemos formular una definición aproximativa y útil. Derecho desde planteamientos zubirianos puede entenderse como *la autoexigencia coactiva de un ámbito de la moral por la comunidad histórica en orden a su realización*.

Esta definición puede acordar con la visión de Bentham del Derecho como el mandato del soberano,[148] siempre que se entienda a la comunidad por el auténtico

soberano. Más explícitamente, Bentham entiende el Derecho como "un conjunto de signos expresivos de una volición concebida o adoptada por el soberano de un Estado, referente a la conducta que debe ser observada en un determinado caso por una determinada persona o clase de personas, que en el caso en cuestión estén o se supongan que estén sometidas a su poder".[149] Asimismo, hay coincidencias al entender que la tarea interpretativa de la voluntad expresada mediante signos debe buscar el contenido volitivo de la misma siempre que ello no signifique discrecionalidad.[150] Respecto a la universalidad del Derecho, Bentham diferencia entre el Derecho que "debe ser", que es el mismo en cierta medida en todos los países, y el derecho positivo que es diferente de un país a otro. Con todo, mantiene que no es esto una aceptación del iusnaturalismo que para él es metafísica. En este punto el planteamiento zubiriano entiende que el derecho positivo es particular y concreto a cada pueblo, pero ello no es obstáculo a que lleve en su seno la universalidad del dinamismo de la realidad humana que es moral. Dicha moral es universal en su dinamismo estructural que se colorea en la particularidad de cada sistema legislativo.[151]

Con respecto al origen de los derechos y deberes, Bentham mantiene que donde no hay leyes ni gobierno no existen derechos y, por tanto, no se puede hablar de derechos anteriores al Estado, siguiendo la tesis de Hobbes que se convierte en línea precursora del positivismo jurídico.[152] Ello, desde la perspectiva zubiriana, parecería incorrecto porque el origen de los derechos y deberes legales están en la autoexigencia coactiva de la comunidad en su concreción positiva de la moral en orden a su realización. La comunidad puede tener diversos grados de complejidad en su desarrollo, diversos grados de centralización. Ahora bien, si entendemos por Estado no la voluntad centralizada de un único soberano sino la comunidad como tal, entonces

sí pueden, ambas posiciones, acordar que sin comunidad, entiéndase Estado, no hay posibilidad de derechos y deberes legales. De modo que los derechos y deberes legales que brotan de la voluntad de la comunidad, surgen en ellas por el carácter deudor de la realidad humana, esto es, del dinamismo de la realidad moral humana que genera los derechos y deberes que en comunidad histórica pueden ser constituidos como Derecho.[153]

Con respecto a la orientación de la legislación, según Bentham, debe aparecer guiada por el bien común, en total acuerdo con el planteamiento zubiriano de una teleología en orden a la felicidad.[154] Donde cabe la discusión es en que la búsqueda se haga según el principio de utilidad. En clave zubiriana, sería *el principio de realización* la guía heurística.[155] Por otro lado, ambas perspectivas pueden encontrarse en que la legislación debe buscar la certeza, universalidad y simpleza para realizar, en primer lugar, el principio fundamental de la ética, la felicidad (para Bentham la felicidad del mayor número). En segundo lugar, limitar el poder de los jueces con objeto de impedir que creen Derecho. Y en tercer lugar, conseguir normas claras y precisas para que los ciudadanos y los jueces puedan conocer sus fines.[156] Para ello, Bentham propone que las leyes consten de una parte que exprese los fines que persigue dicha norma, parte "directiva" y otra parte sancionadora para la transgresión de la misma.[157] Finalmente, respecto al significado de norma, Bentham se asienta en el concepto de soberanía y en el hábito de obediencia.[158] Sin embargo, ambos apoyos parecen incompletos para la *acción de realidad*. [159] En Zubiri el hábito de obediencia es fruto del dinamismo de realización,[160] y la soberanía debe entenderse del conjunto de la comunidad sobre sí misma.[161]

En Austin el contenido de la jurisprudencia analítica es una teoría del Derecho positivo en general, un estudio de los conceptos jurídicos abstraídos de los distintos ordenamientos positivos que elimina todos los aspectos del fenómeno que hacen imposible construir con ellos una teoría lógico-sistemática.[162] Desde planteamientos zubirianos el contenido de la Teoría del Derecho es más que el estudio de conceptos jurídicos. Es un dinamismo de conocimiento científico de la "realidad" moral que se torna en *realidad jurídica*. Este dinamismo de conocimiento científico parte de la aprehensión primordial de realidad; se mueve en el análisis del logos y marcha hacia el encuentro con la realidad verdadera por la razón. De manera que no sólo entran elementos lógico-sistemáticos, sino que necesita de la filosofía y del conjunto del saber científico para poder positivizar jurídicamente aquellas normas que conducen a la plenificación de la realidad humana.[163]

En Austin el Derecho, en su sentido más general, es entendido como la norma establecida por un ser inteligente para la guía de otro ser inteligente por quien tiene poder sobre él.[164] Nada habría que objetar al entendimiento del Derecho como norma en su sentido amplio. Sin embargo, cuando Austin precisa que es la norma dada por un ser inteligente, por tal hay que entender a la comunidad.[165] Es ésta el sujeto de las normas que -con Austin- sirven de guía a ella misma. Ella es únicamente quien tiene poder sobre sí misma, en sentido general, para otorgarse normas. Finalmente, el Derecho es guía para un fin, la plenitud de la realización de la comunidad humana.[166] Sin este fin la guía deja de cumplir su función. El Derecho entonces deja de ser Derecho, se tuerce en inmorales e injusto legalismo.

Austin mantiene que las leyes o normas en sentido estricto son mandatos. Los mandatos se distinguen del

simple deseo no por el estilo en que éste es expresado sino por el poder y el fin que pretende quien comanda. Poder de infligir dolor en el caso de que el deseo no sea observado. De manera que el mandato y el deber son términos correlativos. Al castigo infligido por desobedecer el mandato o romper un deber se le llama sanción.[167] Desde la filosofía zubiriana se puede seguir a Austin en la afirmación de que las normas son mandatos que se distinguen del deseo, no por el estilo en que se expresan, sino por el poder coactivo de imponerlos con la amenaza de sanción, aunque no solamente por ello.[168] En este sentido parece expresarse W. J. Rees, para quien la ley debe ser entendida como una convención no escrita o una escrita normativa obligante, tanto directamente por el ejercicio de un supremo poder, como indirectamente por la seria amenaza del ejercicio de tal poder. Esta definición difiere en dos aspectos de la definición dada por Austin. Aquí la definición de Derecho es más amplia, incluyendo la costumbre, el "case law" y la ley escrita. Porque la concepción de Derecho de Austin deja fuera el Derecho internacional y la costumbre como Derecho. Respecto al término "soberanía", es definido en términos de ley en vez de al contrario. Ello permite englobar el derecho constitucional de tradiciones como la de Estados Unidos o Gran Bretaña en la ley positiva. Aportación teóricamente relevante, en la medida que permite mantener la teoría de la soberanía legal en línea con aspectos fundamentales de gobiernos constitucionales o federales, sin abandonar la teoría de la ley como mandato.[169]

Respecto a la sanción, desde la óptica zubiriana, no implica necesariamente dolor.[170] La sanción es la imposición de la conducta que la comunidad juzga de derecho, frente a la conducta de la persona que lo transgrede, con el fin de restablecer la "buena figura",[171] tanto de la persona en cuestión como de la comunidad en su conjunto. Y ello, porque sin este dinamismo de rehabilitación o higiene jurí-

dica de la comunidad, es toda ella la que quedará sancionada con "mala figura" al final. En definitiva, el sentido de la sanción jurídica no puede olvidar el fin mismo del Derecho que es la plenitud de la realidad humana, su felicidad.

Austin sigue a Bentham respecto a la separación de la moral y Derecho. Sin embargo, entiende que la moral positiva es el límite a la soberanía del poder. Pero dicha moral es creación de los hombres y no de un monarca divino.[172] En este punto, la perspectiva zubiriana mantiene la vinculación entre la moral y el Derecho. No es posible la oposición, puesto que la realidad humana es moral en ella misma;[173] es creadora de deberes morales que en un momento determinado la comunidad histórica positiviza como jurídicos. El Derecho es un instrumento social para la plenificación de la realidad humana. Ciertamente, con Austin, hay que decir que la moral es un límite a la soberanía del poder jurídico, aunque ese límite no es la moral positiva que entiende Austin. Tampoco es una moral divina, sino la moral de la realidad humana, cuyo dinamismo se nos da en unidad en *la acción de realidad*. [174] Y el carácter debitorio de lo real le es accesible al hombre al principio no por causalidad sino en funcionalidad de lo real.[175] Desde dicha funcionalidad, en el dinamismo de la ciencia es donde ha de buscarse la causa.[176]

Respecto a la soberanía, en Austin aparece como un estado de dependencia en una relación de soberanía y subjección.[177] En este punto soberanía, en clave zubiriana, puede entenderse como la suprema autoridad legal en la medida que también lo es moral. Es el segundo de los seis diferentes significados con los que suele usarse el término según W. J. Rees: (1) como suprema autoridad legal; (2) como suprema autoridad legal en la medida que es también una completa autoridad moral; (3) como poder supremo y coercitivo ejercido por un determinado grupo de personas

que poseen el monopolio de ciertos medios de coerción; (4) como un poder supremo y coercitivo ejercido normalmente cooperativamente por todos o casi todos los miembros de una comunidad; (5) como la "real soberanía" en el sentido de la influencia política más fuerte; finalmente (6) soberanía en su sentido permanente como una autoridad, poder o influencia permanente.[178]

Kelsen buscará diferenciarse de la tradición empírica del positivismo legalista, defendida en el período de postguerra por Hart. Él rechazará el legalismo positivista por confundir la ley con los hechos, al mismo tiempo que rechazará el Derecho natural por confundir la ley con la moralidad. En su propuesta la ley sólo está formada de normas y las normas sólo pueden ser derivadas de otras normas, nunca de hechos.[179] La Teoría del Derecho, para Kelsen, se ha confundido con psicología y biología, con ética y con teología. Elementos de los que, en su opinión, hay que liberarla. El Derecho es un fenómeno social, algo totalmente distinto de la naturaleza, y con carácter científico, gracias a un método que consiste en la generalización basada en la experiencia jurídica. Pero además es una teoría pura, al descartar juicios de valor en línea con todas las ciencias[180] y no perseguir fines prácticos inmediatos.[181] La *Teoría Pura del Derecho* entiende las normas legales no como realidades naturales ni como hechos de conciencia sino como contenidos de significado. Desde planteamientos zubirianos es erróneo mantener que las normas no se derivan de hechos. Todas las normas jurídicas se derivan de un hecho radical, el hecho de la aprehensión primordial de realidad. Kelsen pretende encontrar la científicidad del Derecho prescindiendo de todo posible elemento psicológico, ético, biológico dentro del Derecho. Sin embargo, el Derecho necesita del conjunto del saber científico en orden a conseguir mejor su fin. Esta necesidad del saber científico no le resta valor o "cientificidad" a su naturaleza como

ciencia humana. Por otro lado, el Derecho es un fenómeno social pero no por ello en oposición con la naturaleza, según establece Kelsen. El dinamismo social es momento del despliegue del dinamismo de una naturaleza que es la realidad humana. Finalmente, mantener que el Derecho no persigue fines prácticos inmediatos, así como descartar en él juicios de valor es, en el pensamiento zubiriano, algo absurdo e insostenible. No hay fin más práctico que la plenificación de la realidad humana, tarea a la que sirve el Derecho. Y no hay manera de acometer dicha empresa sin la "opción" de posibilidades en orden al fin que "enjuicia" cada decisión jurídica.

En Kelsen la norma legal es imputación. Si el Derecho natural une los hechos como causa y efecto la norma legal lo que une es una condición legal a una consecuencia legal, se pasa de la causalidad a la imputación.[182] Es la atribución realizada, por la voluntad de alguno, de una consecuencia a un hecho que no es causa sino su condición. Esto ocurre porque una voluntad lo ha puesto así como tal. Desde la *acción de realidad* zubiriana, la imputación encuentra su sentido en la existencia de una causa, aunque ciertamente ésta no se da inmediatamente, sino como funcionalidad, habiendo que buscar la causa en un proceso que marcha desde la impresión primordial de realidad, en el logos, hacia la razón.[183] Causa que es accesible por la ciencia.[184]

Kelsen mantiene que el "deber" tiene un carácter formal como categoría pura a priori para la comprensión del dato legal.[185] Por ello, el contenido no es el que da validez a una norma, sino que sea establecida en un modo determinado, creada por un determinado proceso y asentada en una última norma. Por ello cualquier contenido es posible para una norma. La forma en que se derivan las normas de la norma básica no es por un proceso de deduc-

ción en el pensamiento, sino que son constituidas por un acto de voluntad. Voluntad de un superior o cuerpo que estableció la norma básica. Desde la *acción de realidad* es erróneo afirmar que el contenido no es esencial a la norma. Ello, nuevamente, porque el deber legal que brota del deber moral tiene un contenido, a veces no evidente, pero buscado y nunca indiferente respecto a la realidad humana.[186] Respecto de ella, el animal de realidades no puede sino optar entre diferentes posibilidades de contenido concreto en orden a su realización. Es nuevamente el contenido de justicia quien juzga cada norma.

La norma básica es vista en Kelsen como necesaria presuposición para cualquier interpretación positiva de las leyes.[187] La norma básica es válida porque es presupuesto que sea válida, puesto que sin esta presuposición ningún acto humano podría ser interpretado como legal. El hecho de que la norma básica exista en la consciencia del jurista es el resultado de un simple análisis.[188] En definitiva, la norma básica es una "meta-norma" presupuesta. El contenido de la norma positiva no se deriva de la norma básica, de la que sólo toma la validez objetiva debido a su condición de condicionada por aquella, permitiendo aceptar el coercitivo ordenamiento como un ordenamiento válido.[189] Desde la óptica zubiriana, respecto del carácter fáctico de la "norma básica" hay pleno acuerdo. La "norma básica" es un hecho. Pero no es simplemente la presuposición de un hecho, sino la "realidad" de un hecho. La realidad del hecho de que la comunidad se autoexige la positivización jurídica de unas normas en orden a hacer posible la plenitud de su realización.[190]

Aunque Kelsen critica a las teorías imperativistas, reconoce que el fundamento de la norma es un mandato que imputa una sanción a lo ilícito, creando la obligatoriedad. Ello implica una voluntad que quiere un fin y que

prescribe una conducta en vista a ese fin, dando un carácter teleológico del Derecho.[191] La norma es el significado de un acto por el cual cierta conducta es ordenada, permitida o autorizada.[192] La conducta regulada por un orden jurídico es tanto la realización de una acción, como la omisión de dicha acción. Esta concepción de la norma como mandato podría ser perfectamente aceptable en la perspectiva zubiriana. Sabiendo que, por un lado, el sujeto del mandato es la comunidad humana como soberana y, en segundo lugar, que el fin teleológico de la norma jurídica es la plenificación de la comunidad.[193]

En Kelsen, el proceso de funcionamiento y regulación de las normas es jerárquico, no de iguales. Todo un proceso que es esencialmente dinámico.[194] Es un sistema estratificado cuyo vértice es la norma básica, y cuyo último peldaño es la realización del compulsivo acto bajo la coacción de una consecuencia penal.[195] En ello, para *la acción de realidad*, no habría obstáculo en admitir el carácter procedimental y jerárquico del Derecho, aunque es más que esto. Es un procedimiento dinámico,[196] dinamismo que viene de la búsqueda de la mejor norma, que se manifiesta como dinamismo en la mejor interpretación y aplicación de la norma.

En el pensamiento de Kelsen, todo sistema de normas descansa en algún tipo de sanción que puede tomar diferentes expresiones. La esencia del Derecho es una organización de fuerza donde las sanciones son importantes porque está estipulado que deben ser aplicadas por determinados funcionarios cuando el delito es cometido (norma primaria frente a la secundaria que ordena una determinada conducta). Para Kelsen es un hecho histórico que ninguna extensa comunidad ha podido existir sin un poder coercitivo.[197] Respecto a la sanción como norma primaria, la perspectiva zubiriana la colocaría como norma secundaria,

aunque, ciertamente, existe una sanción moral que va modelando la "figura" en el dinamismo de la concreción de *la acción de realidad*. [198] Será en el caso de la transgresión cuando se impone la sanción como compulsiva ejecución del contenido de la norma. La forma de dicha norma puede venir expresada como un hacer, prohibición o abstención. Respecto a la sentencia judicial, ésta es, en Kelsen, el acto de ejecución que concretiza la norma general en una doble naturaleza de aplicación de la norma superior y creación de Derecho. [199] Pero no establece ningún criterio de rectitud superior para una de las posibles interpretaciones de la norma aplicable. [200] Ciertamente, se puede mantener con Kelsen que la sentencia es el acto de ejecución que concretiza la norma general y crea derecho. Ahora bien, en óptica zubiriana, existen criterios para decidirse por una u otra de las interpretaciones de la norma. Es el criterio de justicia al cual tiende todo el Derecho. Por ello, no todas las posibles interpretaciones "legales" son lo mismo de ajustadas a Derecho, entiéndase, a la Justicia. Lo cual no significa que siempre se encuentre la evidencia de la "única" solución válida, pero tampoco que se puede afirmar el puro "capricho" en la decisión judicial.

En el positivismo jurídico de Kelsen, la eficacia del conjunto del orden jurídico es la condición necesaria para la validez de cada norma. Es una condición *sine qua non* pero no una condición *per quam*. Las normas son válidas no porque todo el orden jurídico es eficaz, sino porque son creadas en vía constitucional. Entonces, el principio de eficacia lo que hace es limitar el principio de legitimación. [201] Y al final, es la norma básica del orden internacional quien da la última razón de validez de los órdenes jurídicos nacionales. Desde la costumbre internacional, *pacta sunt servanda*, a través de los tratados internacionales se llega a las normas creadas por órganos que han sido creados precisamente por tratados internacionales. [202]

Cada norma debe ser elegida por la ciencia legal sobre el principio de eficacia. Eficacia que significa que la mayoría siga una conducta en conformidad con esa norma.[203] Esta norma básica o constitución en su sentido material determina los órganos y procedimientos para el establecimiento de las leyes.[204] Para una perspectiva zubiriana, la teleología normativa difiere de la de Kelsen. La eficacia del sistema normativo está en relación con el grado de plenificación de la realidad humana. Es precisamente este dinamismo el que da legitimidad al orden jurídico. Es, justamente, la justicia, que Kelsen reserva al relativismo de su opción personal, la que abandonando ese ámbito del relativismo subjetivo, da validez última a la norma.

En Kelsen, para que un orden legal sea un Estado, debe ser una organización que establezca órganos que creen y apliquen las leyes que forman el orden legal. El Estado es un relativo poder centralizado, formado por población, territorio y poder limitado en su espacial y temporal esfera de validez. El Estado es soberano pero subordinado a las leyes del derecho internacional.[205] Desde *la acción de realidad*, se puede acordar sobre el territorio, la población y el ejercicio del poder como elementos para la constitución del Estado. Es más discutible el elemento de centralización del poder, como ya hemos mencionado. Sin embargo, un importante acuerdo se debe expresar respecto a la subordinación del poder a las leyes del derecho internacional, debido al carácter internacional, global, de la comunidad humana.[206]

En lo que concierne al *derecho subjetivo*, para Kelsen, es el reflejo de un deber jurídico de otro existente respecto a este individuo. O bien, un "poder" jurídico que coopera directa o indirectamente en la producción de una norma jurídica particular o general.[207] Pleno acuerdo habría, desde la visión zubiriana, respecto al entendimiento

del derecho subjetivo como "reflejo" de un deber jurídico o "poder" jurídico. Ello se asienta en el carácter comunitario del "deber" moral de la realidad humana. "Deber" que es para el "poder" de su realización.[208]

Finalmente, en Kelsen se formaliza el concepto de persona. La entiende como carente de naturaleza psíquica, física o espiritual. La persona es vista por él como un complejo de deberes jurídicos y derechos subjetivos.[209] En este punto, el planteamiento zubiriano desborda las restricciones de Kelsen. Persona es una sustantividad. Es el dinamismo de promoción de un yo-tú en la comunidad histórica,[210] que se convierte en el sujeto de Derecho. Es una concreción, encarnación de realidad en todas sus dimensiones, fin y agente de la justicia, fin y agente del Derecho. Es otra cosa que una ficción jurídica, es sustantividad con nombre, apellido e historia.

Por lo que a Hart se refiere, él afirma los límites del entendimiento de la norma como mandato en Austin. Ello porque le parece insuficiente para explicar la "variedad de normas" que posibilitan, adjudican, reconocen etc. Por otro lado, para que esas normas constituyan un sistema legal, deben darse dos condiciones: en primer lugar, que las normas de conducta que son válidas según el criterio último de validez sean generalmente obedecidas; en segundo lugar, que las normas de adjudicación y cambio sean comunmente aceptadas 'por' y seguidas en la conducta de sus funcionarios. En su tarea de búsqueda de certeza junto al régimen de *reglas primarias de obligación* (aquellas que son el tipo básico de normas del sistema que indican cómo deben o no deben, o cómo pueden comportarse los miembros de una comunidad), propone las *reglas de reconocimiento* que establecen cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál el alcance de las normas del sistema jurídico. Las normas de reconocimiento desempeñarán el pa-

pel teórico de la "norma hipotética fundamental" en la *Teoría pura del derecho*. Regla que no es un presupuesto lógico-transcendental sino una cuestión de hecho. Para Hart las reglas que pueden ser entendidas como creadores de deberes son un lujo de sistemas sociales avanzados, lo cual no significa, contrariamente a Austin, no considerar el derecho internacional o el derecho primitivo como tal derecho.[211] Rechazando la idea de Kelsen de que una básica norma es una presuposición esencial para todo sistema legal, él mantiene que en simples formas de sociedad lo que se hace es esperar y ver si una norma consigue ser aceptada o no.[212] Finalmente, propone las "reglas de cambio", como reglas secundarias que establecen cuáles son los procedimientos válidos para introducir o modificar normas jurídicas, y las "*reglas de adjudicación*" que institucionalizan medios y procedimientos para afrontar la posible ineficacia coyuntural de las reglas primarias de obligación.[213] Por otro lado, Hart se distancia de sus predecesores positivistas Bentham, Austin y Kelsen al mantener que el Derecho no sólo depende de presiones externas, sino del punto de vista interno que cada persona toma hacia las reglas, que entiende como imposición de obligaciones.[214] Desde un planteamiento zubiriano, es perfectamente admisible la ampliación del significado de la norma como mandato que hace Hart respecto de Austin. Ahora bien, el presupuesto de la norma de "reconocimiento" como el presupuesto básico es discutible. Es la voluntad de la comunidad en darse a sí misma unas normas en orden a su realización quien juega ese papel de norma básica. Con todo, Hart recuerda que no es únicamente el elemento externo, sino el punto de vista externo el que también cuenta para legitimar la norma como Derecho.

Hart pretende un método de elucidación para mostrar el significado de la expresión "un derecho legal", que puede ser plenamente integrado en la perspectiva zubiria-

na. En este sentido una afirmación de la forma "X tiene un derecho" es cierta si satisfacen las siguientes condiciones: que haya un sistema legal en ejercicio; que bajo alguna norma o normas del sistema alguna persona Y esté en la situación que ha ocurrido, obligada a hacer o abstenerse de hacer una acción determinada; y que ésta obligación venga a depender por ley de la opción de X o de alguien que actúe en su nombre; de manera que a Y también se le obligue a hacer o abstenerse de hacer algo solamente si X elige o hasta que X elija de otro modo. Una afirmación de la forma "X tiene un derecho" es emitida para obtener una conclusión de derecho en un caso particular que entre bajo tales reglas.[215]

Respecto a la discrecionalidad jurídica, Hart afirma que el derecho (un sistema complejo de reglas sociales) es parcialmente determinado e incompleto al afrontar ciertos casos difíciles ("hard cases") no previstos y no regulados legalmente. Discrecionalidad que se debe a la textura del lenguaje que hace al Derecho participar de una textura abierta. Discrecionalidad que no puede ser arbitraria o irracional. De manera que las decisiones que toman los tribunales son decisiones dirigidas por reglas, y de hecho, son la última palabra una vez tomadas. La propuesta de Hart pretende buscar un equilibrio para huir del formalismo y del escepticismo ante las reglas. La decisión de un caso no es una mera cuestión lógica sino que supone la atención a finalidades sociales no contenidas en la norma.[216] Encontramos aquí una revisión sociológica del positivismo jurídico kelsiano que hace descansar la validez de las decisiones jurídicas en las formas de vida sociales.[217] Tesis de la discrecionalidad jurídica, que, lejos de la irracionalidad arbitraria, descansa, en clave zubiriana, en el dinamismo de la búsqueda de la verdad y la justicia. En ese dinamismo, el juez es un elemento más, sometido siempre al servicio de la comunidad y dentro de los límites

de la ley. Y con respecto a las formas de vida sociales como donadoras últimas de validez *la acción de realidad* podría objetar la insuficiencia en la radicalidad. Las formas sociales de vida, diferentes en sus expresiones e intereses, son manifestaciones del dinamismo de realización de la entera comunidad humana. Dinamismo que puede ser llamado Justicia.[218] De manera que la validez de las normas no se encuentra sino en la justicia de las mismas.

## CONCLUSIÓN

Las tesis sobre las que se asienta el positivismo jurídico han sido objeto de crítica y revisión. La concepción de Derecho en Austin tiene algunos puntos donde la crítica ha hecho especial incidencia. Estos son la ley como mandato, el concepto de soberanía, y la importancia de la sanción. En cuanto a su entendimiento de la ley como mandato, que presupone la existencia de una determinada persona que ordena, parece difícil encontrar a dicha persona en una siempre cambiante multiplicidad de voces en la maquinaria política. En segundo lugar, la concepción de soberanía, rígidamente entendida por Austin, difícilmente explica el Estado Federal. Por el contrario, más bien parece que lo que hay es una diferencia entre una soberanía de derecho y otra de hecho. La primera es la autoridad que hace las leyes, y la segunda el poder que impone la obediencia. Por lo que a la sanción se refiere, con ser un elemento importante, puede no ser esencial para la existencia del Derecho, en tanto que parece ser la aceptación de la comunidad por diversas razones psicológicas la esencia de la ley.[219] En lo que se refiere a Kelsen, se le ha criticado que toda su Teoría del Derecho parece descansar en el hecho de la eficacia. Pero si en el momento del análisis de la misma son importantes los hechos, cabe preguntarse por qué no lo son en otros momentos o etapas previas. Su análisis de la

relación entre ley y hecho se reduce a mantener que la relación entre un acto y la norma es la que hay entre un acto y su significado, afirmándose, además, que la norma legal es el específico significado de un acto generador de normas.[220] También han sido objeto de crítica sus afirmaciones acerca de la existencia de normas y sanciones que el Estado ni prohíbe ni obliga, tales como las emanadas de organizaciones como sindicatos. Asimismo, ha sido objeto de crítica su construcción de un sistema monista donde no parece claro que el Derecho Internacional necesite una norma básica.[221] El criticismo ha sido especialmente agudo respecto a la tesis de que el Derecho no sólo prescinde de los ideales sino que también prescinde de los hechos, creando una separación entre Derecho y naturaleza, entre norma moral y norma jurídica, bastante cuestionable. Monismo jurídico en el que todo vale porque no hay nada en él.[222] Por otro lado, algunos autores han calificado la propuesta de Kelsen como expresión de una ideología liberal que lleva en sí los límites del mundo al que pertenece. Y es que, en definitiva, parece que lo positivo precisa ser valorado con arreglo a un criterio superior de valor que no puede derivar de lo positivo si no queremos caer en un círculo vicioso.[223]

En definitiva, la propuesta de Kelsen, su teoría del ordenamiento jurídico como un sistema normativo y dinámico, es un intento de recuperar nuevos márgenes de seguridad jurídica desde presupuestos no ideológicos.[224] Sin embargo, no aborda o enmascara las respuestas últimas. La propuesta de Kelsen no parece sino que utiliza los valores absolutos del reino de lo inteligible kantiano en el mundo externo de lo jurídico. Así, propone a la norma hipotética fundamental, que funciona como presupuesto lógico-transcendental,[225] como fundamento de validez de todo el sistema jurídico. En el planteamiento de Kelsen, una decisión subjetiva se convalida, en un esquema de interpreta-

ción de carácter lógico trascendental, en "la" decisión interpretativa objetiva.[226] Una fundamentación artificial y formalista de la certeza del derecho, exacerbada en la tajante excisión entre el ser y el deber ser.[227] Excisión a la que no es fiel completamente en su concepto de "deber ser" como una categoría lógica formal o "modo de pensar".[228]

Los cambios de sentido de los conceptos que hace Kelsen no parecen alcanzar la purificación de contenidos procedentes de la esfera de la Ética.[229] El positivismo ha sufrido la crítica del hecho de la experiencia. Gustav Radbruch, que ha compartido la doctrina positivista, verá cómo su concepción del derecho y la ley, como conteniendo en sí misma los principios morales esenciales de la humanidad, es aplicada por los tribunales después de la Segunda Guerra Mundial en ciertos casos donde criminales de guerra, espías e informantes del régimen nazi fueron castigados. A pesar de que ellos argumentaban que lo que habían hecho no era ilegal bajo las leyes del régimen. El nuevo criterio seguido en estos casos fue acogido como un triunfo del derecho natural frente al positivismo jurídico. El proceder en aquellos trágicos momentos: "*fue contrario a la sana conciencia y al sentido de justicia de todo decente ser humano*".[230]

La ausencia de este mundo de principios es el núcleo de la crítica de Dworkin a Hart por entender el Derecho como un sistema de normas sin atender a los "principios". Crítica que extiende a la discrecionalidad jurídica que Hart otorga a los jueces. Incluso en los casos difíciles, Dworkin cree que no hay lugar sino para una recta respuesta. En todo caso, si los jueces no están vinculados a los principios, tampoco han de estarlo a las normas -en crítica a Hart- desde que el momento que aplicar las leyes y las decisiones precedentes es por la aplicación de los principios de primacía legal y resoluciones establecidas.[231] Con

todo, no parece que sea obstáculo a las posibilidades de construir una teoría positivista del Derecho la incorporación de los principios como ha hecho MacCormick, para quien los principios pertenecen al Derecho e interaccionan con las leyes -así demostrando que caben en el modelo positivista de Hart.[232] Además, en opinión de L. L. Fuller, el positivismo jurídico nunca da una coherente explicación a la obligación moral de obedecer a la ley. Obligación que queda siempre aislada de cualquier fin de la vida humana, normal y extralegal. El orden jurídico, en su opinión, debe ser internamente moral en la creación de leyes. Un orden que, también, necesita conformarse con la demanda externa de justicia. Justicia y Derecho se necesitan la una a la otra y ninguna puede ser restablecida sin la otra. La justicia es imposible sin orden y no debemos perder el orden mismo en el intento de hacer éste bueno.[233] En este mismo sentir, R. Dworkin recuerda que el utilitarismo dedicó poca atención a las repercusiones sobre las minorías que el gobierno debe tratar como iguales.[234] La máxima utilitarista " cada uno cuenta por uno y nadie por más de uno" no se da en la sociedad donde unos pocos disfrutaban de gran "felicidad" mientras que otros sufren. La inclusión de las preferencias externas, una forma de "doble cuenta", hace errónea la propuesta utilitarista. Porque al final, los que son pocos para contar no son tratados iguales. Sin embargo para Hart, Dworkin ha buscado derivar demasiado de la idea de igual preocupación y respeto por las personas, haciendo con ello una barrera contra una alegada forma de corrupto utilitarismo.[235] Pero R. Dworkin insistirá en que la pretensión positivista de justificar las normas jurídicas es una justificación "autorreferencial".[236] Especialmente evidentes aparecen las limitaciones para R. Dworkin en los casos difíciles. En ellos, las soluciones no se basan en soluciones a dudas en el lenguaje, sino en valoraciones de principios fundamentales. Por otro lado, las insuficiencias

del grado de certeza de las tesis positivistas impiden, en su opinión, alcanzar el ideal de la única solución correcta para cada caso, atentando, en consecuencia, contra el principio de separación de poderes e irretroactividad de las leyes.[237] Cuestiona, también, el principio de textura abierta del Derecho que defiende Hart, afirmando el derecho de las partes a que el juez descubra sus derechos con precisión y certeza. Derechos que existen con antelación y autonomía previamente.[238] En definitiva, en su opinión, el normativismo parte de una concepción mecánica y simplificada de la aplicación del Derecho.[239]

El Derecho tiene una finalidad práctica, es la medicina al servicio de la sociedad. Sociedad formada también por elementos irracionales que desbordan la lógica. Lógica que es un buen instrumento de sistematización pero que no garantiza la verdad intrínseca del resultado.[240] En el positivismo es difícil encontrar respuesta a la realidad de unos principios fundamentales que ayuden a aclarar preguntas que laten en el fondo de la mayor parte de los juristas: ¿Qué es el Derecho? ¿Cuál es su fin? ¿En qué consiste su validez?, ¿Cómo se diferencian y conjugan Derecho y Moral? ¿Qué es la Justicia y en qué relación se encuentra con el Derecho?[241] Y es que cuando se determina la norma aplicable se necesita elegir, preferir y estimar mediante la referencia a valores, a fines, a circunstancias de hecho e históricas. En definitiva a la realidad social.[242]

Ciertamente, como afirma N. MacCormick, tras el auge del positivismo jurídico ha habido un redescubrimiento de la razón práctica como tema focal en la filosofía del Derecho. Pero contrariamente a la actitud de Finnis, quien cree que los valores son objetos de aprehensión cognitiva, para él, los valores son funciones de actitud. Con todo, ve que quedan en la propuesta del positivismo jurídico muchas cuestiones abiertas. Si se toman los hechos seriamente

cabe preguntarse si la existencia de una práctica social debe concluir que lo que tomamos por realidad es sólo un constructo social o puede haber que la creencia en la "realidad" como una verdad esté anclada en la real realidad.[243] Precisamente aquí es donde llega la aportación de *la acción de realidad* de inspiración zubiriana. Partiendo del deseo, compartido con el positivismo jurídico, de atenerse a los hechos, Zubiri radicaliza lo que ha de entenderse por hecho, diferenciando el 'hecho' del hecho científico. Distingue la causa de la causalidad que sí es dada en funcionalidad de lo real, alejándose de este modo de la ruptura entre el 'ser' y el 'deber ser'. El enfrentamiento a la realidad no es ahora síntesis ni sucesión de impresiones, sino actualización de la realidad en una única acción que especifica al animal de realidades: la *acción de realidad*. Dicha acción es un dinamismo universal de realización estructural por los contenidos de las acciones concretas -un dinamismo que es intrínsecamente, físicamente moral; un dinamismo en orden a la plenificación de las estructuras del ser humano que es lo que llamamos felicidad. Y esta felicidad es a la que el ser humano está "ligado" y de la que brotan los deberes morales a los que está "obligado". Deberes que cuando la comunidad los positiviza como autoexigencia constituyen el contenido del Derecho.

En definitiva, el atenimiento a los hechos llevó al positivismo jurídico al intento de construir una ciencia del Derecho. Ciencia alejada de la metafísica y del mundo de los valores morales. Separar el Derecho de la Moral fue separarlo de la Justicia. Las pretensiones de "pureza", científica y tolerancia toparon con los límites de un ordenamiento jurídico "amoral" que, en ocasiones, justificó prácticas realmente inmorales. Un ordenamiento con dificultades para darse justificación última a sí mismo. Sin embargo, el atenimiento a los hechos no es obstáculo alguno para una "metafísica intramundana" en línea zubiriana-

na, desde donde construir una ciencia del Derecho. Ciencia asentada en la realidad humana, realidad que es físicamente moral y que en el dinamismo de su despliegue como *acción de realidad* puede o puede dejar de plenificar el dinamismo de Justicia. En ello se juega el hombre su propia existencia como animal de realidades.

## NOTAS

[1] Universidad Nacional de Educación a Distancia.

El filósofo español Xavier Zubiri (1898-1983) es uno de los pensadores más profundos del siglo veinte. Basado ampliamente en la historia de la filosofía, la teología, la lingüística, la ciencia moderna y los fundamentos de la matemática, Zubiri habla al presente pero aún más al futuro.

[2] M. SEGURA ORTEGA, *Ciencia Jurídica del Siglo XX* : AA.VV., Filosofía del Derecho (Madrid, 1994), 320-321.

[3] A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho* (Madrid, 1989<sup>5</sup>), 233-238

[4] G. FASSO, *Historia de la Filosofía del Derecho* t.3 (Madrid, 1996), 152.

[5] *Ibíd.*, 159-160; A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *o.c.*, 233-235.

[6] Cf. C. BENAVENT, *Xavier Zubiri o el buscador de la verdad*: Crítica 709 (1983), 15-17.

[7] A. GONZÁLEZ, *Estructura de la praxis. Ensayo de filosofía primera* (Madrid, 1997), 11.

[8] *Ibíd.*, 12s.

[9] *Ibíd.*, 14.

[10] A. GONZÁLEZ, *Hacia una filosofía primera de la praxis: Mundialización y Liberación*, II Encuentro Mesoamericano de Filosofía (Managua, 1996), 343.

[11] A. PINTOR RAMOS, *Realidad y verdad*. Las bases de la filosofía de Zubiri (Salamanca 1994), 33.

[12] *Ibíd.*, 53

[13] A. GONZÁLEZ , *Un sólo mundo. Relevancia de Zubiri para la teoría social* [tesis doctoral en la Universidad Pontificia Comillas] (Madrid, 1994), 212

[14] A. PINTOR RAMOS, *Realidad y verdad...*, o.c., p. 55.

[15] M. OLIVER MOLERO, *Análisis de hechos y antropología filosófica en Xavier Zubiri* [trabajo de investigación en la Universidad de Sevilla] (Sevilla, 1988).

[16] A. GONZÁLEZ., *Un solo mundo...*, o.c., 180.

[17] Xavier Zubiri, *Inteligencia y razón*, Madrid: Alianza Editorial/Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1983, p. 182 [en adelante, IRA].

[18] Xavier Zubiri, *Inteligencia y realidad*, Madrid: Alianza Editorial/Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1980, p. 20 [en adelante, IRE].

[19] IRE, p. 43.

[20] IRE, p. 82-85, 134-135.

[21] IRE, p. 143.

[22] IRE, p. 197.

[23] IRE, p. 91-92.

[24] IRE, p. 145.

[25] *Ibíd.*, 182s.

[26] IRE, p. 22s.

[27] IRE, p. 23.

[28] A. PINTOR RAMOS, *Ni intelectualismo ni sensismo: Inteligencia sentiente*: Cuadernos Salmantinos de Filosofía 9 (1982), 201-218.

[29] Cf. IRE, p. 14; IRA, p. 233.

[30] IRE, p. 20.

[31] Cf. IRE, p. 25.

[32] Cf. IRE, p. 89.

[33] Cf. IRE, p. 14.

[34] Cf. IRE, pp. 156, 204s, 285.

[35] Cf. IRE, p. 203.

[36] D. GRACIA, *Voluntad de Verdad. Para leer a Zubiri* (Barcelona, 1986), 204.

[37] IRA, p. 216.

[38] A. GONZÁLEZ, *Un solo mundo...*, o.c., 160.

[39] IRA, p. 180.

[40] IRA, p. 180.

[41] IRA, p. 181.

[42] IRA, p. 185.

[43] IRA, p. 184.

[44] IRA, p. 182.

[45] IRE, p. 129.

[46] Cf. Xavier Zubiri, *Inteligencia y logos*, Madrid: Alianza Editorial/Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1982, p. 218 [en adelante, IL].

[47] IL, p. 224ss.

[48] Cf. IRA, p. 260.

[49] *Ibíd.*

[50] Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (London, 1970), 11-13.

[51] J. Bentham, *A fragment on Government*: M.D.A, FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London,1997<sup>6</sup>), 229.

[52] G. FASSO, *o.c.*, 31.

[53] J. Bentham, *A fragment on Government*, 1.c., 229.

[54] M.D.A, FREEMAN, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London,1997<sup>6</sup>), 213

[55] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *o.c.*, 34-35.

[56] K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, tr. M. Rodríguez Molinero, (Barcelona, 1994), 92.

[57] M.D.A. FREEMAN, *o.c.*, 271

[58] A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, t.5 ( Madrid, 1988), 121

[59] *Ibíd.*, 122

[60] *Ibíd.*, 124.

[61] M. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica* (Madrid, 1994),177

[62] H. G. GADAMER, *Verdad y método*, tr. A. Agud Aparicio y R. de Agapito ( Salamanca, 1997<sup>7</sup>), 467.

[63] *Ibíd.*, 383ss.

[64] IRE, p. 9.

[65] IRE, p. 171.

[66] IRE, p. 178.

[67] A.GONZÁLEZ, *Un sólo mundo...*,*o.c.*, 177.

[68] IRE, p. 15.

[69] IRE, p. 19.

[70] IRE, p. 25.

[71] IRE, p. 12.

[72] IRE, p. 79.

[73] IRE, p. 80-81.

[74] IRE, p. 83.

[75] IRE, p. 86.

[76] IRE, p. 283.

[77] *Ibíd.*

[78] El deslizamiento del que habla Zubiri en Husserl se puede extender a la interpretación de la misma fenomenología a diferencia de lo que dice Hume cuando afirma que todos los actos intelectivos tienen su origen en los actos de impresión. Zubiri mantiene que todos los actos son actualizaciones inmediatas en alteridad radical. Ver en este sentido: A. GONZÁLEZ, *Hacia una filosofía primera de la praxis: Mundialización y Liberación*. II Encuentro Mesoamericano de Filosofía (Managua, 1996), 343.

[79] IRE, p. 21.

[80] IRE, p. 110.

[81] IRE, p. 134.

[82] IRE, p. 135.

[83] IRE, p. 34.

[84] Xavier Zubiri, *Sobre el sentimiento y la volición*, Madrid: Alianza Editorial/Fundación Xavier Zubiri, 199X, p. 11 [en adelante, SSV].

[85] IRE, p. 117.

[86] IRE, p. 117.

[87] IRE, p. 129.

[88] T. FOWLER, "The Formality of Reality: Xavier Zubiri's Critique of Hume's Analysis of Causality", *The Xavier Zubiri Review* 1 (1998), 57-66.

[89] Xavier Zubiri, *Estructura dinámica de la realidad*, Madrid: Alianza Editorial/Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1989, p. 77.

[90] Sobre la relación entre el nuevo paradigma científico y la filosofía de Zubiri ver: T.B. FOWLER, "The Great Paradigm Shift: Xavier Zubiri and the Scientific Revolution, 1890-1990", *Faith & Reason*, vol. XX, n° 2 (1994) 163-198.

[91] A. GONZÁLEZ, *Hacia una filosofía primera*, l. c., 357

[92] *Un solo mundo...*, o.c.

[93] Entendida la *Realidad* con el significado que tienen desde que se crearon los términos *realis* y *realitas* en el siglo XIII, es decir, aquello que tiene tales y cuales caracteres, independientemente de que alguien piense que los tiene o no. En este sentido ver: A.GONZÁLEZ, *Hacia una filosofía primera de la praxis*, l. c., 346.

[94] IRE, p. 9-11.

[95] González, *Hacia una filosofía primera de la praxis*, l, p. 343.

[96] IRE, p. 154.

[97] *Ibíd.*, 352. A diferencia de lo que dice Hume cuando afirma que todos los actos intelectivos tienen su origen en los actos de impresión, Zubiri mantiene que todos los actos son actualizaciones inmediatas en alteridad radical.

[98] IRE, p. 20.

[99] IRE, p. 21.

[100] IRE, p. 22.

[101] IRE, p. 23. Influenciado por el pensamiento de Zubiri, A.González propone una 'praxeología trascendental' como filosofía primera. Parte de un análisis de todos los actos formalmente humanos, de las acciones, de las actuaciones y de la actividad. En dicho análisis encuentra el carácter igualitario, interpersonal y universal del acto racional que hace posible una

'ética formal de la justicia'. Mantiene que en Zubiri la verdad primera no incluye únicamente los actos intelectivos sino los afectivos y volitivos. Ver: A. GONZÁLEZ, *Estructuras de la praxis. Ensayo de filosofía primera* (Madrid, 1997), 56.

[102] IRE, p. 80-81.

[103] IRE, p. 84.

[104] IRE, p. 86.

[105] IRE, p. 110-111.

[106] Zubiri ve la particular urgencia que hay de elaborar precisamente una filosofía de la actualidad (IRE 140).

[107] IRE, p. 136.

[108] IRE, p. 284.

[109] A. GONZÁLEZ, *Un solo mundo..., o.c.*, 178.

[110] IRE, p. 34.

[111] Sobre el tema ver: F. MONTERO MOLINER, *Esencia y respectividad según Zubiri*: Realitas. I. Trabajos, 1972-1973 (Madrid, 1974), 437-455; A. PINTOR RAMOS, *Realidad y sentido. Desde una inspiración zubiriana* (Salamanca, 1993); M.F. LACILLA RAMAS, *Consideración genética de la respectividad en Zubiri*: Burguense 31 (1990), 115-198; Íd., *La respectividad en Zubiri* [tesis doctoral de la Universidad Complutense], (Madrid, 1990)

[112] Sobre el tema ver: I. AISA, De la posibilidad de perspectivas o niveles de la trascendencia. A propósito del orden trascendental de Xavier Zubiri: *Thémata* 4 (1987), 7-13; A. RODRÍGUEZ RESINA, Trascendental material y trascendental formal. Notas sobre la noción de trascendental en Zubiri y J.L. Alcorta: *Revista Catalana de Teología* 2 (1977), 265-280; J.BAÑÓN, Reflexiones sobre la función trascendental en Zubiri: *Cuadernos salmánticos de filosofía* 19 (1992), 287-312; A. DEL CAMPO, La función trascendental en la filosofía de Zubiri: *Realitas I. Trabajos, 1972-1973* (Madrid, 1974), 141-157; G. GÓMEZ CAMBRES, Inmanencia y trascendencia en la

realidad según X. Zubiri. El problema de la realidad personal [tesis en la Universidad de Málaga. Facultad de Filosofía y Letras] (Málaga, 1981);

[113] IRE, p. 122.

[114] IRE, p. 123.

[115] Sobre el tema ver: I. AISA, La unidad de la metafísica y la teoría de la intelección de Xavier Zubiri (Sevilla, 1987); C. BACIERO, Metafísica de la individualidad: Realitas.I. Trabajos, 1972-1973, (Madrid, 1974),159-219; Íd., Concepción metafísica del 'de suyo': Realitas. II, 1974-75 (Madrid, 1976), 313-350; A. BASABE MARTÍN, La metafísica realista de Xavier Zubiri. Interpretación metafísico-apriorística de la metafísica realista de Zubiri: [tesis en la Universidad de Deusto.Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación] (Bilbao, 1990); A. CATURELLI, La metafísica intramundana de X. Zubiri (Córdoba-Argentina, 1965); J.M. CIGÜELA, La metafísica de la esencia de Xavier Zubiri: Nordeste. Revista de la Facultad de Humanidades 7 (1965), 185-219; R. FLÓREZ, Metafísica y espíritu absoluto en Hegel, según Zubiri: Cuadernos de Pensamiento 1 (1987), 21-39; J.J. GARRIDO ZARAGOZA, Fundamentos noéticos de la metafísica de Zubiri: Anales Valentinus 10 (1984), 1-98; A. QUEREJAZU, Despetar metafísico. Xavier Zubiri: Filosofía, la verdad y su historia (Madrid, 1969), 526-529; E. RIVERA DE VENTOSA, Diálogo de Zubiri con la metafísica clásica: Naturaleza y Gracia 25 (1978), 351-374; M.L. ROVALETTI, Filosofía y metafísica en X. Zubiri: Revista de Filosofía (México) 18 (1985), 417-442; Íd., Fundamentos de una metafísica social e histórica. Unidad, respectividad y dinamismo en el pensamiento de Xavier Zubiri: Actas del Primer Congreso Mundial de filosofía Cristiana 1979 ( Córdoba -Argentina), vol.3 (1982), 1399-1410; C. SOLAGUREN, Estructura temático-metódica de la metafísica de Zubiri: Verdad y Vida 23 (1965), 255-269.

[116] IRE, p. 130.

[117] IRE, p. 34.

[118] A. GONZÁLEZ, *Un solo mundo..*, o.c., 179.

[119] Xavier Zubiri, *Sobre el hombre*, Madrid: Alianza Editorial/Fundación Xavier Zubiri, 1986, p. 17 [en adelante, SH].

[120] IRE, p. 23.

[121] Xavier Zubiri, *El hombre y Dios*, Madrid: Alianza Editorial/Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1983, p. 124 [en adelante, HD].

[122] SH, p. 79.

[123] A. GONZÁLEZ, *Un solo mundo..*, o.c., p. 182.

[124] G. CUTIÉRREZ, *De la naturaleza a la realidad. Nuevas reflexiones en torno a la falacia naturalista : Ética y Estética* en Xavier Zubiri (Madrid, 1996), 63.

[125] *Ibíd.*, 64.

[126] *Ibíd.*, 67.

[127] *Ibíd.*, 68.

[128] *Ibíd.*, 70.

[129] EDR, p. 84.

[130] EDR, p. 86.

[131] IRA, p. 237.

[132] IRA, p. 240.

[133] G. FASSO, o.c.,31.

[134] *Ibíd.*

[135] M.D.A, FREEMAN, o.c., 207.

[136] A. HERNÁNDEZ GIL, o. c., 117.

[137] M. CALVO GARCÍA, *Los fundamentos del método jurídico...*, o.c., 119.

[138] *Ibíd.*, 121.

[139] *Ibíd.*, 133.

[140] *Ibíd.*, 135

- [141] *Ibíd.*, 138.
- [142] G. FASSO, *o.c.*, 229.
- [143] M. SEGURA ORTEGA, *o.c.*, 313.
- [144] H: Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, tr. R. J. Vernengo (México, 1997<sup>9</sup>), 231-232.
- [145] *Ibíd.*, 81-82.
- [146] M.D.A, FREEMAN, *o.c.*, 347.
- [147] EDR, p. 260.
- [148] J. Bentham, *Of Laws in General* (London, 1970), 18-28.
- [149] *Ibíd.* 1-5. La traducción es mía.
- [150] M. CALVO GARCÍA, *o.c.*, 83.
- [151] SH, p. 425-429.
- [152] G. FASSO, *o.c* 31
- [153] SH, p. 420.
- [154] J. Bentham, *Of Laws in General*, *o.c.*, 176-183.
- [155] SH, p. 390.
- [156] G. FASSO, *o.c.*, 32.
- [157] J. Bentham, *Of Laws in General*, *o.c.*, 133-141.
- [158] J. Bentham, *A fragment on Government*: M.D.A. FREEMAN, *o.c.*, 229.
- [159] M.D.A, FREEMAN, *o.c.*, 213
- [160] SSV, p. 339, 415.
- [161] SH, p. 269.
- [162] G. FASSO, *o.c.*, 39
- [163] IRA, p. 241.

- [164] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*: M.D.A. FREEMAN, *l.c.*, 251-255.
- [165] SH, p. 269.
- [166] SSV, p. 252.
- [167] *Ibid.*
- [168] SSV, p. 419.
- [169] W. J. REES, *The Theory of Sovereignty Restated*: M.D.A. FREEMAN, *o.c.*, 264-266.
- [170] SSV, p. 419.
- [171] SSV, p. 275.
- [172] *Ibid.*, 259-260.
- [173] SH, p. 361.
- [174] IRA, p. 37.
- [175] EDR, p. 84.
- [176] EDR, p. 86.
- [177] *Ibid.*, 260-261.
- [178] W.J. REES, *l.c.*, 264-266.
- [179] M.D.A. FREEMAN, *o.c.*, 272.
- [180] H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*: M.D.A. FREEMAN, *o.c.*, 291.
- [181] K. LARENZ, *o.c.*, 91
- [182] H. Kelsen, *What is Justice?* (Univ. of California Press, 1957), 324-327; 331-333.
- [183] IRE, p. 82-85.
- [184] EDR, p. 84-86.
- [185] H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, *l.c.*, 294.
- [186] SH, p. 420.

[187] H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard Univ. Press, 1946), 116-117.

[188] *Ibid.*

[189] H. Kelsen, *Professor Stone and the Pure Theory of Law*: Stanford Law Review 17 (1965), 1141-1144.

[190] SSV, p. 252.

[191] G. FASSO, *o.c.*, 229.

[192] H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, l. c., 309.

[193] SH, p. 390.

[194] *Ibid.*, 312.

[195] H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, l.c., 297.

[196] EDR, p. 262.

[197] M.D.A, FREEMAN, *o.c.*, 277.

[198] SSV, p. 275.

[199] H: Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, *o.c.*, 246-51.

[200] *Ibid.*, 351-352.

[201] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *o.c.*, 118-119.

[202] *Ibid.*, 369-370.

[203] M.D.A, FREEMAN, *o.c.*, 274

[204] H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, l.c., 295.

[205] H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, l.c., 321.

[206] SH, p. 269.

[207] H: Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, tr. R. J. Vernengo (México, 1997<sup>9</sup>), 138ss.

[208] SH, p. 411.

[209] *Ibid.*, 187.

- [210] IRA, p. 37.
- [211] M.D.A, FREEMAN, *o.c.*, 346.
- [212] *Ibíd.*, 354
- [213] H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. G. R. Carrió (México, 1980), 116ss
- [214] M.D.A, FREEMAN, *o.c.*, 349.
- [215] H. L. A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*: Law Quarterly Review 70 (1954), 41-49.
- [216] M. CALVO GARCÍA, *o.c.*, 149.
- [217] *Ibíd.*, 155.
- [218] EDR, p. 260.
- [219] M.D.A. FREEMAN, *o.c.*, 213-228.
- [220] *Ibíd.*, 290.
- [221] *Ibíd.*, 288.
- [222] A. HERNÁNDEZ GIL, *o.c.*, 118.
- [223] *Ibíd.*, 121
- [224] M. CALVO GARCÍA, *o.c.*, 116.
- [225] *Ibíd.*, 139.
- [226] *Ibíd.*, 141.
- [227] *Ibíd.*, 143.
- [228] *Ibíd.*, p. 94, 96
- [229] *Ibíd.*, 99.
- [230] Judgment of July 27, 1949, Oberlandesgericht, Bamberg. Citado en H. L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71 (1958), 615-621.
- [231] M.D.A. FREEMAN, *o.c.*, 355.
- [232] *Ibíd.*, 356.

[233] L.L. FULLER, "Positivism and Fidelity to Law - A Replay to Professor Hart", *Harvard Law Review* 71 (1958), 655-657.

[234] R. DWORKIN, *A Trump Over Utility*: Oxford Journal of Legal Studies 1 (1981), 199-212.

[235] H. L. A. Hart, *Between Utility and Rights*: M.D.A. FREEMAN, *o. c.*, 444-454.

[236] M. CALVO GARCÍA, *o.c.*, 156.

[237] *Ibíd.*, 157

[238] *Ibíd.*, 158

[239] *Ibíd.*

[240] A. HERNÁNDEZ GIL, *o.c.*, 128.

[241] *Ibíd.*, 122.

[242] *Ibíd.*, 123

[243] N. MACCORMICK, *Contemporary Legal Philosophy: the Rediscovery of Practical Reason*: Journal of Law and Society 10 (1983), 1-15.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Fondo de Cultura Económica. Traducción de Alfredo N. Galletti. Reimpresión colombiana, Santafé de Bogotá, 1997.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. EDDILI. 10ma. Edición. Lima, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1997.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. 12ma. reimpresión. Traducción de Vicente Herrero. Fondo de Cultura Económica. México, 1990.
- BRUFAU PRATS, Jaime. *Teoría fundamental del derecho*. Editorial Tecnos S.A. 4ta. Edición Corregida, Madrid, 1990.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1982.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Editorial ARIEL. Barcelona-Caracas-México, 1978.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cómo nace el Derecho*. 3ra. Edición. Traducción de Santiago Sentís Melendo y

- Marino Ayerra Redín. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1997.
- DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Traducción de Julio Ayasta Gonzáles. EDINAF. Lima, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Editora EUDEBA, Buenos Aires, 1976.
- LOSANO, Mario G. *Teoría Pura del Derecho*. Evolución y puntos cruciales. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1992.
- PACHECO GÓMEZ, Máximo. *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. 4ta. Edición. Santiago, 1990.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. Traducción de Wenceslao Roces. Primera Edición en español, 1951. Reimpresión. Santafé de Bogotá, 1997.
- REALE, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho*. Editorial Tecnos S.A. Traducción del Ángeles Mateos, Madrid, 1997.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *El Derecho como norma y como relación social. Teoría General del Derecho*. EDIAL E.I.R.Ltda. Lima, 1996.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1985.
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*. Palestra Editores. Lima, 1999.