UNJu
Universidad
Nacional de Jujuy

Escuela Superior
de Ciencias Jurídicas
y Políticas

UNIVERSIDAD NACIONAL DE JUJUY

Escuela Superior de Ciencias Jurídicas y Políticas

CURSO DE INGRESO ABOGACÍA 2027

MÓDULO III
Nociones básicas de derecho

Módulo III: Nociones básicas de derecho

Fecha: 16 al 20 de noviembre de 2026

Evaluación: 21 de noviembre de 2026

Recuperatorio: 25 de noviembre de 2026

Equipo docente:
Dr. Guillermo Farfán
Ab. Federico Martinez
Ab. Diego Pantaleón
Abga. Silvia Camargo
Docentes de la Cátedra Introducción al derecho- Abogacía

Programa Académico:

En primer lugar, le queremos dar la bienvenida a la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Jujuy, el llegado a esta instancia implica haber cursado y aprobado los dos módulos anteriores que integran los módulos de ingreso de la carrea de abogacía.

Tanto el módulo de lectura y comprensión de texto en la práctica del derecho e introducción a la Ciencias Sociales los han preparado para abordar este tercer módulo, y en su conjunto constituyen el basamento del conocimiento para que puedan abordar el b primer cuatrimestre de la carrera.

Se pretende con el cursado de este tercer módulo un acercamiento a cuestiones medulares del derecho, que acompañe a los alumnos/as en la introducción al estudio de una de las ciencias sociales y que le permitirá aplicarla durante todo el cursado de la carrera.

A los fines de una mejor comprensión del módulo que nos ocupa lo hemos dividido en 3 ejes principales:

- En el primer eje veremos:

Noción elemental del derecho Para el estudio de un tema en particular es necesario comenzar con las noción básica y elemental del Derecho, que le permitan conocer los elementos preliminares indispensables para situarse en el complejo dominio del Derecho.

Derecho y moral, Se propone dar elementos necesarios para no confundir ambos conceptos.

- En el segundo eje buscaremos comprender

Concepto de Derecho. buscaremos llegar a un concepto de derecho y observar las diferentes acepciones del mismo, luego de ello llegaremos a su estructura tridimensional.

Ius Naturalismo y Ius Positivos. A continuación, breve repaso de las corrientes doctrinarias del derecho. Teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

Fuentes del Derecho. El derecho de base romanista y el common law. Ley, Costumbre, jurisprudencia, doctrina y fuente negocial

- **En el eje 3 hablaremos**

Validez formal de la norma y analizaremos sus requisitos.

Sanción y coacción. Concepto de sanción y el papel del Estado en la sanción.

1.-NOCIÓN ELEMENTAL DEL DERECHO:

Noción elemental del Derecho Comenzar a disertar sobre el Derecho supone admitir, como presupuesto de nuestro diálogo, una noción elemental y provisional de la realidad de la que vamos a hablar. Un gran pensador contemporáneo, Martin Heidegger, afirma, con razón, que toda pregunta envuelve, en cierta forma, una intuición de lo preguntado. En efecto, no se puede estudiar un tema sin tener del mismo una noción preliminar, de la misma manera como el científico, para realizar una investigación, avanza una hipótesis, conjetura una solución probable y la somete a posterior verificación. En el caso de las ciencias humanas, tal vez el camino más aconsejable sea el de aceptar, a título provisional o como principio de discusión, una noción corriente consagrada por el uso. Ahora bien, a los ojos del hombre vulgar el Derecho es ley y orden, esto es, un conjunto de reglas obligatorias que garanticen la convivencia social gracias al establecimiento de límites a la acción de cada uno de sus miembros. Cuando obra de conformidad con esta regla, se comporta según derecho; cuando no lo hace, obra torcidamente. Dirección, vinculación y obligatoriedad de un comportamiento para que éste pueda ser considerado lícito, tal parece ser la raíz intuitiva del concepto de Derecho. La palabra ley, según su etimología más probable, se refiere a vinculación, ligamen, lazo, relación, y se completa con el sentido nuclear de jus, que invoca la idea de uncir, unir, ordenar coordinar. Podemos, pues, decir, sin mayores indagaciones, que el Derecho corresponde a una exigencia esencial e insoslayable de una convivencia ordenada.

Multiplicidad y unidad del Derecho:

Como hecho social e histórico, el Derecho se presenta Como hecho social e histórico, el Derecho se presenta en múltiples formas y en función de variados campos de interés y se refleja en distintas y renovadas estructuras normativas.

Es innegable que, a pesar de los cambios que se suceden en el espacio y en el tiempo, nos referimos siempre a una única realidad. Esto indica que existen en ésta algunas "constantes", algunos elementos comunes que nos permiten identificarla como experiencia jurídica inconfundible con otras, como son la religiosa, la económica, la artística, etc. En efecto, debe existir algo común a todos los hechos jurídicos, sin lo cual sería imposible hablar de Derecho como expresión constante de la experiencia social. La primera finalidad de nuestras explicaciones será, pues, ofrecer una visión unitaria y panorámica de los diversos campos en los que se desdobla la conducta humana según las reglas de Derecho. Antes de estudiar un ámbito jurídico concreto, es preciso elaborar previamente una visión de conjunto: primero hay que ver el Derecho como un todo, para -pasar, luego, a examinarlo en sus partes especiales.

El Derecho abraza un conjunto de disciplinas jurídicas. Aunque más adelante tendremos oportunidad de examinar la cuestión relativa a la división del Derecho, es indispensable anticipar, ahora, algunas nociones sin las cuales nuestras consideraciones no tendrían consistencia.

El derecho se divide, en primer lugar, en dos grandes ámbitos: el del Derecho Privado y el del Derecho Público. Las relaciones que se refieren al Estado y que traducen el predominio del interés colectivo son llamadas relaciones públicas o de Derecho Público. Sin embargo, el hombre no vive sólo en relación con el Estado, sino también y principalmente vinculado a sus semejantes: la relación que existe entre padre e hijo, o entre quien compra y quien vende un determinado objeto, no es una relación que interesa de manera directa al Estado, sino al individuo en cuanto particular. Estas son relaciones de Derecho Privado.

Estos dos sectores se subdividen, a su vez, en otras ramas. Tales como, por ejemplo, el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, en el campo del Derecho Público, y el Derecho civil y el Derecho Mercantil, en el campo del Derecho Privado. El Derecho es, pues, un conjunto de estudios discriminados; abraza un tronco que tiene varias ramas, recibiendo cada una de ellas el nombre de disciplina.

¿Por qué se emplea a palabra disciplina? Advertimos siempre a nuestros alumnos la conveniencia de prestar atención al sentido de las palabras; éstas no surgen por azar, sino que como ya vimos al referirnos a los términos lex y ius conservan el secreto de su significado. El que impone disciplina es aquel que rige los comportamientos humanos y sabe imponer o inspirar una forma de conducta a los individuos, disciplina es un sistema de principios y de reglas al que los hombres deben atenerse en su comportamiento; es un sistema de enlaces destinados a balizar el comportamiento de los individuos de cualquier edad o clase social y también las actividades de las entidades colectivas y del propio Estado. Importa mucho tener presente que, en el concepto de disciplina, late siempre la idea de límite que discrimina lo que puede hacerse, lo que debe ser hecho y lo que no debe ser hecho; dando siempre la razón de los límites compuestos a la acción. De ahí que podamos completar lo que ya dijimos, con este proverbio: ubi ius, ibi ratio. Por lo demás, la palabra "razón" es realmente elucidativa, porque significa límite o medida (pensemos en la otra palabra que viene de ratio: ración) y, a la vez, indica el motivo o la causa de medir. En ningún caso, nadie puede ejercer una actividad sin razón de derecho.

Pensemos, por ejemplo, que nuestro contacto personal está protegido por el Derecho: todos, yo dando clase y vosotros oyéndola, estamos ejerciendo una facultad jurídica. Vosotros adquiriendo el derecho de asistir a clase mediante los exámenes que los habilitan para ello, y así os encontráis en el ejercicio de una actividad garantizada. También yo, por mi parte, estoy en el ejercicio de una función que se integra en mi personalidad como patrimonio mío: ejerzo un poder de obrar, tutelado por el Derecho.

En cada comportamiento humano está presente, aunque sólo sea indirectamente, el fenómeno jurídico: el Derecho se presupone en cada acción del hombre que se relaciona con otro hombre. El médico que receta a un enfermo practica un acto de ciencia y. al mismo tiempo ejerce un acto jurídico; tal vez no lo perciba ni tenga conciencia de ello, pues ordinariamente no es necesario que haya percepción del Derecho que se está ejerciendo. En realidad, el médico que extiende una receta está en el ejercicio de una profesión garantizada por las leyes del país y obra en virtud de un diploma que le faculta

para examinar al paciente y para señalarle el camino de su restablecimiento. Otro hombre cualquiera que pretenda hacer lo mismo sin tener estas cualidades estará ejerciendo iIícitamente la Medicina; no habrá para él el manto protector del Derecho, antes, por el contrario, su acto provocará la represión jurídica para proteger un-bien: la salud pública.
El Derecho es, en cierto aspecto, una realidad tuteladora de la organización y de la dirección de los comportamientos sociales. En virtud del Derecho puedo entrar en mi casa cuando me plazca, de la misma manera que puedo dedicarme a cualquier ocupación sin estar obligado a estudiar Medicina o Derecho, a ser comerciante o agricultor. Todas esas infinitas posibilidades de acción condicionan la existencia primordial del fenómeno jurídico. El Derecho, por consiguiente, tutela comportamientos humanos: para que esta garantía sea posible es preciso que existan normas de Derecho como instrumento de salvaguardia y de amparo de la convivencia social. Existen tantas especies de normas y, reglas jurídicas cuantos comportamientos y actitudes humanas son posibles. Si el comportamiento humano es delictivo, tal comportamiento sufre la acción de reglas penales; pero si la conducta mira a la consecución de un objetivo útil a los individuos y a la sociedad, las normas jurídicas la cubren con su manto protector.

Las diversas disciplinas jurídicas toman cuerpo a partir del hecho de que varias especies de normas del mismo género se relacionan entre sí y constituyen campos distintos de intereses a la vez. que implican diferentes esferas de investigación. Ni que decir tiene que es preciso apreciarlas en su conjunto para no caer en el equívoco de que cada una de ellas existe independientemente de las otras (que el Derecho Mercantil, pongamos por caso, nada tenga que ver con el Derecho Constitucional). Las disciplinas jurídicas representan y reflejan un fenómeno jurídico unitario. Y uno de los primeros objetivos de la Introducción al estudio del Derecho es la visión panorámica y unitaria de las disciplinas jurídicas.

El método en el Derecho

Para poder llevar a buen puerto estas tareas. es preciso seguir un método, una vía que nos lleve a un conocimiento seguro y cierto de lo que traemos entremanos. A lo largo de nuestra disciplina iremos adquiriendo las nociones básicas

del método jurídico. Método es el camino que debe ser recorrido para llegar a la adquisición de la verdad, para llegar a un resultado exacto o rigurosamente verificado. Sin método no hay ciencia. El hombre vulgar puede conocer con

certeza, pero no tiene certeza de la certeza.. El conocimiento vulgar no siempre es equivocado o incompleto. Puede ser cierto, pero lo que lo pone en cuestiónes la falta de seguridad referente a aquello que afirma. Es un conocimiento parcial, aislado, fortuito, sin nexo con los demás conocimientos. En el conocimiento metódico, la realidad es muy otra. Cuando decimos que tenemos ciencia de una cosa es porque verificamos lo que se enuncia respecto de la misma. La ciencia es una verificación de conocimientos y un sistema de conocimientos verificados. Sería simplemente inútil recorrer el mundo jurídico buscando

su visión unitaria sin disponer de los métodos adecuados para conocerlo, pues cada ciencia tiene su forma de verificación, que no es necesariamente la del modelo físico o matemático.

A lo largo de la exposición que hemos hecho han' quedado consignadas algunas de las finalidades básicas de la disciplina que muy oportunamente se imparte en el primer año de la carrera. Tenemos ante nosotros todo un mundo que descubrir. Cualquier viajero o turista que se proponga recorrer ignotos países se procura un guía que le oriente acerca de dónde podrá tomar el tren, el barco, el avión; dónde tendrá un hotel para pernoctar; dónde están los museos, bibliotecas y curiosidades que preferentemente deba conocer. Quien está cursando el primer año en una Facultad de Derecho debe recibir indicaciones acerca de su viaje de cinco cursos académicos que le permitan conocer los elementos preliminares indispensables para situarse en el complejo dominio del Derecho cuyos secretos no logrará desvelar plenamente en toda su vida.

2.-MORAL Y DERECHO

Nos encontramos, ahora, ante uno de los problemas más difíciles y también más bellos de la Filosofía Jurídica: el de la distinción entre Moral y Derecho. No pretendo, ahora, agotar el tema, sino más bien dar algunos elementos necesarios para no confundir ambos-conceptos, aunque sin llegar a escindirlos. No raras veces el avanzar en el conocimiento de la verdad radica en distinguir las cosas sin separarlas. Al hombre de poca cultura le basta con percibir una diferencia entre dos seres para inmediatamente oponerlos; pero los más experimentados conocen el arte de distinguir sin separar, siempre que no haya razones esenciales que justifiquen la contraposición.

Muchas son las teorías acerca de las relaciones entre el Derecho y la Moral.

Nos limitaremos a tratar algunos puntos de referencia esenciales, teniendo en cuenta de modo especial el papel_que desempeñaron en el desenvolvimiento histórico de la problemática que el tema presenta l.

La teoría del mínimo ético

En primer lugar, recordemos la teoría del "mínimo ético" ya expuesta de alguna manera por el filósofo inglés Jeremías Bentham y desarrollada, más tarde, por varios autores entre los que se cuenta el gran jurista alemán de fines del siglo pasado y principios de éste, Georg Jellinek.

La teoría del mínimo ético consiste en afirmar que el Derecho representa el mínimo de Moral necesario para que la sociedad pueda sobrevivir. Como no todos pueden ni quieren cumplir de una manera espontánea las obligaciones morales. se hace indispensable dotar de fuerza ciertos preceptos éticos para que la sociedad no zozobre.

_____I Para mayores desarrollos véase nuestra Filosofia do Direito. 7.a edición. cit.. vol. II.

La Moral dicen los partidarios de esta doctrina, se cumple de manera espontánea; pero como las violaciones son inevitables, es necesario que se castigue con más vigor y rigor la transgresión de los dispositivos que la comunidad considera indispensables para la paz social. Así. el Derecho no aparece como algo diverso de la Moral, sino que es una parte de ésta, protegida por garantías específicas.

La teoría del mínimo ético puede esquematizarse a través de la imagen de dos círculos concéntricos de los cuales el mayor corresponde a la Moral y el menor al Derecho. De esta suerte aparecerá un campo de acción común a ambos; estando el Derecho comprendido dentro de la Moral. Conforme Con este. símil podríamos decir que "todo lo que es jurídico es moral, pero no todo lo que es morales jurídico".

¿Son aceptables los principios de esta doctrina? ¿Será correcto afirmar que todas las normas jurídicas se contienen dentro del plano moral? El bien social ¿se realiza siempre que se alcanza la plena satisfacción de los valores de la subjetividad. es decir. el bien personal de cada uno?.

Observemos que fuera de la Moral existe lo "inmoral"; pero existe también lo "amoral". Una regla de circulación viaria -por ejemplo aquella que exige que los vehículos circulen por la derecha- es una norma jurídica. Pero si mañana el legislador, obedeciendo a imperativos técnicos, opta por la izquierda ¿podrá decirse que esta decisión influye en el campo moral? Evidentemente, no. El Derecho Procesal establece que el demandado debe contestar a la demanda dentro de un plazo determinado. Y ¿por qué no otro? Si fuese otro ¿podríamos decir que el cambio influiría en la vida moral? Evidentemente, no. El artículo 1.301 del Código Ovil establece que la acción de nulidad de los contratos cuando adolezcan de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley (art. 1.300) "sólo durará cuatro años". ¿Por qué no un plazo de cinco años o de tres años y medio? Son razones puramente técnicas, de utilidad social, las que resuelven muchos problemas de carácter jurídico. Por tanto, no es exacto decir que todo lo que sucede en el mundo jurídico sea dictado por motivos de orden moral.

También existen actos jurídicamente lícitos que no lo son desde el punto de vista moral. Tenemos, por ejemplo. el caso de una sociedad mercantil de dos socios uno de los cuales se dedica totalmente a los objetivos de la empresa, mientras que el otro descansa en el trabajo ajeno prestando de tarde en tarde una débil colaboración a fin de' justificar su participación en los beneficios sociales. Si el contrato social establece para cada socio una compensación igual. 'ambos, recibirán la misma cantidad. Cabe preguntar: ¿es esto moral? Hay pues un campo de la Moral que no se confunde con el campo jurídico.

El Derecho llega a tutelar muchas materias que no son morales. Un hecho concreto puede provocar nuestra repulsa íntima sin que acaso pueda ser objeto de reclamación jurídica. Muchas relaciones amoral es o inmorales se realizan al amparo de la ley creciendo y desenvolviéndose sin que aparezcan obstáculos jurídicos a las mismas. La aspiración constante de que el Derecho tutele sólo lo "lícito-moral" no es plenamente realizable en la

práctica; a pesar de todas las providencias posibles, siempre permanece un residuo inmoral que es tutelado por el Derecho. Hay, pues, que acotar una esfera dentro del campo jurídico que si no es inmoral, al menos es amoral y que induce a representar al Derecho Y a la Moral como dos círculos secantes. Podemos decir que estas dos representaciones -la de los dos círculos concéntricos y la de dos círculos secantescorresponden a dos concepciones: la primera, referida a la concepción ideal, y la segunda mirando a la concepción real o pragmática de las relaciones entre el Derecho y la Moral. Si bien las representaciones gráficas tienen sus ventajas y sus desventajas -entre estas últimas está la de simplificar excesivamente los problemas-, sin embargo, sirven, al iniciar los estudios, de puntos de referencia para ulteriores investigaciones.

El cumplimiento de las reglas sociales

Si analizamos los hechos que generalmente suceden en la sociedad o los que nos rodean en nuestra vida cotidiana, podemos comprobar que existen reglas sociales que son cumplidas de manera espontáneo.- A su lado existen otras reglas que los hombres solamente cumplen en determinadas ocasiones cuando son forzados a ello. Hay, pues, una distinción entre cumplimiento espontáneo y cumplimiento obligatorio o forzado de las reglas sociales. ¿A cuál de estas categorías pertenece la Moral? Podemos decir que la Moral es el mundo de la conducta espontánea, el mundo del comportamiento que encuentra en sí mismo su razón de existir. El acto moral indica la adhesión del espíritu al contenido de la regla. Sólo tenemos Moral auténtica cuando el individuo, por un movimiento espiritual espontáneo, realiza el acto enunciado por la norma. No es posible concebir acto moral fruto de la fuerza y de la coacción. Nadie puede ser bueno por la violencia. Sólo es posible practicar el bien en sentido propio cuando él nos atrae por lo que en sí mismo vale y no por la interferencia de terceros o por la fuerza que venga a consagrar la utilidad o la conveniencia de una actitud. Aun cuando haya reparos a poner a la ética kantiana por su excesivo formalismo -ética que pretende el cumplimiento riguroso de "el deber por el deber"-, queda fuera de duda que Kant vislumbró una verdad esencial cuando puso en evidencia la espontaneidad del acto moral.

La Moral para realizarse auténticamente debe contar con la adhesión de los obligados. Quien practica un acto, consciente de su moralidad, se adhiere por lo mismo al mandamiento que acata. Si respeto a mi padre, práctico un acto en la plena convicción de su intrínseca valía; coincidiendo el dictamen de mi conciencia Con el contenido de la regla moral. ¿Acontecerá lo mismo con el Derecho? ¿Habrá siempre una adecuación entré mi manera de pensar y obrar y el fin que, en abstracto, prescribe la regla jurídica? En el plano de la Moral, como ya hemos dicho, esta coincidencia es esencial. Pero esto mismo no ocurre en el mundo jurídico.

Otro ejemplo viene a esclarecer la cuestión. Es un ejemplo traído de mi experiencia profesional y que puede repetirse con cualquiera de los oyentes a lo largo de esta vida llena de imprevistos y de dramas que nos dejan perplejos. Cierta vez fui llamado a una residencia de ancianos que me expusieron su angustiosa situación económica, carentes

como estaban de los más elementales medios de subsistencia. Como decían los romanos en su comprensión realista de Ia vida, la vejez es la peor de las dolencias. Los ancianos me revelaron que un industrial de gran capacidad económica, poseedor de fábricas y establecimientos comerciales, no solamente se negaba a prestarles toda asistencia, sino que también prohibía a sus familiares y deudos que lo hicieran. Ahora bien, el Código Civil brasileño, como el de todas las naciones civilizadas, consagra el principio de solidaridad económica entre los cónyuges y los parientes. En ese sentido, los descendientes no pueden descuidar la asistenciadebida a los padres y abuelos cuando éstos se encuentran en dificultades económicas por motivos que no puedan ser superados. Se trata evidentemente de un precepto de orden jurídico que es, al mismo tiempo, de orden moral. Es el principio de solidaridad humana, o mejor todavía de solidaridad familiar, que dicha regla jurídica consagra en los Códigos; si la ley civil establece la obligación de prestar alimentos, la ley procesal asegura a los necesitados los remedios indispensables para la realización de este desiderátum, gracias a la intervención del juez.

Como en el caso concreto que me fue dado conocer como abogado, demos por hecho que el hijo no ceda a razones y se niegue obstinadamente a prestar asistencia a sus progenitores. No quedará a los padres más que un camino: el de ejercitar una acción procesal para urgir la obligación de dar alimentos. Realizada la prueba demostrando la carencia económica de los interesados y de la suficiencia del hijo para pagar la cantidad señalada por los peritos, el juez dictó sentencia condenando .al hijo a pagar una pensión alimenticia mensual.

Esta sentencia, después de la apelación pasó a cosa juzgada, esto es, se convirtió en sentencia ante la cual no cabía ya recurso alguno. Sentencia firme es aquella contra la cual no es posible recurso; es una sentencia que se hace exigible porque los órganos del poder judicial se han pronunciado de una manera definitiva. Estábamos; pues, ante una sentencia y podíamos promover su ejecución respondiendo los bienes del hijo como garantía de que se realizaría lo dispuesto por el juez.

El hijo hizo efectivo el pago de la pensión, pero de mala gana: vencido, pero no convencido. Yo me pregunto: ¿hasta qué punto la regla moral coexiste en este caso con la regla jurídica? ¿hasta qué punto el pago pudo convertirse en una acción moral? La regla moral de asistencia a los ascendientes no coincide con la regla jurídica desde el momento en que se hace indeclinable el recurso a la fuerza a través del poder judicial. En el momento en que los padres comparecieron ante el juez para interponer la acción a fin de lograr la prestación del deber filial, la regla moral no acompañó a la regla jurídica, sino que quedó momentáneamente eclipsada por falta de apoyo en el plano de la conciencia del obligado; en realidad, el Derecho se pone al servicio de la Moral para suplir la falta de adhesión espontánea a su imperativo de solidaridad humana.

La Moral es incompatible con la violencia, con la fuerza, o sea con la coacción; incluso cuando la fuerza se manifiesta como fuerza jurídicamente organizada. El hijo que mensualmente paga la prestación alimenticia obligado por el imperativo de la sentencia

sólo practicará un acto moral el día en que se convenza de que no está cumpliendo una obligación impuesta, sino que está practicando un acto que le enriquece espiritualmente, enriquecimiento que será más valioso cuanto menos piense en el cálculo de sus intereses.

Derecho y coacción

El cumplimiento obligatorio de la sentencia satisface al mundo jurídico, pero continua ajeno al campo propiamente moral. Esto nos demuestra que existe, entre el Derecho y la Moral, una diferencia básica que podemos indicar con esta expresión: la Moral es incoercible y el Derecho es coercible. Lo que distingue al Derecho de la Moral, es, por tanto, la coercibilidad. Coercibilidad es una expresión técnica que sirve para mostrar la plena compatibilidad que existe entre el Derecho y la fuerza.

Hay tres posturas diferentes respecto de la relación entre Derecho y fuerza.

Una primera teoría, imbuida de eticismo absoluto, sostiene que el Derecho nada tiene que ver con la fuerza, ni en su aparición ni en su realización. Según los partidarios de esta doctrina habría, con referencia al Derecho, la misma incompatibilidad que hay con la Moral. Esta teoría idealiza el mundo jurídico, perdiendo de vista lo que efectivamente sucede en la sociedad.

En el campo diametralmente opuesto, tenemos la teoría de la coacción, que ve en el Derecho una efectiva expresión de fuerza. Para Jhering, uno de los mayores juristas del siglo pasado, el Derecho se reduce a "norma+coacción", lo cual fue seguido con entusiasmo por Tobías Barreto que lo definió como "la organización de la fuerza". Según esta concepción, podríamos definir el Derecho como la ordenación coercitiva de la conducta humana. Ésta es la definición incisiva del Derecho dada por uno de los grandes maestros contemporáneos, Hans Kelsen, que, aun nonagenario, se mantuvo siempre fiel a sus principios del normativismo estricto.

A título de ilustración cabe recordar que Jhering simbolizaba la actividad Jurídica con una espada y una balanza: el Derecho no sería el equilibrio de la balanza si no estuviese garantizado por la fuerza de la espada. Idea que está en consonancia con lo expuesto por él en su famoso libro La lucha por el Derecho. que mi generación leía con entusiasmo.

La teoría de la coacción logró larga adhesión en la época del predominio positivista. siendo después objeto de críticas aceradas comenzando por la observación fundamental de que generalmente se da el cumplimiento espontáneo del Derecho. Millares de contratos se ejecutan espontáneamente, siendo muy reducido el número de los que engendran 'conflictos sujetos a la decisión judicial. No se puede definir la realidad jurídica en función de lo que excepcionalmente acontece.

Por otro lado, la coacción ya es, en sí misma. un concepto jurídico, dándose la interferencia de la fuerza en virtud de la norma que la prevé, la cual, a su vez, presupone otra manifestación de fuerza y, por consiguiente, otra norma superior; y así sucesivamente

hasta llegar a una norma pura o a la pura coacción. Fue, esta, objeción la que Hans Kelsen procuró superar con su teoría de la norma fundamental, teoría que estudiaremos más adelante.

Lo que hay de verdad en la doctrina de la coacción es la verificación de la compatibilidad del Derecho con la fuerza. lo que ha dado lugar a la aparición de una tercera teoría que pone el problema en términos más rigurosos: es la teoría de la coercibilidad, según la cual el Derecho es la ordenación coercible de la conducta humana.

La diferencia está en un adjetivo, pero es fundamental. Para unos la fuerza está siempre presente en el mundo jurídico, es inmanente al mismo y. por tanto. le es inseparable. Para otros, la coacción en el Derecho no es efectiva sino potencial representando una segunda línea de garantía de la ejecución de la norma cuando se revelan insuficientes los motivos que. comúnmente, impulsan a los interesados a cumplirla.

La teoría de la coercibilidad, cierta en cuanto revela la posibilidad de la existencia de ejecuciones jurídicas compulsorias sin que esto comprometa su juridicidad. nos deja en el vestíbulo del problema, pues surge inmediatamente la pregunta: ¿qué es: lo que explica esta compatibilidad entre el Derecho y la fuerza?

Derecho y heteronomía

Por los ejemplos dados hasta; ahora se ve que podemos obedecer o no a las normas de Derecho de las cuales somos los destinatarios. Éstas son puestas por el legislador. Por los jueces, por los usos y costumbres. siempre por terceros, pudiendo coincidir o no sus mandamientos con las convicciones que nosotros tenemos sobre la cuestión.

Podemos criticar las leyes de las cuales disentimos. pero debemos obrar en conformidad con ellas les demos o no la adhesión de nuestro espíritu. Esto significa que ellas valen objetivamente, independientemente y a despecho de la opinión y del querer de los obligados.

Esta validez objetiva y transpersonal de las normas jurídicas que por así decirlo, se sobreponen a las pretensiones de los sujetos de una relación superándolas en la estructura de un querer irreductible al querer de los destinatarios es lo que se denomina heteronomia. Fue Kantel primer pensador que enunció esta nota diferenciadora afirmando que la Moral es autónoma y el Derecho heterónomo. No todos pagan los impuestos de buen grado; el Estado no pretende que al pagar un tributo el contribuyente lo haga con una sonrisa en los labios, le basta con que el pago se haga en las fechas determinadas. Nada más absurdo y monstruoso que la idealización de un homo iuridicus, modelado según el Derecho y destinado a practicado con rigurosa fidelidad a las estructuras normativas.

En el Derecho se da un cierto carácter de "extranjería" del individuo con relación a la regla, ya que decimos que el Derecho es heterónomo por ser puesto por terceros aquello que jurídicamente estamos obligados a cumplir.

Se dirá que los terceros son el Estado y que el Estado está constituido por la sociedad de los hombres, de manera que, en último análisis, nos estamos gobernando a nosotros mismos. Es una satisfacción poder pensar que nos estamos autogobernando y dictando las reglas que debemos obedecer. Con todo, no siempre existe esta aquiescencia, porque podemos estar en espíritu contra la ley y al mismo tiempo estar obligados a obedecerla. La ley puede ser injusta o inocua, pero en cuanto no ha sido revocada o no ha caldo en desuso manifiesto, obliga y se impone contra mi voluntad; lo cual no impide que se deba, en la medida de lo posible, neutralizar o atenuar el rigor del Derecho injusto 2. El carácter de heteronomía es, por tanto, mucho más profundo de lo que a primera vista parece. De ahí que podamos dar un paso más y decir que el Derecho es la ordenación heterónoma y coercible de la conducta humana.

Llegados a este punto, surge la siguiente pregunta: el Derecho, ¿es coercible y heterónomo como razón última o se presenta así en virtud de otro requisito que es esencial?

Bilateralidad atributiva

Durante mucho tiempo los juristas, bajo la influencia de la escuela positivista, se contentaron con la presentación del problema en términos de coercibilidad. Pronto renunciaron a la "teoría de la coacción en acto", para aceptar la "teoría de la coacción en potencia"; o sea, después de ver al Derecho como coacción efectiva pasaron a apreciarlo como posibilidad de coacción, pero nunca abandonaron el elemento coercitivo. Éste permaneció como elemento último en la determinación del Derecho. Podemos decir que el pensamiento jurídico contemporáneo no se contenta con el concepto de "coacción potencial". sino que. con mayor profundidad, procura penetrar más al interior de la experiencia jurídica para descubrir la nota distintiva esencial del Derecho. Ésta es, según nuestro criterio. la bilateralidad atributiva.

La teoría de la bilateralidad atributiva a la cual he dado desarrollo propio, corresponde a la posición de otros iusfilósofos contemporáneos. Así, por ejemplo, Del Vecchio dice que la Moral se distingue del Derecho por el elemento de "bilateralidad". "alteridad" o "intersubjetividad", dando a estos términos un sentido tal vez equivalente al que enunciamos con el adjetivo "atributivo". Un jurista polaco integrado en la cultura rusa del siglo pasado, Petrazinski. emplea la expresión "imperatividad atributiva". Por otro lado, no podemos olvidar los antecedentes de la doctrina contenidos en los conceptos de "relación" de Aristóteles, de "alteritas" de Santo Tomás, de "exterioridad" desarrollado por Christian Thomasius. y en el de "heteronomía" expuesto por Kant, o en el del "querer entrelazante" de Stammler. etc.3.

En orden a caracterizar lo que va a ser la "imperatividad atributiva", Petrazinski nos da un ejemplo que reproducimos con algunas modificaciones. Imaginemos que un hombre acomodado. al salir de casa, se encuentra con un viejo amigo de infancia que, impulsado por la necesidad, le pide una ayuda de cinco rubios, recibiendo una negativa formal y violenta. Acto seguido, la misma persona toma un coche para ir a determinado lugar. Al

finalizar el trayecto, el cochero le cobra cinco rubios. La diferencia de la situación es muy grande entre el cochero que cobra cinco rubios y el amigo que solicitaba la misma cantidad.

En el caso del amigo que pedía limosna había un nexo de posible solidaridad humana, de caridad; pero en el caso del cochero tenemos un nexo de crédito por efecto de la prestación de un servicio. En el primer caso, no hay vínculo de exigibilidad; lo que no sucede en el segundo, pues el cochero puede exigir el pago de la tarifa. Este ejemplo nos demuestra cómo el Derecho implica una relación entre' dos o más personas según un cierto orden objetivo de exigibilidad.

Por los estudios que hemos desarrollado sobre la materia pensamos que se da bilateralidad atributiva cuando dos o más personas se relacionan según una proporción objetiva que les autoriza a pretender o a exigir algo con garantías. Cuando un hecho social presente este tipo de relación, decimos que es jurídico. Donde no existe proporción en el pretender, en el exigir o en el no hacer, no hay Derecho de la misma manera que no existe éste si no hay garantía especít1ca para tales actos.

Bilateralidad atributiva es, pues, una proporción intersubjetiva en función de la cual los sujetos de una relación son autorizados para pretender, exigir o hacer garantizadamente algo.

Este concepto se desdobla en los siguientes elementos complementarios:

a) Sin una relación que una dos o más personas no se da Derecho (bilateralidad en sentido social, como intersubjetividad).
b) Para que haya Derecho es indispensable que la relación entre los sujetos sea objetiva, esto es, no susceptible de ser reducida unilateralmente a cualquiera de los sujetos de la relación (bilateralidad en sentido axiológico).

c) De la proporción establecida debe resultar la atribución garantizada de una pretensión o acción que se puede limitar a los sujetos de la relación o extenderse a terceros (atribución).

Es evidente que podríamos emplear otras expresiones para designar la nota distintiva del Derecho como, por ejemplo, proporción atributiva; pero lo esencial es comprender la sustancia de la cuestión captando el concepto de la misma en su concreción.

No estarán de más algunas consideraciones complementarias que sirvan también para deshacer algunos equívocos frecuentes en esta materia. En un contrato de corretaje, por ejemplo, el propietario o el intermediario se relacionan para efectuar la venta de un predio, estando autorizado el corredor a prestar sus servicios con la garantía de una retribución proporcional al precio fijado. En éste, como en los demás vínculos contractuales, ninguna de las personas debe quedar a merced de la otra; la acción de ambas está subordinada a una proporción transpersonal u objetiva que se resuelve en una

relación de prestaciones y contraprestaciones recíprocas.

Por esto no es esencial que la proporción objetiva siga el modelo de la reciprocidad propia de las relaciones contractuales. Basta que la relación se estructure según una proporción que excluya la arbitrariedad (que es el noDerecho) y que represente la concretización de intereses legítimos según criterios de racionalidad variables en función de la naturaleza y la finalidad de la vinculación. Por ejemplo, un negocio puede ser aleatorio asumiendo una de las partes deliberadamente el riesgo de la operación acordada.

No se diga que el concepto de bilateralidad o proporción atributiva sólo es aplicable al plano de las relaciones privadas, y que no es conforme ni con la estructura de las relaciones entre los particulares y el Estado, ni para caracterizar, por ejemplo, las reglas de organización de un servicio público. Se afirma que en esta clase de normas no hay proporción ni hay atribución, cuando lo que hay que advertir es que estos términos no pueden emplearse aquí en sentido contractual. En realidad, cuando se instituye un órgano del Estado o de una sociedad particular, es inherente al acto de organización la atribución de competencias para que los agentes o representantes del órgano puedan obrar según el cuadro objetivo configurado en la ley. Tiene, por consiguiente, siempre proporción y atribución.

Comparación con las normas de trato social.

En la sociedad hay otra categoría de reglas y. de hábitos aceptados socialmente, que son acatados por la fuerza de la costumbre o, como se dice impropiamente, en virtud de una "convención social". Son las normas de trato sosial. que van desde las reglas más elementales del decoro a las más refinadas normas de etiqueta y de cortesía.

Según algunos autores como Radbruch y Del Vecchio este tipo de reglas no pueden constituir un tertium genus. Pero aceptada su existencia ocupan una situación intermedia entre la Moral y el Derecho. Nadie puede ser forzado por ejemplo a ser cortés, pues es inconcebible la cortesía forzada como lo sería un saludo hecho bajo la amenaza de agresión. En este punto, las normas convencionales comparten la espontaneidad y la incoercibilidad propias de la Moral. Quien desatiende a esta categoría de reglas sufre una sanción social (como es la censura o el desprecio público), pero no puede ser coaccionado a practicarlas.

Por otro lado. no es indispensable que los actos de buen tono sean practicados con sinceridad. Puede atender a las reglas de etiqueta tanto el hombre desinteresado como quien se sirve de ellas con intenciones malévolas. Para cumplir una norma de trato social basta con la adecuación exterior del acto a la regla, sin necesidad de adherirse a su contenido: en este punto las reglas de trato social coinciden con el Derecho.

Estos usos sociales o reglas de trato social son bilaterales lo mismo que las de la Moral, pero no son bilateral-atributivas, razón por la cual nadie puede exigir que lo saluden respetuosamente: la atribución surge solamente cuando la costumbre se convierte en

norma jurídica consuetudinaria o el acto de cortesía se transforma en obligación jurídica, como es el caso del saludo militar al superior jerárquico. Teniendo a la vista lo expuesto podemos resumir las notas distintivas de los tres campos de la Ética que acabamos de analizar componiendo el siguiente cuadro:

	Coercibilidad	Heteronomía	Bilateralidad	Atribución
---- MORAL	-	-	+	-
----DERECHO	+	+	+	+
----COSTUMBRE	-	+	+	-

3.-CONCEPTO DE DERECHO. SU ESTRUCTURA TRIDIMENSIONAL:

El estudio de las diferencias y correlaciones entre la Moral y el Derecho nos permite dar una noción de éste sin que nos angustie la preocupación de definirlo. Resumiendo lo ya expuesto, podemos decir que el Derecho es la ordenación bilateral atributiva de las relaciones sociales en la medida exigida por el bien común.

Todas las reglas sociales -las morales, las jurídicas y las convencionales o de trato social- ordenan la conducta. Pero el modo de esta ordenación difiere según sea la regla. Es propio del Derecho ordenar la conducta de manera bilateral y atributiva, o sea, estableciendo relaciones de exigibilidad según una proporción objetiva. El Derecho, por tanto, no mira a ordenar las relaciones de los individuos entre sí para satisfacción de ellos, sino que, por el contrario, mira a realizar una convivencia ordenada la cual se traduce en la expresión: bien común. El bien común no es la suma de los bienes individuales, ni la medida del bien de todos. El bien común hablando con rigor, es la ordenación de lo que cada hombre puede realizar sin perjuicio del bien ajeno, una composición armónica del bien de cada uno con el bien de todos. Modernamente el bien común ha sido visto -y esta es, en el fondo, la enseñanza del iusfilósofo italiano Luigi Bagolini- como una estructura social en la cual se encuentran formas posibles de participación y de comunicación de todos los individuos y grupos.

Acepciones de la palabra "Derecho":

Con la palabra "Derecho" sucede lo que siempre acontece cuando un vocablo que se liga íntimamente a las vicisitudes de la experiencia humana pasa a ser usado a lo largo ge siglos y adquiere así muchas acepciones que deben distinguirse cuidadosamente.

En primer lugar, consideremos que estudiar el Derecho es estudiar una rama del conocimiento humano que ocupa un lugar peculiar en los dominios de las Ciencias sociales, al lado de la Historia, de la Sociología, de la Economía, de la Antropología, etc.

La Ciencia del Derecho ostentó durante mucho tiempo el nombre de Jurisprudencia que era la designación dada por los juristas romanos. Actualmente esta palabra posee un

significado más estricto para indicar la doctrina que se va formando a través de una sucesión convergente y coincidente de decisiones judiciales o de resoluciones administrativas (jurisprudencia judicial y jurisprudencia administrativa). Pensamos que debe hacerse todo lo posible para mantener la acepción clásica de esta palabra, tan densa de significado y que pone de manifiesto una de las virtudes primordiales que debe tener el jurista: la prudencia" el cauteloso sentido de la medida en las cosas humanas.

Ese primer sentido de la palabra Derecho está en correlación esencial con lo que denominamos "experiencia jurídica", cuyo concepto implica la efectividad de comportamientos sociales en función de un sistema de reglas que también designamos con el vocablo Derecho.

Nada hay de extraño en este hecho, pues es frecuente que una misma palabra designe tanto la ciencia como el objeto de la misma, esto es, la realidad o tipo de experiencia que constituye la razón de sus indagaciones y esquemas teóricos.

Derecho significa, por consiguiente, tanto el ordenamiento jurídico, O sea, el sistema de normas o reglas jurídicas que señala a los hombres determinadas formas de comportamiento confiriéndoles posibilidades de acción, como el tipo de ciencia que lo estudia, la Ciencia del Derecho o Jurisprudencia.

Muchas confusiones surgen del hecho de no hacer una clara distinción entre una y otra acepción. Cuando decimos, por ejemplo, que el Derecho español contemporáneo es diferente del que existía bajo los Austrias, aun manteniendo una línea de continuidad de acuerdo con la índole del pueblo español y de sus contingencias socioeconómicas, nos estamos refiriendo preferentemente a un momento de la vida de la sociedad, a un hecho social. El Derecho es un fenómeno histórico-cultural.

No debe identificarse" el concepto de Derecho como experiencia social y el de Derecho como ciencia. La prueba de que esta identificación no se justifica radica en este hecho de consecuencias revelantes: la experiencia social que llamamos Derecho no es sólo objeto de estudio por la Ciencia del Derecho, sino que el fenómeno jurídico también puede ser estudiado, por ejemplo, por el sociólogo, dando lugar a un campo de investigación que se llama Sociología Jurídica; puede ser igualmente estudiada en su desenvolvimiento a través del tiempo, surgiendo así la Historia del Derecho.

Historia del Derecho, Sociología Jurídica y Ciencia del Derecho son tres campos de conocimiento distintos y que se constituyen sobre la base de una única experiencia humana que es el Derecho como hecho de convivencia ordenada.

No terminan aquí las acepciones de la palabra. A veces decimos que un personaje determinado luchará ardorosamente "por el Derecho", o que la "Organización de las Naciones Unidas lucha por el Derecho". En estos casos, la palabra indica algo que está por encima de las dos acepciones ya examinadas, traduciendo un ideal de justicia. Derecho significa, en tales casos, lo justo. Cuando nos referimos a la lucha, a los combates en favor

del Derecho, estamos empleando la palabra Derecho en sentido axiológico, como sinónimo de justicia.

Todavía queda por enfocar otra connotación de la palabra Derecho que aparece cuando decimos que el propietario tiene derecho a disponer de lo suyo: es el sentido subjetivo del Derecho, inseparable del objetivo al cual ya nos hemos referido. Es, por así decirlo, la regla de Derecho vista por dentro, como acción regulada. Quedó dicho que las reglas representan siempre el trazado de los ámbitos de actividad de los hombres y de los grupos. Examinando cualquier norma de Derecho que discipline el comportamiento humano, percibimos que en ella coexisten dos aspectos muy distintos: por un lado, ella ordena la conducta y, por otro, asegura una posibilidad o poder de obrar. Tenemos así un módulo de comportamiento con dos efectos concomitantes: al mismo tiempo que delimita la acción, la garantiza dentro del espacio social delimitado. Cuando el Estado dicta una norma de Derecho fijando los límites al comportamiento de los hombres, no mira al valor negativo de la limitación en sí, sino al valor positivo de la posibilidad de pretender algo en la esfera previamente circunscrita.

No pensemos que en el orden jurídico hay una preocupación de levantar I muros en torno a la actividad individual. El ideal es que cada hombre pueda realizar sus fines de una manera más amplia; pero es evidente que no podría coexistir el arbitrio de cada uno con el de los demás sin una delimitación armónica de las libertades, constante enseñanza clásica de Kant. De este modo, el Derecho delimita para liberar: cuando limita, libera. Pues bien, éste es el problema del Derecho subjetivo, que será mejor analizado después de haber precisado y determinado el concepto de Derecho objetivo, del cual aquel es inseparable.

El hecho de que la palabra Derecho tenga varias acepciones, no- debe parecer extraño, al ser imposible, en las ciencias humanas, tener siempre una palabra para cada idea. El químico tiene la ventaja de emplear símbolos distintos: la fórmula CO_2, por ejemplo, se refiere a un único y determinado ser.

Esto da seguridad en el campo de la investigación y pone el problema de la comunicación sobre bases más sólidas, lo cual ha inducido a algunos juristas a tratar de axiomatizar el Derecho. Pero tales formulaciones de tipo matemático sacrifican el contenido axiológico, esencial para la comprensión de la experiencia jurídica. En el campo de las ciencias sociales no podemos alimentar ilusiones en el sentido de lograr un extremado rigor terminológico, pero no por esto nos faltan estructuras conceptuales que puedan ajustarse a la compleja y matizada conducta humana.

Estructura, tridimensional del Derecho

El simple hecho de que existan varias acepciones de la palabra Derecho suscita una pregunta que aún hoy continúa formulándose: estos significados fundamentales que a través del tiempo han sido atribuidos a una misma palabra ¿acaso no revelan que hay

aspectos o elementos complementarios en la experiencia jurídica? Un análisis en profundidad viene a demostrar que tales significados corresponden a tres aspectos básicos, discernibles en cualquier momento de la vida jurídica: un aspecto normativo (el Derecho como ordenamiento y su respectiva ciencia); un aspecto fáctico (el Derecho como hecho, o en su efectividad social e histórica) y un aspecto axiológico, (el Derecho como, valor de justicia).

En las últimas cuatro décadas el problema de la tridimensionalidad del Derecho ha sido. objeto de estudios sistemáticos hasta culminar en una teoría a la que creo haber dado nueva conformación, sobre todo por la demostración de que:

a) Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (hecho económico; geográfico, demográfjco, de carácter técnico etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinando o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor.

b) Tales elementos o factores (hecho, valor y norma) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

c) Más aún, esos elementos o factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como los elementos de un proceso (ya vimos que el Derecho es una realidad histórico-cultural) de tal modo que la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran 1.

Dicho esto, analicemos el esquema o estructura de una norma o regla jurídica de conducta:

a) Si es H (hecho), debe ser P (prestación).

b) Si no fuera P (prestación), deberá ser SP (sanción penal).

Por ejemplo, una norma legal prevé el pago de una letra de cambio, en la fecha de su vencimiento, bajo la pena de protesto, gozando el acreedor de la facultad de promover la ejecución del crédito. En este caso diríamos:

a) Si hay una deuda cambiaría (H), debe ser pagada (P).

b) Si la deuda no fuese pagada (no P), deberá existir una sanción penal (SP).

Más adelante, estudiaremos mejor esta cuestión. Lo que ahora deseamos demostrar es que, en este ejemplo, la norma de Derecho cambiaria representa una disposición legal que se 'basa en un hecho de orden económico (el hecho de que, en la época moderna, las necesidades del comercio exigen formas adecuadas de relación) y que mira a asegurar un valor, el valor de crédito. en orden a un pronto pago sobre la base de lo que está formalmente declarado en la letra de cambio. Como puede verse, un hecho económico

queda ligado a un valor de garantía para expresarse a través de una norma legal que atiende a las relaciones que deben existir entre aquellos dos elementos.

La letra de cambio, en una explicación elemental y sumaria, surgió como un documento mediante el cual una persona ordenaba a otra que pagase a un tercero una determinada cantidad a la presentación del título. Si estudiamos la evolución de esta notable creación del Derecho Mercantil, constatamos que ha ido sufriendo alteraciones a través de los tiempos debidas a los cambios operados en el plano de los hechos (alteraciones en los medios de comunicación y de información, en. el sistema de crédito o de organización bancaria) y debidas también a la alteración de nuestros valores o fines económicoutilitarios de crédito y de circulación garantizada de la riqueza hasta convertirse en un título de crédito de naturaleza autónoma, literal, abstracta y exigible.

De este modo, hechos, va/ores y normas se implican y se exigen recíprocamente, lo cual, como hemos de ver, se refleja también en el momento en que el jurisperito (abogado, juez o administrador) interpreta una norma jurídica para aplicarla.

Desde su origen, esto es, desde la aparición de la norma jurídica -que es síntesis integrante de hechos ordenados según valores- hasta el momento final de su aplicación, el Derecho se caracteriza por su estructura tridimensional en la cual hechos y valores se dialectizan, esto es, obedecen a un proceso dinámico que hemos de ir desvelando. Decimos que este proceso del Derecho obedece a una forma especial de dialéctica que llamamos "dialéctica de implicaciónpolaridad" que no se confunde con la dialéctica hegeliana o marxista de los opuestos. Ésta es una cuestión que podrá ser esclarecida con mayor eficacia en el ámbito de la Filosofía del Derecho. Según la dialéctica de implicación polaridad aplicada a la experiencia jurídica, el hecho y el valor de la misma se correlacionan de tal modo que cada uno de ellos se mantiene irreductible al otro (polaridad), pero ambos son exigidos mutuamente (implicación), dando origen a la estructura normativa como momento de realización del Derecho.

Podemos completar nuestra noción inicial de Derecho conjugando la estructura tridimensional con la nota específica de bilateralidad atributiva diciendo que: el Derecho es una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva. O, en forma analítica, que: el Derecho es la ordenación heterónoma, coercible y bilateral atributiva de las relaciones de convivencia según una integración normativa de hechos y valores.

4.-**CORRIENTES DOCTRINARIAS: IUS NATURALISMO Y IUS POSITIVOS.**

La corriente filosófica que ha insistido siempre, como núcleo fundamental de sus argumentos, en la vinculación entre el derecho y la valoración moral de su contenido ha sido el iusnaturalismo. La más antigua de las concepciones del derecho.

Como indica Bobbio 1, el iusnaturalismo es una doctrina filosófica tan antigua como la disputa que tenían Sócrates y los sofistas por distinguir aquello que estaba dictado por la naturaleza (physis) de lo que era establecido y convenido por los hombres (thesis); pero

a su vez es tan moderna como las teorías políticas de los siglos XVII y XVIII que explican el origen y el fundamento del poder político con base en la existencia de derechos naturales, anteriores a la conformación del Estado.Y aunque los representantes del iusnaturalismo han desarrollado diferentes interpretaciones,comparten una tesis básica: el derecho natural no sólo se distingue del derecho positivo, sino que además es superior a éste porque emana de una naturaleza divina o racional (según los diferentes autores) que determina lo justo * Letrada de la Asamblea de Extremadura. 1 N. Bobbio, El carácter del iusnaturalismo. y lo válido en términos universales, esto es, con independencia de los dictados particulares de cada Estado.

Se entiende por Iusnaturalismo, por lo tanto, a un conjunto de doctrinas muy variadas pero que tienen como denominador común la creencia de que el derecho positivo debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema de normas o principios que se denominan Derecho Natural.

Frente a esta corriente del pensamiento, la ciencia jurídica que tiene por objeto el conocimiento del conjunto de normas que constituye el derecho vigente o positivo es denominado positivismo. Para este conocimiento, precisa Ángel Latorre 2, el jurista ha de usar y desarrollar el sistema de conceptos y la ordenación sistemática de los datos que encuentre en la ley, pero su análisis debe limitarse al derecho tal y como está dado y debe abstenerse de valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones de las normas en la realidad social, es el derecho entendido como un sistema de normas y sólo eso es el objeto de su estudio.

Históricamente el Derecho Natural ha cumplido funciones diversas y aún opuestas, en ocasiones ha sido conservadora de la estructura social y de la política existente, en otras, ha actuado como lema revolucionario, así ocurrió en el siglo XVIII y su última consecuencia fue la Revolución Francesa;en estos últimos casos el derecho natural sirvió para elevarse en nombre de un derecho o leyes superiores contra las leyes positivas, argumentando que la actitud revolucionaria no era opuesta al derecho si no que, por el contrario, se hacía en su nombre.

La separación y autonomía del derecho con respecto de la teología se produce en el marco de la reforma protestante, que establecen las bases de una suficiente diferencia entre derecho y moral.

Frente al racionalismo iusnaturalista y su afirmación en un derecho universal, racional, válido en todas las circunstancias, las posiciones históricas reivindicarán el carácter mutable, cambiante y contingente individualizado de un derecho que se concibe como producto de las concretas circunstancias históricas. A partir de ahí, afirma Conzález Vicén,

el positivismo continuará y consumará el proceso con menores riesgos irracionalistas, dejando claramente afirmada la idea del derecho como referida exclusivamente el derecho positivo.

El positivismo representa una típica actividad mental de asilamiento del derecho para estudiarlo al margen de otros aspectos de la misma realidad en la que se encuentra inmerso. Cuando el positivista afirma que el derecho tal y como es y nada más, constituye el objeto de sus afanes, entiende que el derecho puede ser realmente estudiado como algo separado de la consideración global de los fenómenos sociales. Tal mentalidad se desarrolla en la mayor parte de las ciencias del mundo moderno y especialmente en el siglo XIX que es precisamente el momento de mayor auge del positivismo.

I. IUSNATURALISMO

Como hemos apuntado ya, el iusnaturalismo supone la existencia de un derecho trascendente y anterior al derecho positivo. Derecho que bajo la sombra de la razón, de la naturaleza, o de Dios, es asumido como el único orden regulador de validez universal,al que los hombres,guiados por la «recta razón», pueden aspirar. Independientemente de las diferencias que plantean los distintos representantes del iusnaturalismo en torno a la fuente de la legitimidad o al contenido concreto del derecho natural al que apelan, todos ellos coinciden en que el derecho natural es la única manifestación universalmente válida y necesaria de lo que debe ser un orden justo y racional; por ende, el derecho positivo no debe hacer otra cosa más que guardar celosa mente el cumplimiento y el respeto de este derecho natural.El derecho positivo nunca debe contradecir al derecho natural y, llegado el caso, siempre debe prevalecer el derecho natural sobre el positivo pues,se debe suponer que pueden equivocarse los hombres pero no la naturaleza (divina o racional) en que se funda el derecho natural.

El iusnaturalismo, apunta García Maynez 27, sostiene que el derecho vale y, por ende, obliga, no porque lo haya creado un legislador soberano o porque tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino «por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido». Su validez universal deriva del supuesto de que cualquiera que hiciera uso de su propia razón podría distinguir lo bueno de lo malo, y lo justo de lo injusto, conforme a un hipotético orden justo, racional, universal y necesario (que en ocasiones también es denominado orden divino). Los seres racionales pueden y deben conocer ciertos principios normativos de la conducta humana que, dado que están en su propia naturaleza, deben constituir el fundamento de sus acciones.

Estas normas no se fundan en las determinaciones positivas de un Estado o en las consideraciones particulares de un sujeto sino en «la naturaleza», en un orden anterior y superior a la contingencia humana. Orden que, podría decirse que «desde siempre», ha determinado lo justo y lo bueno con independencia del tiempo y del espacio.

Desde otro punto de vista, el iusnaturalismo puede ser considerado —siguiendo a Bobbio 28— como ideología, como teoría general del Derecho y como método:

a) Como ideología radical, el iusnaturalismo afirma que las leyes deben ser obedecidas sólo en cuanto son justas, y por eso en el ciudadano hay siempre un derecho a la

desobediencia o a la resistencia; en cuanto ideología moderada, admite que, en caso extremo, también las leyes injustas deben ser obedecidas.

b) Como teoría general del Derecho, el iusnaturalismo es una teoría de la moral, según la cual el fundamento de las reglas de la conducta humana no es la voluntad del legislador (divino o humano), entidad esencialmente mutable, sino la constante, uniforme y sempiterna naturaleza humana; el iusnaturalismo no es un sistema de valores o de prescripciones, sino un conjunto de consideraciones sobre la naturaleza humana destinadas a fundar objetivamente un sistema de valores, cualquiera que sea éste. De aquí deriva la consideración de las leyes de la conducta no como mandatos, sino como dictamina rationis; el ver en la naturaleza de las cosas y no en la legislación la fuente principal de producción científica; la consideración del ordenamiento jurídico como intrínsecamente incompleto y necesitado de la acción integradora del juez y de la libre investigación del Derecho, etc.

c) Por último, en cuanto método, el iusnaturalismo se caracteriza por la exigencia de una definición valorativa del Derecho, o sea, de una definición que, considerando a éste no como mero hecho sino como algo que tiene o realiza valores, limita el uso del término Derecho al Derecho justo. Se trata, pues, de introducir en la definición del Derecho la referencia al fin (bien común, justicia, paz, etc.) que debe realizar. La consecuencia para la ciencia jurídica es que ésta debe orientarse fundamentalmente a la crítica de las leyes; el iusnaturalismo contiene, pues, una invitación a los juristas a tener en cuenta el hecho de que ante el Derecho, como ante todo fenómeno del mundo humano.

II. IUSPOSITIVISMO

Comenzamos, antes de centrarnos en el desarrollo histórico del iuspositivismo, por dar una serie de definiciones de lo que se ha entendido y se entiende por esta corriente del pensamiento: El iuspositivismo parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano. Estas normas, que constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanan del soberano, no por su eventual correspondencia con un orden justo, trascendental, como pretendía el iusnaturalismo.

Según García Maynez 61 «el derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo». Para el iuspositivismo las normas que emanan de un Estado fundan su validez en este hecho y no en valores éticos trascendentales o en fines «socialmente valiosos».

El Positivismo jurídico se considera una doctrina libre de valores que establece lo justo y lo injusto con base, única y exclusivamente, en los dictados del poder soberano, y no en un derecho superior por fundarse en la naturaleza, en la razón, o en Dios. Para el positivismo jurídico, el derecho, que no es otro más que el derecho positivo, no persigue ningún fin inmanente, ni está sujeto a ningún contenido preestablecido. El derecho emana de un procedimiento formal, está históricamente determinado por el tiempo y el espacio

de cada formación estatal, o sea, es contingente.

En palabras de García Maynez, el iuspositivismo, no incluye en la definición del derecho cuestiones de tipo teleológico, como la de que éste, para ser tal, deba realizar la justicia, la libertad o el bien común. Precisamente por ello no escatima el calificativo de jurídicos a preceptos que habiendo sido creados por órganos competentes, en la forma legalmente prescrita, no realizan, empero, tales o cuales ideales de justicia, de libertad o de común beneficio.

El derecho positivo funda su validez únicamente en las reglas y procedimientos establecidos por el Estado. Por eso para el iuspositivismo, el derecho positivo es formal, porque no se define ni por las acciones que regula, ni por el contenido de tal regulación, ni por los fines que esta acción persigue; se define únicamente con relación a la autoridad que establece las normas, o sea, con respecto al poder soberano, para el iuspositivismo, detrás de la ley no hay nada más que la voluntad soberana: autoritas non veritas facit legem. Por esta razón, se dice que otra de las características básicas del iuspositivismo (además del formalismo) es el imperativismo.

Para el positivismo jurídico, el derecho es el conjunto de normas con las que el soberano ordena o prohíbe determinados comportamientos a sus súbditos; es un mandato y todos los individuos deben acatar los dictados del derecho positivo: saben que, de no hacerlo, tendrían que enfrentarse a la pena y a la coacción que impone el Estado (monopolio de la violencia), bajo el amparo del derecho (fuente de su legitimidad), a quienes cometen actos ilícitos.

TEORIA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

A) DERECHO Y NATURALEZA

La Teoría Pura del Derecho es una teoría sobre el derecho positivo, que lo que quiere es excluir del conocimiento orientado hacia el derecho, todos aquellos elementos que le son extraños, es por ello que el autor afirma que los acontecimientos fácticos considerados jurídicos tienen dos elementos: el acto perceptible y la significación jurídica, es decir, la significación que ese acontecimiento tiene para el derecho. Este acontecimiento logra su sentido jurídico cuando una norma en su contenido se refiere a él, es decir, cuando el contenido de un suceso fáctico coincide con el contenido de una norma válida.
Según Kelsen "el derecho es una ordenación normativa del comportamiento humano, es un sistema de normas que regulan el comportamiento", por lo tanto considera a una norma como el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y en especial se autoriza un comportamiento. Estas normas son producidas por el órgano legislador, pero también pueden ser producidas consuetudinariamente, es decir, cuando la comunidad establece a la costumbre como un hecho productor de derecho reconocido por el sistema jurídico.
Las normas tienen dos características importantes la validez y la eficacia; mediante la validez designamos la existencia específica de una norma, mientras que con la eficacia nos referimos a que la norma sea verdaderamente aplicada y obedecida en los hechos.
Aunque una norma jurídica adquiere su validez incluso antes de su eficacia, es decir, antes de ser aplicada y obedecida por los miembros de la sociedad; según el autor la norma necesita un mínimo de efectividad como condición de su validez, pues cuando

una norma permanece sin eficacia durante mucho tiempo deja de ser válida. Es por este motivo que es necesario que el tiempo y el espacio en que se producen los acontecimientos estén determinados en el contenido de la norma, pues la norma siempre vale para un determinado tiempo y espacio, de allí que podemos hablar de validez espacial y temporal de la norma.
El derecho es un orden coactivo de la conducta humana, pues establece sanciones cuando la conducta del hombre se opone a lo que establecen las normas, estas sanciones estatuidas por el orden jurídico son socialmente inmanentes y socialmente organizadas.

B) DINÁMICA JURÍDICA
¿Qué es el derecho?
Es un sistema de normas validas que regulan la conducta humana, desde un punto de vista de orden normativo.

¿Por qué una norma es válida? El fundamento de validez de una norma es otra norma, pero esta norma debe ser superior en el orden jerárquico del sistema normativo.
¿Cómo se establecen normas validas? Para el autor, la facultad de establecer normas validas procede de la autoridad competente y reconocida por el orden jurídico vigente.
La norma fundante básica
Para Kelsen una norma funda su validez en otra norma inmediatamente superior en jerarquía A se funda en B; B se funda en C; y así sucesivamente pero este proceso no puede ser infinito y tiene que terminar necesariamente en una norma SUPREMA cuyo requisito indispensable es que sea PRESUPUESTA, es decir que no necesite otra norma que la fundamente. Esta norma suprema se conocerá en adelante como NORMA FUNDANTE BÁSICA que no es un texto escrito, sino que es una hipótesis sobre su eficacia. Es norma en adelante será la fuente común de todas las normas pertenecientes a un orden jurídico.
Un orden jurídico es por demás unitario, quiere que el contenido de las normas que lo componen no se contradiga antes bien esta contradicción no querrá decir necesariamente que no sean válidas, sino que serán objeto de una interpretación múltiple.

La validez de la norma jurídica se establece si esta pertenece a un orden jurídico vigente y es eficaz si es que la generalidad de individuos la cumple y la respeta, fácticamente.

La gradación del orden jurídico

- La constitución. -el carácter dinámico del derecho regula su propia creación y sirve para fundamentar su validez.
- La legislación.- después de la constitución es las normas generales han de ser producidas
  por el procedimiento legislativo.
- La jurisdicción. - existe una situación de hecho que se conecta con una situación jurídica,"Juris dictio"
- Justicia y administración. - es individualización y concreción de leyes.
- Negocio jurídico y acto de ejecución. - las partes en un proceso llegan a un

consenso.

5.-FUENTES DEL DERECHO

Poder y fuente del Derecho

La vetusta distinción entre fuente formal y fuente material del Derecho ha dado origen a grandes equívocos en el ámbito de la Ciencia Jurídica. Esto nos obliga a detenemos en el concepto de fuente del Derecho para ver mejor los procesos de producción de normas jurídicas.

Tales procesos presuponen siempre una estructura de poder: desde las estructuras de poder capaces de asegurar por sí mismas el cumplimiento de las normas de ellas emanadas, como es el caso del poder estatal en el proceso legislativo, hasta otras formas subordinadas que establecen de manera objetiva relaciones que permiten reclamar la garantía de ejecución por el Estado

Lo que se acostumbra a designar con la expresión "fuente material" no es otra cosa que el estudio filosófico y sociológico de los motivos éticos y de los hechos que condicionan la aparición de las transformaciones de las normas jurídicas. Es fácil percibir que se trata del problema del fundamento ético y social de las normas de Derecho, situándose, por consiguiente, fuera del campo de la Ciencia Jurídica. Es, pues, recomendable que se dé al término "fuente del Derecho" una única acepción que esté circunscrita al campo de la jurisprudencia.

Designamos con las palabras fuente del Derecho los procesos o medios en virtud de los cuales las normas jurídicas se positivizan con fuerza legítima obligatoria, esto es, con vigencia y eficacia. El Derecho resulta de un complejo de factores que estudian la Filosofía y la Sociología; pero se manifiesta, como ordenación vigente y eficaz a través de ciertas formas, como son el proceso legislativo, los usos y costumbres jurídicos, la actividad jurisdiccional y el poder negocial.

Hemos visto que el Derecho se realiza a través de un conjunto sistemático de reglas que determinan actas y abstenciones, imputándose al transgresor ciertas consecuencias o sanciones penales.

Para que se pueda hablar de fuente del Derecho, de fuente de normas obligatorias dotadas de vigencia y eficacia, es preciso un poder capaz de especificar el contenido de lo debido y de exigir su cumplimiento, sin que sea indispensable la aplicación de la sanción penal. Por esto se dice que el problema de las fuentes del Derecho se confunde con el de las formas de producción de las normas de Derecho, genéricas o no, pero vigentes y eficaces. Así, pues, toda fuente de Derecho implica una estructura de poder, pues la génesis de cualquier regla de derecho (nomogénesis jurídica) sólo ocurre en virtud de la interferencia de un centro de poder que, ante un complejo de hechos y valores, opta por la solución normativa.

A la luz de lo que acabamos de señalar serán cuatro las fuentes de Derecho porque son

cuatro las formas de poder:

- el proceso legislativo, expresión del poder legislativo;
- la jurisdicción, que corresponde al poder judicial;
- los usos y costumbres jurídicos, que expresan el poder social, el poder decisorio anónimo del pueblo;
- y, finalmente, la fuente negocial, expresión del poder negocial o de la autonomía de la voluntad.

Derecho romanístico y "common law"

Determinado el concepto de fuente del Derecho -en el que no incluimos la doctrina, por razones que luego aduciremos-, es indispensable señalar que no hay razones de orden lógico para proclamar el primado de una forma determinada de producción de normas o modelos jurídicos. La prevalencia de esta o aquella otra fuente depende exclusivamente de las circunstancias sociales e históricas, pues no hay uniformidad, ni en los diversos países ni en las diferentes épocas, respecto de las formas de elaboración del Derecho. En este sentido cabe distinguir dos tipos de ordenamiento jurídico: el de tradición romanistica (naciones latinas y germánicas) y el de tradición anglo-americana (commonlaw). La primera se caracteriza por el primado del proceso legislativo con atribución de valor secundario a las demás fuentes del Derecho. La tradición latino-continental (civil law) se acentúa especialmente después de la Revolución francesa, cuando pasó a ser considerada como la única expresión auténtica de la nación, de la 'voluntad general, tal como podemos ver en la obra de Jean-Jacques Rousseau, Du Contrat Social.

Al lado de esta tradición que exagera y exacerba el elemento legislativo, tenemos la tradición de los pueblos anglo-sajones, en los que el Derecho se revela mucho más a través de los usos y costumbres y de la jurisdicción que por el trabajo abstracto y genérico de los Parlamentos. Propiamente se trata de un derecho mixto, consuetudinario y jurisprudencia. Si en Inglaterra hay necesidad de saber lo que es lícito en materia civil o mercantil no se puede recurrir a un Código Civil o a un Código de Comercio que hayan sido elaborados por un acto de manifestación legislativa. El Derecho está coordenado y consolidado en precedentes judiciales, según una serie de decisiones basadas en' usos y costumbres previas. En cambio, el Derecho que está en vigor en las naciones latinas y latino-americanas y en el resto de la Europa Continental se funda primordialmente en enunciados normativos elaborados a través de órganos legislativos propios.

Tenemos, pues, dos grandes sistemas de Derecho en el mundo-Occiclental y que corresponden a dos experiencias culturales distintas, resultantes, a su vez, de múltiples factores, sobre todo de orden histórico. El confrontamiento entre sistemas ha sido extremadamente fecundo, incluso para demostrar que, en esta materia, lo que prevalece para explicar el primado de una u otra fuente del Derecho no son las razones abstractas

de orden lógico, sino más bien motivos de naturaleza social e histórica.

Sería absurdo pretender saber cuál de los dos sistemas es el más perfecto, puesto que sólo en función de la índole y de la experiencia histórica de cada pueblo se puede hablar de un Derecho ideal. Si, por una parte, en favor de cada tradición romanística se alardea de las ventajas de la certeza legal, por otra, los adeptos del common law invocan una mayor fidelidad a los usos y costumbres, a las aspiraciones inmediatas del pueblo. En realidad, son expresiones culturales diversas, que en los últimos años han sido objeto de influencias recíprocas, pues si bien las normas legales ganan día a día una mayor importancia en el régimen del common law, a su vez los precedentes judiciales desempeñan un papel cada vez más relevante en el derecho de tradición romanística.

La ley y la costumbre.

Distinciones básicas La distinción entre ley y costumbre puede obedecer a varios criterios. Un primer criterio se refiere al origen. El momento del nacimiento de la ley está siempre bien determinado y concretado. Además, la ley procede de un órgano establecido para este fin, órgano que tiene claramente fijada su actividad en el espacio y en el tiempo. El Derecho consetudinario, por el contrario, tiene un origen incierto y no puede localizarse de antemano. Ordinariamente no sabemos de dónde proviene un determinado uso o hábito social que después se ha convertido en uso jurídico; ignoramos también el modo-cómo surge. Si el Derecho consuetudinario nace de manera anónima, la ley en cambio, reviste, desde el primer momento, los caracteres de seguridad y de certeza.

El segundo criterio se refiere a la forma de elaboración. La ley sólo se origina de un órgano cierto y según un proceso prefijado: Es el resultado de una elaboración que en todos sus momentos y en todo su ritmo está determinada por una ley anterior y, en definitiva, por la Constitución. No acontece lo mismo con la costumbre jurídica. Ésta aparece en la vida social de la manera más imprevista; nadie puede determinar de antemano los procesos reveladores de los usos y costumbres. Unas veces, se trata de un acto consciente de un hombre que, por estar adecuado a una exigencia social, es imitado por otros hombres repitiéndose la acción hasta convertirse en un acto consciente en el seno del todo social; otras veces, nos hallamos ante una simple casualidad que sugiere una solución concreta en el campo de la conducta humana.

En el fondo de la problemática acerca del origen y la elaboración de los usos sociales late una subconsciencia social que somete los procesos de formación consuetudinarios a esquemas estereotipados.

Otro criterio que se acostumbra a señalar es el de la extensión o ámbito de la eficacia. Se alega que normalmente la leyes genéricas, posee un elemento de universalidad; al paso que la mayor parte de las costumbres son particulares y se refieren a una determinada categoría de personas, de actos, o de situaciones.

Un cuarto criterio de distinción es el de la forma. Hay que ser cautos al aplicarlo a causa

de las confusiones que sobre él existen; se dice que la leyes siempre escritas, mientras que el Derecho consuetudinario no lo es. Pero hay casos en que el Derecho consuetudinario se ha consolidado y publicado por la iniciativa de órganos administrativos.

El criterio de la vigencia en relación con- el de la eficacia está íntimamente ligado al de la forma. La norma legal, puesto que tiene prevista su formación y su órgano creador, tendrá fuerza hasta el advenimiento de-la nueva ley que la revoque, salvo que señale el plazo de su vigencia o que se dé manifiesto desuso al que ya hemos aludido antes. Una vez comprobada la falta prolongada de aplicación de una norma legal, su validez formal se hace aparente, desvaneciéndose por la pérdida de eficacia.

La vigencia de las leyes de tal naturaleza que normalmente sólo cesa en las condiciones y en el tiempo que ella misma señala o que determina una nueva ley. En cuanto al Derecho consuetudinario propiamente dicho no es posible la determinación de su duración, ni tampoco es previsible la forma por la cual se va a operar su extinción. Las normas de Derecho consuetudinario pierden su vigencia por el desuso, pues la misma es mera consecuencia de su eficacia. Cuando el juez reconoce que un comportamiento es habitual y duradero y tiene intencionalidad o motivación jurídica, le confiere validez formal y obligatoriedad. En la vida de la norma legal, la vigencia es prius y la eficacia es posterius; en la regla consuetudinaria sucede lo contrario, puesto que su vigencia fluye de .su eficacia.

Hay otro criterio básico para diferenciar la regla legal de la consuetudinaria, criterio que gira en torno a la producción de sus respectivos efectos. Decimos que la ley tiene siempre un origen definido que se vincula a un órgano designado de antemano, mientras que la costumbre surge de forma indeterminada y, hasta cierto punto, imprevisible. Se hace costumbre jurídica solamente cuando confluyen dos elementos fundamentales: la repetición habitual de un comportamiento durante un cierto período de tiempo y la conciencia social de la obligatoriedad de tal comportamiento.

El primero de estos elementos es el elemento objetivo que dice relación a la repetición habitual del comportamiento. El segundo es el elemento subjetivo, puesto que está ligado a la actitud intencional de los hombres que consideran tal conducta como conducta necesaria o conveniente a los intereses sociales.

Los antiguos decían que no puede haber norma jurídica consuetudinaria sin que se dé en ella la opinio iuris seu necessitatis, y lo decían en virtud de la existencia del "elemento intencional". No basta la repetición material del acto, puesto que es esencial que ésta esté marcada por la convicción de juridicidad de] comportamiento. De una manera más objetiva podríamos decir que una costumbre adquiere la condición de costumbre jurídica cuando pasa a referirse intencionalmente a valores jurídicos, tanto si mira a realizar un valor positivo considerado de interés social como si atiende a impedir que se dé un valor negativo, un disvalor.

Por lo dicho hasta aquí aparece claro que el Derecho consuetudinario tiene un sentido de espontaneidad. El Derecho legislado es un Derecho racional en el que sus elementos se expresan de forma esquemática y sistematizada después, de una valoración razonada de la conducta humana que se va a regular.

Vale la pena referimos a otro aspecto importante de la cuestión puesto que sus efectos prácticos son importantes. La ley está envuelta desde su origen en una serie de certezas y garantías; opera por sí misma erga omnes, es universal en cuanto a su aplicación; es de ejecución inmediata y general, dispensándose la prueba de su existencia. Es ella misma la que señala su contenido normativo y su fuerza de obligar, a no ser que haya un elemento de orden formal que condicione su realización. En cambio, el Derecho consuetudinario es susceptible de prueba en contrario. Por tanto, no son iguales los efectos de ley y costumbre. Las leyes tienen efectos indeclinables y firmes que ni las partes ni el juez pueden excluirlos, salvo la hipótesis extrema del desuso manifiesto.

Comprensión del término "ley" como fuente del Derecho

Los equívocos que rodean a la palabra "Ley" son más frecuentes de lo que se piensa. Ya tuvimos ocasión de poner de relieve que, en su acepción genérica, leyes toda relación necesaria de orden causal o funcional establecida entre dos o más hechos según la naturaleza que les es propia. Utilizamos este sentido amplio de ley cuando nos referimos tanto a las leyes éticas y a las sociológicas como a las leyes fisicomatemáticas.

Las leyes éticas, cuando implican directrices de conducta pautando objetivamente las formas de comportamiento, se denominan propiamente normas, abarcando las morales, las jurídicas y las de trato social, llamadas también estas últimas costumbres sociales y usos sociales:

Dentro de las especies de normas o reglas se destaca la norma legal que, por natural variación semántica, se denomina pura y simplemente "ley". Cuando en el ámbito del Derecho se emplea el término "ley", lo que se quiere significar es una norma o un conjunto de normas. Pero tiene aún un sentido más restringido: en rigor no basta con que haya un sistema de normas escritas, porque también son escritas las normas de los reglamentos, decretos, resoluciones, etc. Ley, en sentido técnico, sólo existe cuando la norma escrita es constitutiva de derecho, cuando introduce algo nuevo con carácter obligatorio en el sistema jurídico en vigor y así regula comportamientos individuales o actividades públicas. Nuestro ordenamiento jurídico presenta una gradación descendente que parte de las Leyes fundamentales que fijan la estructura y las competencias de todo el sistema normativo. En este cuadro, sólo la ley en sentido propio es capaz de innovar el Derecho ya existente, confiriendo de manera originaria, por el simple hecho de su publicación y vigencia, derechos y deberes que todos han de respetar.

Por consiguiente, los decretos y reglamentos no son leyes, porque, siendo concreciones de la norma legal o destinándose a la ejecución de la misma, no pueden sobrepasar los

límites señalados por la misma ley. Todo lo que en las normas reglamentarias o ejecutivas esté en conflicto con lo dispuesto en la ley no tiene validez y es susceptible de impugnación por quien se sienta lesionado. La ilegalidad del reglamento importa, en último análisis, un problema de inconstitucionalidad, pues son las leyes constitucionales o fundamentales las que determinan. Las esferas y la extensión del "poder de legislar", confiriendo a cada categoría de acto normativo la fuerza obligatoria que le es propia.

Este poder de legislar, dando nacimiento a nuevas situaciones jurídicas objetivamente válidas, con legitimidad en cuanto a su vigencia y eficacia, se manifiesta a través de una serie de actos que componen la nomogénesis legal o proceso legislativo.

La jurisprudencia

Entendemos por jurisprudencia en sentido estricto la forma de manifestación del Derecho que se realiza a través del ejercicio de la jurisdicción, en virtud de una sucesión armónica de decisiones de los tribunales.

Los jueces son llamados a aplicar el Derecho a los casos concretos, a dirimir conflictos que surgen entre individuos y grupos. Para aplicar el Derecho, el juez debe realizar una labor previa de interpretación de las normas jurídicas que no son siempre susceptibles de una única aprehensión intelectual. Las leyes fisicomatemáticas tienen un rigor y una estructura que no dan lugar a interpretaciones conflictivas; en cambio, las leyes jurídicas son momentos vitales que se integran en la experiencia humana y que exigen, en todo momento, un esfuerzo de superación que conduce a interpretaciones no siempre coincidentes y, a veces, contrapuestas, para poder ser aplicadas en consonancia con las exigencias de una sociedad concreta enclavada en un momento y un lugar determinados.

Ésta es la razón por la cual el Derecho jurisprudencial no se forma a través de alguna sentencia, sino que exige una serie de decisiones judiciales que guarden entre sí una línea esencial de continuidad y coherencia. Para que se pueda hablar de jurisprudencia de un tribunal, es necesario que se dé un cierto número de decisiones del mismo substancialmente coincidentes respecto de las cuestiones objeto de su pronunciamiento.

Al contrario de lo que pueda parecer a primera vista, las divergencias que surgen entre sentencias relativas a las mismas cuestiones de hecho y de derecho, no sólo no revelan fragilidad en la jurisprudencia, sino que demuestran que el acto de juzgar no se reduce a una actitud pasiva ante los textos legales, sino que implica un notable margen de poder creador. Las divergencias más graves que puedan darse en el ejercicio de la jurisdicción encuentran en ésta procedimientos capaces de atenuarlas cuando no de eliminarlas, sin que por ello quede comprometida la fuerza creadora que hay que reconocer, en los magistrados. en su tarea de interpretar las normas, coordinarlas y llenar las lagunas del ordenamiento jurídico. Hay que evitar los extremismos, pues si dañoso es el juez que anda buscando innovaciones, seducido por las "últimas verdades", también lo es el que se convierte en autómata al servicio de un fichero de decisiones de los tribunales superiores.

La doctrina y los modelos dogmáticos

Savigny llamaba a la doctrina, "Derecho científico" o "Derecho de los juristas". Muchos autores excluyen de las fuentes del Derecho a la doctrina, alegando que por grande que sea la dignidad de un maestro y el prestigio intelectual de un jurisconsulto, sus enseñanzas jamás tendrán fuerza suficiente para determinar la norma jurídica positiva que debe ser cumplida por los jueces o por las partes. Se alega también que siempre existe la posibilidad de oponer a los argumentos sustentados por insignes jurisconsultos otros argumentos. De hecho, opiniones de juristas que en otro tiempo tuvieron gran predicamento no prevalecen en la jurisprudencia de nuestros días. No es ésta la razón por la que negamos a la doctrina la cualidad de fuente de Derecho. Nuestra tesis encuentra su fundamento en el hecho de que la doctrina nunca se desenvuelve en una "estructura de poder" que es un requisito esencial al concepto de fuente.

El hecho de no ser fuente de Derecho no priva a la doctrina de su relevante papel en el desarrollo de la experiencia jurídica. Su función es de otra naturaleza; el contraste entre el carácter de lo que nos dan las fuentes y lo que nos revela la doctrina lo pone de manifiesto.

Las fuentes de Derecho producen modelos jurídicos, o sea, estructuras normativas que, con carácter obligatorio, regulan los diversos tipos de relaciones sociales. Creemos haber demostrado en nuestro libro O Direito como Experiencia que las fuentes revelan los modelos jurídicos que vinculan los comportamientos, mientras que la doctrina produce los modelos dogmáticos, los esquemas teóricos cuya finalidad se orienta a determinar: a) cómo las fuentes pueden producir modelos jurídicos válidos; b) qué es lo que estos modelos significan, y c) cómo tales modelos se combinan entre sí para elaborar figuras, institutos y sistemas, ampliándose así la gama de modelos.

En realidad, los modelos doctrinales o dogmáticos 1 acompañan a las fuentes del Derecho desde el mismo instante de la creación de las normas o, lo que es lo mismo, de la producción De los modelos jurídicos hasta el momento de su interpretación y aplicación; modelos que representan el "contenido significativo" producido o revelado por las fuentes.

Siendo, así las cosas, la ley, que es la fuente más general del Derecho, no puede alcanzar su plenitud de significado sin el antecedente lógico y necesario de la labor científica de los juristas, ni puede actualizarse sin la participación de la doctrina.

La doctrina estudia los manantiales de donde brota el Derecho, investiga el papel histórico y la función actual de cada uno de ellos, las relaciones de dependencia existentes entre las diversas fuentes del Derecho según los países y los ciclos históricos y esclarece el significado de las normas o modelos que derivan de las fuentes. Aquí está la razón del porqué distinguimos entre los modelos jurídicos que manan de las fuentes y los modelos científicos o dogmáticos que la doctrina elabora para comprender en toda su extensión el

significado de los modelos jurídicos.

La doctrina no es, pues, fuente del Derecho, pero no por esto deja de ser uno de sus engranajes propulsores y la más racional de las fuerzas directrices del ordenamiento jurídico.

La fuente negocial

Una vez declarado que la doctrina no es propiamente una fuente del Derecho, debemos hacer resaltar la importancia del negocio jurídico como fuerza generadora de normas jurídicas.

Los que manejan las nociones jurídicas básicas del Derecho, no siempre han dado el debido relieve a esta fuente del Derecho, incluso cuando admiten que la experiencia jurídica no solamente es regida por normas legales de carácter genérico, sino también por normas particulares e individualizadas.

Entre las normas particulares, llamadas así porque sólo vinculan a los participantes de la relación jurídica, se encuentran las normas negociales y, entre éstas, las normas contractuales, llamadas también cláusulas contractuales.

Cualquiera que sea el ordenamiento jurídico vigente, la naturaleza misma de las cosas muestra que el hombre es un ser capaz de derechos y de obligaciones y, por consiguiente, apto para realizar negocios para la obtención de fines lícitos mediante el acuerdo de voluntades. Incluso en los países socialistas, que restringen la libre disponibilidad personal de los bienes económicos transfiriendo al Estado iniciativas que antes estaban en manos de los individuos, y en aquellos er) los que se ha operado "la socialización de los bienes de producción", se reconoce una esfera de acción privada que incluye un poder de disposición en el individuo.

En último análisis, se admite como una conquista irrenunciable de la civilización lo que, técnica y tradicionalmente, se denomina autonomía de la voluntad, esto es, el poder que, dentro de los límites señalados por las leyes vigentes, tiene cada hombre de ser, de obrar y de abstenerse, para obtener algo que entra en la escena de su interés y que, situado en el ámbito de la relación jurídica, se denomina bien jurídico. En cuanto a su contenido, este bien jurídico, puede ser de naturaleza económica, estética, religiosa, de conveniencia social, de esparcimiento, etc., pues el Derecho sincroniza con todas las formas de vida social.

Importa poco el hecho de que el negocio jurídico, que es una de las exteriorizaciones fundamentales de la autonomía de la voluntad, implique un poder sometido a los límites de la ley, pues, de lo contrario, se debería llegar a la conclusión extrema de que sólo la ley constitucional sería fuente del Derecho.

Por haberlo convenido libremente, los hombres y los grupos dan nacimiento a nuevos modelos jurídicos de acción que los vinculan al ejercicio de determinados derechos y

deberes. Generalmente, esos acuerdos se ajustan a modelos previstos en los Códigos o en leyes complementarias; pero nada impide que las partes constituyan estructuras negociales atípicas que no corresponden a los tipos normativos elaborados por el legislador. Por otra parte, es muy frecuente la combinación de dos o más modelos normativos, así como diversas modificaciones en los esquemas consagrados en las leyes, a fin de atender mejor, tanto en el plano interno como en el internacional, a las múltiples e imprevistas exigencias de la vida contemporánea.

Contrariamente a lo que se supone, estadísticas recientes han demostrado que cuanto más se extienden las esferas de intervención del Estado, más crece la de los negocios jurídicos privados, crecimiento que no pocas veces es consecuencia de aquella mayor intervención estatal.

Lo que caracteriza la fuente negocial es la convergencia de los siguientes elementos:

a) Manifestación de voluntad de las personas legitimadas para hacerla.

b) Forma de querer que no cúntradiga la exigida por la ley.
c) Objeto lícito.
d) Paridad, o al menos debida proporción, entre los participantes de la relación jurídica.

La ilegitimidad de una relación negocial que, como hemos dicho, es una de las formas esenciales de la relación jurídica, puede resultar de la existencia de vicio en el poder de negociar (falta de legitimidad subjetiva de los agentes), de la existencia de vicio en la forma (según la cual toma cuerpo lo pactado), de la existencia de vicio en cuanto a la ilicitud de la finalidad pretendida, y de la existencia de un desequilibrio que llegue a poner a una parte a merced de la otra (contrato leonino).

El abuso de poder, lo mismo que el desvío del poder es causa de ineficacia o de anulabilidad de las relaciones jurídicas, tanto privadas como públicas. En el primer caso, el titular del Derecho lo ejerce más allá del límite necesario y razonable para su propia satisfacción o para la realización de la función pública que tiene asignada, causando daño a terceros; en el segundo caso, el poder es desviado de su finalidad específica, para servir de instrumento a fines diversos de los que constituirían la razón de ser del poder reconocido y otorgado.

En tales casos no hay por qué indagar si hubo culpa o dolo por parte del agente: el poder que sobrepase los límites que le consiente la ley o que se desvía de su finalidad legítima hace que, por sólo esta razón, el acto o el negocio jurídico sea anulable.

El principio de "legitimidad del poder", que se presupone en todas las fuentes del Derecho, se extiende a todos los dominios de la experiencia jurídica.

6. LA VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA

La validez formal o vigencia Para que una norma jurídica sea obligatoria no basta con que esté estructurada, sino que es también preciso que satisfaga los requisitos de validez. La validez de una norma de Derecho puede verse desde tres puntos de vista: el de la validez formal o técnico-jurídica (vigencia), el de la validez social (eficacia o efectividad) y el de la validez ética (fundamentación) 1. La problemática es compleja y de gran importancia, tanto en el plano especulativo como para enfocar no pocos problemas de orden práctico que han de ser resueltos por el abogado o por el juez. El art. 2, 1 dice: "Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el "Boletín Oficial del Estado", si en ellas no se dispone otra cosa". Las condiciones de vigencia de la ley vienen establecidas por el legislador.

¿Qué es vigencia? ¿Qué requisitos debe cumplir la regla jurídica para que sea obligatoria? Corresponde a la doctrina jurídica esclarecer lo que hay que entender por vigencia o validez técnico-jurídica.

Vigencia o validez formal es la capacidad compulsoria de ejecución propia de una norma jurídica que ha cumplido, en su elaboración, los requisitos esenciales que se exigen para que sea Derecho. ¿Cuáles son estos requisitos?
Tres requisitos esenciales En primer lugar, hemos de referimos al orden de competencias del poder político, a la legitimidad del órgano del que emana la regla: la norma debe ser' elaborada por un órgano competente. El órgano que promulga la norma ha de estar legitimado para hacerlo por haber sido constituido para este fin. La legitimidad del órgano puede ser considerada desde dos puntos de vista diferentes:

1. La legitimidad subjetiva que dice relación al órgano en sí. 2. La legitimidad en cuanto a la materia sobre la que versa la legislación.

Sin órgano competente y legítimo, no existe regla jurídica válida capaz de obligar compulsoriamente a los ciudadanos de un país; junto a esta competencia subjetiva -que se relaciona con el órgano- se halla la competencia que se refiere a la propia materia legislada. Se requiere, pues, que 'la ley emane de órgano competente y verse sobre materia de su competencia.

¿Bastarán estos dos elementos para que la ley tenga validez? No. Es necesario un tercer requisito: que el poder se ejerza también de acuerdo con las exigencias reales, o sea, la legitimidad de procedimiento, que en la técnica del Derecho norteamericano se denomina due process of law. Este requisito se refiere a la legitimidad del modo según el cual el órgano ejecuta lo que le compete y elabora así la norma jurídica. El Derecho rodea de debidas cautelas la acción de los individuos y del Estado; de ahí que no baste tener el poder legislativo, sino que sea preciso llevar a cabo los actos legislativo según 19s cauces legales.

Tenemos, pues, que la ley ha de reunir tres requisitos esenciales que se refieren a:

l. La legitimidad del órgano.

2. La competencia ratione materiae.

3. La legitimidad del procedimiento.

Cuando una regla de Derecho cumple en su génesis estos tres requisitos decimos que tiene las condiciones de vigencia.

La eficacia o efectividad

Avanzando un paso más en la temática de la cuestión podemos preguntarnos: ¿basta la validez técnico-jurídica para que la norma cumpla su finalidad?

No es raro que, en la vida ordinaria, se confunda el Derecho con la ley. Las características del Derecho legislado han motivado la opinión de que es suficiente el requisito de la vigencia para que la norma jurídica tenga existencia real. Pero, al mismo tiempo, se da el hecho innegable de legisladores que promulgan leyes que violentan la conciencia colectiva y provocan reacciones adversas por parte de la sociedad; hay leyes que contradicen la tradición de un pueblo y que no corresponden a sus valores primordiales y, no obstante, se imponen. Hay casos de 'normas legales que cubren los tres requisitos señalados anteriormente, pero que, por contrariar las tendencias e inclinaciones dominantes en el seno de la colectividad, sólo se imponen por la coacción; tales normas poseen ciertamente validez formal, pero carecen, en el seno de la comunidad, de eficacia espontánea.

La eficacia se refiere a la aplicación o ejecución de la norma jurídica. Es la norma jurídica en cuanto momento de la conducta humana. La sociedad debe vivir el Derecho y reconocerlo como tal; una vez reconocido, es incorporado a la manera de ser y de obrar de la colectividad. Tal reconocimiento, realizado al nivel de los hechos, puede ser el resultado de una adhesión racional deliberada de los obligados; y puede también manifestarse a través de lo que sagazmente Maurice Hauriou denomina "asentimiento consuetudinario", que puede resultar de actos de adhesión a los modelos normativos por la mera intuición de su conveniencia u oportunidad. En todo caso, la realidad nos muestra que no hay norma jurídica si ésta no está dotada de un mínimo de eficacia, si no posee un nivel mínimo de ejecución o aplicación en el seno del grupo.

El Derecho auténtico, además de estar declarado como tal, es también reconocido: es vivido por la sociedad como algo que se incorpora y se integra a su manera de conducirse. La norma jurídica debe ser, pues formalmente válida v socialmente eficaz.

Excepcionalmente, hay normas jurídicas que tienen eficacia compulsoria, aunque no sean reconocidas por la sociedad. Los tribunales no pueden recusar la aplicación de las normas en vigor a no ser cuando esté determinado y comprobado que la ley alegada ha caído en efectivo desuso. Es más, cuando este desuso no ha sido comprobado y la judicatura ha de aplicar una norma que está en conflicto con los valores del ordenamiento, entonces la actividad judicial atenúa, cuando no elimina, sus efectos aberrantes dándole una

interpretación que rime con el espíritu del sistema jurídico, buscando su correlación con otras reglas vigentes.

En el fondo de esta problemática late una cuestión más profunda: la de si es preferible optar por facilitar la revocación de las leyes, o bien conferir al juez la facultad de juzgar contra legem cuando la ley no se armoniza con lo que le parece ser una exigencia ética o social.

Nos hemos estado refiriendo sólo a las normas legales. Pero hay un campo inmenso en el que la validez tiene otras características: es el campo del Derecho consuetudinario que el eminente jurisconsulto alemán Friedrich Carl von Savigny, fundador de la Escuela Histórica del Derecho, calificaba de Derecho auténtico por ser expresión inmediata y espontánea de lo que llamaba "espíritu del pueblo" (Volksgeist). Una norma jurídica consuetudinaria nunca surge con validez formal; ésta resulta de una práctica habitual en la colectividad, esto es, surge de la eficacia de un comportamiento.

La norma jurídica consuetudinaria constituye algo socialmente eficaz y como tal es reconocida, rara después adquirir la validez formal. Ya hemos visto cuáles son las consecuencias de estas distinciones y en qué sentido se puede admitir la revocación de una norma legal por el desuso. La norma consuetudinaria se constituye por el uso y la convicción de su juridicidad (rationabilitas ac longi temporis praescriptio). y pierde su validez cuando, con el correr del tiempo, queda desprovista de eficacia social.
De lo expuesto se concluye cuán importante es la distinción entre vigencia y eficacia para evaluar los efectos o consecuencias de una norma jurídica. No faltan ejemplos de leyes que permanecen en el limbo de la normatividad abstracta sin llegar a encarnarse en comportamientos concretos. Por otra parte, cuando una ley revocada o pierde vigencia, no por esto quedan privados de eficacia los actos realizados anteriormente: la nueva" ley no tiene eficacia pretérita, la vigencia no es retroactiva. También aquí la distinción entre vigencia y eficacia ayuda a comprender algunas tesis básicas de nuestra ciencia, como, por ejemplo, los llamados "derechos adquiridos", la irretroactividad de la ley, b distinción entre las llamadas nulidades absolutas y nulidades relativas, o entre nulidad y revocación de un acto administrativo, etc.

Validez formal o vigencia es una propiedad que dice relación a la competencia de los órganos y a los procesos de producción y reconocimiento de Derecho en el plano normativo. La eficacia, por el contrario, tiene un carácter experimental, puesto que se refiere al cumplimiento efectivo del Derecho por parte de la sociedad, al "reconocimiento" (Anerkenllung) del Derecho de I comunidad en el plano social o, más concretamente, a los efectos sociales que el cumplimiento de la norma suscita.

Vale la pena recordar la evolución sufrida por uno de los mayores juristas contemporáneos, el fundador de la Teoría Pura del Derecho, Hans Kelsen. Inicialmente había adoptado una posición radicalmente normativa, sosteniendo que el elemento esencial del Derecho es la validez formal. Escribió sus primeras obras bajo el influjo del

medio jurídico austríaco donde el primado de la ley escrita era tradicional. Huyendo de la persecución racial del nazismo, se refugió en Estados Unidos y allí entró en contacto con un tipo de Derecho con una fuerte impronta consuetudinaria y jurisprudencial, viéndose obligado a reconocer que el Derecho, tomado en su acepción amplia, presupone un mínimo de eficacia. En cierta forma volvía a la enseñanza de uno de los maestros de la generación anterior, Rudolf Stammler, quien, basándose en su concepción de la norma de Derecho como "norma de cultura", sólo concebía la positividad del Derecho como una relación necesaria entre validez formal y eficacia.

El problema del fundamento

Toda regla jurídica, además de eficacia y validez, debe tener un fundamento. El Derecho debe ser siempre una "tentativa de Derecho justo", como dice Stammler, un buscar la más ajustada realización de valores y fines esenciales al hombre y a la colectividad. El fundamento es el valor o fin objetivado por la regla de Derecho; es la razón de ser de la norma, es la ratio iuris. Es imposible concebir una regla jurídica que esté desvinculada de la finalidad que legitima su vigencia y su eficacia. Podemos decir que la norma jurídica en cuanto a su validez debe reunir estos tres requisitos:

a) Fundamento de orden axiológico.

b) Eficacia social en virtud de su correspondencia con el querer colectivo.

c) Validez formal o vigencia por emanar de un poder competente y haber cumplido todos los trámites legales.
El problema del fundamento está vinculado a la idea de justicia y a la problemática que suscita el Derecho Natural.

En resumen, son tres los aspectos esenciales de la validez del Derecho, que constituyen tres requisitos necesarios para que una regla jurídica sea legítimamente obligatoria: el fundamento, la vigencia y la eficacia, y que corresponden respectivamente a validez ética, validez formal o técnico-jurídica y validez social. Su correspondencia con la estructura tridimensional del Derecho es patente, pues la vigencia se refiere a la norma, la eficacia se vincula al hecho y el fundamento expresa siempre la exigencia de un valor2.

Como remate podemos concluir diciendo que la validez está simultáneamente en la vigencia (la obligatoriedad formal de los preceptos jurídicos), en la eficacia (o efectiva correspondencia de los comportamientos sociales respecto de su contenido) y en el fundamento (valores capaces de legitimar la experiencia jurídica en una sociedad de hombres libres).

7.SANCIÓN Y COACCIÓN. LA ORGANIZACIÓN DE LA SANCIÓN Y EL PAPEL DEL ESTADO

Acepciones de la palabra "coacción" Hemos tenido ocasión de decir que la Moral se distingue del Derecho por varios elementos, siendo uno de ellos la coercibilidad. Por la

palabra coercibilidad entendemos la posibilidad lógica' de interferencia de la fuerza en el cumplimiento de una norma jurídica. La Moral es incompatible con la fuerza, especialmente en lo que se refiere a la fuerza organizada; ésta es, por el contrario, propia del Derecho. El acto moral exige espontaneidad por parte del agente, siendo de este modo inconciliable con la coacción.

Es preciso entender bien los significados que la palabra "coacción" lleva consigo. Coacción es un término técnico, empleado por los juristas, en dos acepciones bastante diferentes. En un primer sentido, coacción significa violencia física o psíquica que puede ser hecha contra una persona o grupo las; personas. La mera violencia no es una figura jurídica, pero cuando se contrapone al Derecho hace que los actos jurídicos sean anulables. En esta acepción genérica, la palabra coacción es, en cierta manera, sinónima de violencia practicada contra alguien.

En muchos casos existe un agente capaz pero que está influenciado por elementos extrínsecos que desfiguran la autenticidad de su manera de decidir. El agente ciertamente decide, pero puede ser víctima de] error, de la ignorancia, del fraude; puede actuar bajo una presión irresistible de las circunstancias. Entre los casos de anulabilidad de los actos jurídicos está la eventualidad de la violencia o de la coacción. El acto jurídico realizado con coacción es anulable; tiene existencia jurídica, pero con carácter provisional hasta que. el ofendido pruebe que actuó forzado por amenazas físicas o psíquicas. Decimos entonces que la coacción es uno de los vicios posibles de los actos jurídicos.

Debemos retener esta noción básica: existen nulidades de naturaleza absoluta y de carácter relativo. Las absolutas corrompen el acto desde el momento de su aparición y no producen efecto válido. El acto anulable, por el contrario, produce efectos mientras no sea declarada su nulidad.
Ahora bien, entre los actos anulables están aquellos que nacerán marcados por la violencia y la coacción. La coacción puede ser de orden físico, yendo desde la amenaza de agresión hasta el empleo de todas las formas de sufrimiento o de tortura infligidas a la víctima o a personas allegadas a la misma. La violencia puede ser también de orden psicológico, muchas veces no menos dura que la anterior o Imaginemos que un individuo presiona sobre otro para que realice un acto que espontáneamente no haría, bajo la amenaza de revelar un secreto que le afecta.

No es en este sentido en el que empleamos la palabra coacción cuando decimos que el Derecho se distingue de la Moral por la posibilidad de interferencia de la coacción. En este caso, ésta es entendida como fuerza organizada para la obtención de los fines del mismo Derecho.

El Derecho, como ya hemos dicho varias veces, es de tal naturaleza que implica una organización del poder a fin de que sean cumplidos sus efectos. Como las normas jurídicas se dirigen a preservar lo que hay de esencial en la convivencia humana, no pueden quedar a merced de la simple buena voluntad, a merced de la adhesión espontánea de los

obligados. Es necesario prevenir la posibilidad de su cumplimiento obligatorio. Cuando la fuerza se organiza en defensa del cumplimiento del Derecho es cuando tenemos la segunda acepción de la palabra \coacción.

Por tanto, coacción significa dos cosas: de manera genérica, como la configurada en los arts. del Código Civil, corresponde a violencia, a fuerza que, interfiriéndose, vicia el acto jurídico; en su segunda acepción no es lo contrapuesto a Derecho, sino que es, por el contrario, el propio Derecho en cuanto se arma de fuerza para garantizar su cumplimiento. La astucia del Derecho consiste en valerse del veneno .de la fuerza para impedir que: ella triunfe.

Concepto de sanción

Comprenderemos mejor esta materia una vez hayamos aclarado el sentido de otra palabra: sanción.

Toda regla de conducta, de cualquier tipo que sea (religiosa, moral, jurídica o de etiqueta), se formula con la pretensión de ser cumplida. No existe regla que no implique cierta obediencia, cierto respeto...; Al mismo tiempo, es obvio que busque medios para garantizar de una forma o de otra su cumplimiento, para que no aparezca sobre el papel como simple expectativa o promesa. Las formas de garantía del cumplimiento de las reglas se llaman sanciones.

Sanción es todo proceso de garantía de aquello que se determina en una norma. ¿Cómo pueden ser las sanciones? Los tipos de garantía se corresponden a los diversos tipos de reglas. Así, por ejemplo, en el caso de una norma moral, nosotros la cumplimos por motivación espontánea. Pero cuando la dejamos de cumplir, la desobediencia provoca determinadas consecuencias que valen como sanción.

¿Cuáles son las sanciones específicas de orden moral? En primer lugar, tenemos el remordimiento, el arrepentimiento, el amargo examen de conciencia. El hombre bien formado que faltó a un dictamen ético encuentra en sí mismo una censura, una fuerza psíquica que lo coloca en situación de reo ante sí mismo. El examen de conciencia es una forma inmediata de sanción de los dictámenes morales. Es la sanción del fuero interno. Pero existe también una sanción extrínseca o externa que se refleja en la sociedad por el mérito o demérito que se granjea el individuo como consecuencia de los actos realizados. La sanción de naturaleza social tiene una fuerza mucho mayor de la que a primera vista pueda parecer. No vivimos sólo para nosotros mismos, sino también en función del medio y de la sociedad en la que actuamos. El hombre es como el Jano bifronte, con una cara dirigida a sí mismo, reflejándose la otra en el medio social. El hombre no es una cosa puesta entre otras cosas, sino más bien una fuerza que se integra en un sistema de fuerzas. En la Moral, la sanción obedece a esta dimensión individual-social del hombre, en cuanto opera tanto en el plano de la conciencia como en el plano de la llamada conciencia colectiva. Por parte de la sociedad se da una reacción cuando el hombre obra de modo contrario a la tabla de valores vigentes. Es lo que se denomina mérito o demérito social,

como forma de sanción. De las normas morales.

Estas formas de sanción social de las normas morales no están organizadas. En cierta manera se hallan difusas en el espacio social: la crítica y la condena que la infracción suscita, la opinión pública que se forma sobre la conducta reprobada, todos los sistemas de autodefensa de la sociedad que eliminan de la convivencia al individuo que no obedece los preceptos de orden moral. Un ostracismo espontáneo es aplicado por la sociedad cuando el individuo viola sus obligaciones de naturaleza ética. Puede decirse que la gran mayoría de los hombres cede ante la presión de esta fuerza difusa del medio social.

No faltan hombres que no logran entrar en el examen de su propia conciencia por estar tan embrutecidos que les resulta inasequible el fenómeno psíquico del remordimiento. Tampoco faltan los que no dan importancia alguna a la reacción social, ya por considerarse superiores al medio en que viven, considerándose como seres situados por encima del bien y del mal, ya porque su propia conciencia no siente aversión hacia aquellos motivos de conducta inmoral que sensibilizan poderosamente al hombre normal. Es a partir de este momento cuando se hace necesario organizar las sanciones. El fenómeno jurídico supone así una forma de organización de la sanción.

El paso de la sanción difusa a la sanción predeterminadamente organizada es correlativo al paso paulatino del mundo ético en general al mundo jurídico. Las reglas religiosas y morales, que primitivamente envolvían a todo el mundo jurídico, se fueron despegando hasta adquirir contornos propios y formar un todo homogéneo -por la organización progresiva de la propia sanción. La sanción es el género, del cual la sanción jurídica es la especie. Existen sanciones morales y jurídicas que corresponden, respectivamente, a las reglas de naturaleza moral y jurídica.

Hay también sanciones propias dé las normas religiosas que dicen relación a la creencia y a la fe, fundadas en la esperanza y la certeza de una vida ultraterrena en la cual cada hombre recibirá la retribución de su conducta, la paga ética ideal de su comportamiento. La idea fundamental de la religión es la de que vivimos una vida transitoria que no tiene en sí misma la medida de su valor, sino que se mide según valores eternos a la luz de la idea de una vida ultraterrena, en la cual los hombres serán juzgados según el valor ético de su propia existencia. El remordimiento es también, para el creyente, una forma de sanción inmediata e imperiosa. Todas las reglas poseen, en suma, su forma de sanción.

Lo que caracteriza la sanción jurídica es su predeterminación y su organización. Matar a alguien es un acto que viola tanto un mandamiento ético religioso como una disposición jurídica penal. La diferencia está en que, en el plano jurídico, la sociedad se organiza contra el homicida a través del aparato policíaco y del poder judicial. Un órgano promueve las investigaciones y toma las medidas necesarias para la determinación del hecho; otro órgano examina la conducta y pronuncia un veredicto de absolución o de condenación. El condenado queda nuevamente sujeto a la acción de los órganos administrativos, encargados de aplicar la pena.

En el Derecho todo obedece-a este principio de sanción organizada de forma predeterminada. La existencia del poder judicial, como uno de los tres poderes fundamentales del Estado, se justifica en razón de la predeterminación de la sanción jurídica. Un hombre lesionado en sus derechos sabe de antemano que puede recurrir al juez para conseguir que las relaciones sean objetivamente apreciadas y el equilibrio restablecido.

También el progreso de la cultura humana, que anda pari passu con el de la vida jurídica, obedece a la ley fundamental del paso gradual del plano de la fuerza bruta al plano de la fuerza jurídica en la solución de los conflictos. En las sociedades primitivas las contiendas se resuelven en términos de venganza, prevaleciendo la fuerza del individuo de la tribu a la que éste pertenece. Ofendido el individuo, la ofensa se extiende inmediatamente al clan, que reacciona contra el otro grupo social en una forma de responsabilidad colectiva.

Primero existió la venganza social para surgir, después, la venganza privada. En cierta manera, ésta representa ya un progreso en cuanto que personaliza la responsabilidad. Con el correr del tiempo el fenómeno de la venganza privada fue sometido a reglas, a formas delimitadoras. Hay un paso lento del período de la venganza privada, como simple fuerza bruta, al período en el que las contiendas pasan a ser resueltas con imposiciones de fuerza, pero contenida ya dentro de ciertos límites. Es el período de los duelos, de las ordalías, del talión. Finalmente, el Estado prohíbe el duelo -lo cual constituye una suavización de la fuerza-, y el poder público se coloca en lugar de los individuos y avoca así la administración de la justicia. Este paso constituye un momento crucial en la historia de la civilización.

El Estado como ordenación objetiva y unitaria de las sanciones.

Contemplado desde esta perspectiva, el Estado es la organización de la nación en una unidad de poder a fin de que la aplicación de las sanciones se verifique según una proporción objetiva y transpersonal. Para tal fin el Estado detenta el monopolio de la coacción en lo que se refiere a la administración de la justicia. Ésta es la razón por la cual algunos tratadistas de Derecho Constitucional definen al Estado como la institución detentadora de la coacción incondicionada. Como sea que la coacción es ejercida por los órganos del Estado en virtud de la competencia que les es atribuida, será más cierto decir que el Estado en su totalidad, según la enseñanza de Laband, tiene "la competencia de la competencia".

El Estado como organización del poder regula las formas y los procedimientos de ejecución coercitiva del Derecho. Ésta puede consistir en la prenda, como sucede cuando el juez determina que cierto bien sea sustraído del patrimonio del individuo como garantía de su deuda si las circunstancias legales lo autorizan. Coacción puede ser la prisión, o sea, la pérdida de la libertad infligida al infractor de una ley penal. Coacción puede ser la pérdida de la propia vida, como acontece en los países que admiten la pena de muerte; se llega al extremo de quitar el bien supremo que es la vida a fin de preservar

el orden jurídico, lo cual no nos parece compatible con la naturaleza del Derecho. En nuestros días, el Estado continúa siendo por excelencia la entidad detentadora de la sanción organizada y garantizada, aunque no falten otros entes -en la órbita internacional- que aplican sanciones con éxito variable, como es el caso de la ONU. Crece de día en día la importancia de las entidades supranacionales que disponen de recursos eficaces para lograr la obediencia de sus preceptos. Instituciones como el Mercado Común Europeo se convierten cada vez más en unidades jurídico-económicas integradas, marcando sin duda una segunda fase en el proceso objetivo de actualización de las sanciones. Con todo, a la luz de estos ejemplos sería exagerado concluir la evanescencia del Estado o su progresiva desaparición cuando, en realidad, el poder estatal crece concomitantemente con el de aquellos organismos internacionales.

Bibliografía:

Miguel Real, libro “INTRODUCCION AL DERECHO”, Ediciones Pirámide. Madrid. 1984.