

Joaquín Almoguera Carreres

**LECCIONES
DE
TEORIA
DEL DERECHO**

2ª Edición - 5ª Impresión 2009

EDITORIAL

REUS

S.A. - AÑO 1852

MADRID

© EDITORIAL REUS, S.A.
Preciados, 23. 28013 Madrid, 1999
Teléfono: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>
Impresión Din Impresores S.L.
2ª Edición - 5ª Impresión 2009

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia o por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de la Editorial.

ISBN: 978-84-290-1355-9
Depósito Legal: M-38145-2009

Impreso en España
Printed in Spain

**LECCIONES DE TEORÍA
DEL DERECHO**

JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES

LECCIONES DE TEORÍA DEL DERECHO

REUS, S. A
MADRID

A la memoria de mi padre.

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
CAPITULO I. CONCEPTO Y TEORÍAS DEL DERECHO	
1. INTRODUCCIÓN: LOCALIZACIÓN DEL DERECHO	21
II. EL HECHO DEL DERECHO	24
A) DERECHO Y SOCIEDAD	25
1. El modelo organicista.....	25
2. El modelo individualista	26
3. El tercer modelo: la interrelación individuo-sociedad ..	26
B) LA TEORÍA DE LA ACCIÓN SOCIAL	27
1. Los grupos sociales: clases	28
2. Expectativas de conducta	30
3. La posición social: el status y el rol	31
a) El status	31
b) El rol.....	32
4. El reforzamiento social de las conductas	33
5. Sistemas y medios de control social	34
6. El grupo dominante: clases y élites	35
7. La desviación social y sus causas	36
a) La anomia	38
b) Incompatibilidad entre medios y fines	38
c) Aprendizaje social de la desviación	38
III. EL DERECHO COMO NORMA	39
A) HECHOS Y NORMAS	39
1. Regla y standard social	40
2. Normas y standard	41
3. La respuesta de los sociólogos del derecho.....	42
B) ELMUNDODELASNORMAS	44
C) EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA	46
D) KELSEN Y LOS REQUISITOS DE LA VALIDEZ JURÍDICA	48

	<u>Págs.</u>
IV. EL DERECHO COMO VALOR	50
A) LA MEDIDA MORAL DEL COMPORTAMIENTO	50
B) JUSTICIA FORMAL Y JUSTICIA SUSTANTIVA	52
1. Los requisitos de la justicia formal: El caso del rey inex-	
perto.....	52
2. De la justicia formal a la sustantiva	58
3. La justicia sustantiva	59
C) LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD	61
V. TEORÍAS DEL DERECHO Y REDUCCIONISMOS JURÍDICOS	62
A) LAS DIMENSIONES DEL DERECHO	62
1. La dimensión sociológica del Derecho: eficacia	62
2. La dimensión normativa del Derecho: validez	64
3. La dimensión valorativa del Derecho: justicia	65
B) LA CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO	66
C) Los REDUCCIONISMOS JURÍDICOS	68
D) TEORÍAS DEL DERECHO	69
1. Iusnaturalismo	69
a) La naturaleza regulativa	70
b) La naturaleza como creación de Dios	70
c) Sujeto, razón, naturaleza	71
2. Positivismo	72
3. Realismo	74
a) La Escuela Histórica del Derecho	75
b) La Escuela del Derecho Libre	76
c) El realismo jurídico	76
VI. CONCLUSIÓN	77
BIBLIOGRAFIA	78

CAPITULO 11. LAS GRANDES DUALIDADES JURÍDICAS

I. LA AMBIGÜEDAD DEL DERECHO Y SUS CONSECUENCIAS	79
II. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO	80
A) LAS RESPUESTAS DEL DERECHO POSITIVO	80
1. La posición de Hart	82
2. La posición de Kelsen	88

	<u>Págs.</u>
B) LAS RESPUESTAS DEL DERECHO NATURAL	92
C) Dos DISTINTAS CONCEPCIONES DEL DERECHO.....	95
III. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO	97
A) SENTIDO DE LA DISTINCIÓN	97
B) CONCEPCIONES SOBRE LA DISTINCIÓN	100
1. Teorías dualistas	100
2. Teorías jurídicas	102
3. Teorías negativistas	103
IV. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO	106
V. DERECHO INTERNO Y DERECHO INTERNACIONAL	109
BIBLIOGRAFÍA	111

CAPITULO 111. DERECHO Y OTROS SISTEMAS NORMATIVOS

I. INTRODUCCIÓN.....	113
II. DERECHO Y MORAL	114
A) PRIMER MOMENTO CONFUSIÓN DERECHO-MORAL	116
B) SEGUNDO MOMENTO. LA SEPARACIÓN DERECHO-MORAL ...	117
1. Proceso de separación del Derecho y la moral	119
a) Hugo Grocio	120
b) Christian Thomasius	122
c) Inmanuel Kant	122
1.º La forma de la obligación	123
2.º Legislación interna y legislación externa	124
3.º Libertad interna y libertad externa	124
4.º Autonomía y heteronomía	127
5.º Imperativos categóricos e hipotéticos	128
d) Consideraciones sobre la doctrina kantiana	128
e) Conclusión: la consumación de la separación entre Derecho y moral	133
C) TERCER MOMENTO. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL	139
1. La posición de R. Dworking	141
2. La moralidad del Derecho	142
3. Los derechos morales	144

	<u>Págs.</u>
III. DERECHOS Y REGLAS DEL TRATO SOCIAL	144
A) CONCEPTO	144
B) CARACTERES	146
C) IDENTIFICACIÓN DE LOS USOS NORMATIVOS	147
a) Reglas del trato social y reglas morales	147
b) Reglas jurídicas y reglas del trato social	148
BIBLIOGRAFIA	151
CAPÍTULO IV CONOCIMIENTOS JURÍDICOS: LA CIENCIA DEL DERECHO	
I. INTRODUCCIÓN: TIPOS DE CONOCIMIENTO	153
A) EL PROBLEMA DE LA CIENCIA DEL DERECHO	155
1. ¿Una ciencia imposible?	158
2. La ciencia del Derecho como dogmática	160
3. Las concepciones neokantianas y las ciencias del Derecho	163
a) La Escuela de Marburgo y el formalismo jurídico.	164
b) La Escuela sudoccidental o de Baden	165
4. Recientes concepciones de la ciencia jurídica	167
a) Kelsen: una ciencia normativa del Derecho	168
b) La ciencia realista del Derecho	170
c) La ciencia del Derecho como análisis del lenguaje jurídico	172
d) La hermenéutica jurídica	175
5. A modo de conclusión: ciencia del Derecho y dogmática jurídica	177
8) FILOSOFÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	178
BIBLIOGRAFÍA.....	182
CAPITULO V. LA TEORÍA NORMATIVISTA DEL DERECHO Y LA NORMA JURÍDICA	
I. TEORÍA DEL DERECHO Y NORMATIVISMO JURÍDICO	183
II. ANÁLISIS DE LA NORMA JURÍDICA	186
A) ENUNCIADOS Y PROPOSICIONES.....	186
B) USOS DEL LENGUAJE Y LENGUAJE NORMATIVO	189
C) CLASES DE PROPOSICIONES PRESCRIPTIVAS	192

	<u>Págs.</u>
III. CARACTERES DE LA NORMA JURÍDICA	200
1. Imperatividad	200
a) El «antiimperativismo» de Kelsen	201
b) Las normas permisivas	204
2. Generalidad	207
3. Bilateralidad	210
4. Fin.....	211
5. Valor	212
6. Sanción	212
IV. CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS	215
A) CRITERIOS MATERIALES.....	215
1. Por su eficacia frente a los destinatarios	216
2. Por el grado de determinación de los elementos de la norma.....	216
3. Por los ámbitos de validez de la norma	217
4. Por su relación con los principios informadores del ordenamiento	217
5. Por su posición en el ordenamiento jurídico	217
B) CRITERIO LÓGICO	218
BIBLIOGRAFÍA.....	219
CAPITULO VI. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SUS CARACTERES	
I. LA SISTEMATICIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ..	221
A) LOS ELEMENTOS DEL ORDENAMIENTO Y su ORGANIZACIÓN	221
B) EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO DINÁMICO	223
1. Ordenamiento estático	223
2. Ordenamiento dinámico	224
C) OTROS CONCEPTOS DE SISTEMA	226
1. Sistema y regla de reconocimiento: Hart	227
2. La negación del sistema interno del Derecho	228
3. El derecho como organización de la fuerza.....	229
II. LA IDEA DEL LEGISLADOR RACIONAL Y LOS CARACTERES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO	232
BIBLIOGRAFÍA	234

CAPITULO VII. LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
Y LAS FUENTES DEL DERECHO

I.	INTRODUCCIÓN: CONCEPTO DE FUENTE DEL DERECHO	235
II.	FUENTES DEL DERECHO Y JERARQUÍA	236
III.	FUENTE PRINCIPAL DEL ORDENAMIENTO: LA LEY EN SENTIDO ESTRICTO	240
	A) LEYES CONSTITUCIONALES	240
	B) LAS LEYES ORDINARIAS	241
	C) ALGUNAS ESPECIALIDADES DE LA LEY EN SENTIDO ESTRICTO	242
	1. Leyes orgánicas	242
	2. Legislación autonómica	243
IV.	FUENTES INDIRECTAS DEL ORDENAMIENTO	244
	A) FUENTES DELEGADAS	244
	1. El poder reglamentario	244
	a) Concepto	244
	b) Leyes en sentido formal y leyes en sentido material	246
	c) La delegación legislativa en el Derecho español ...	249
	d) Clases de reglamentos	251
	2. La jurisprudencia	252
	a) El procedimiento de la jurisprudencia	252
	b) La jurisprudencia como norma	255
	c) La jurisprudencia como fuente del Derecho	258
	3. Esquema de las fuentes delegadas.....	262
	B) FUENTES RECONOCIDAS	262
	1. La costumbre	263
	a) Requisitos de la costumbre.....	265
	b) La aplicación de la costumbre	267
	2. Los principios generales del Derecho	269
	3. Otras fuentes reconocidas	271
	C) EL PODER NEGOCIAL	272
V.	ESQUEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO	274
VI.	LA UNIDAD COMO CARACTERÍSTICA DEL ORDENAMIENTO.....	274
	A) JERARQUÍA Y COMPEIENCIA	274
	B) LA REGLA MAGISTRAL	275
	BIBLIOGRAFÍA	276

CAPÍTULO VIII. LA APLICACIÓN DEL DERECHO

I.	INTRODUCCIÓN	277
II.	TEORÍAS ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO ..	277
	A) TEORÍA DE LA SUBSUNCIÓN	278
	B) TEORÍA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN	280
	1. Concepto	280
	2. Vías de individualización o aplicación ...	281
	C) LA APLICACIÓN COMO DECISIÓN POLÍTICA	283
III.	LA MECÁNICA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO	283
	A) LOS HECHOS	284
	B) LAS NORMAS	287
	BIBLIOGRAFÍA	288

CAPITULO IX. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS Y LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

I.	LA PLENITUD COMO DOGMA JURÍDICO	289
	A) ARGUMENTOS LÓGICO-JURÍDICOS	290
	B) ARGUMENTOS DE POLÍTICA JURÍDICA	293
	C) REFORMULACIÓN DEL DOGMA DE LA PLENITUD	295
II.	CLASIFICACIÓN DE LAS LAGUNAS	295
III.	LA INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS	297
	A) HETEROINTEGRACIÓN	297
	B) AUTOINTEGRACIÓN	299
	1. La analogía	299
	a) Requisito lógico	300
	b) Requisito valorativo	303
	c) Requisito jurídico	305
	2. Clases de analogía	306
	3. Analogía e interpretación extensiva	307
	BIBLIOGRAFÍA	309

CAPITULO X. LA COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍ-
DICO: ANTINOMIAS Y REDUNDANCIAS

I. REDUNDANCIAS.....	312
II. ANTINOMIAS	313
A) REQUISITOS DE LA ANTINOMIA JURÍDICA	314
1. Incompatibilidad lógica	314
2. Pertenencia al mismo ordenamiento	316
3. Coincidencia de los ámbitos de validez	318
B) CLASIFICACIÓN DE LAS ANTINOMIAS	319
1. Criterio de la coincidencia total o parcial de los ámbitos de validez	319
2. Antinomias propias e impropias	320
3. Antinomias reales y aparentes	321
C) SOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS	321
1. El juez como solucionador de las antinomias	322
2. Criterios para solucionar las antinomias	323
a) Criterio temporal	323
b) Criterio jerárquico	324
c) Criterio de especialidad	324
3. Conflictos de criterios y antinomias reales	325
BIBLIOGRAFÍA	327

CAPITULO XI. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

I. INTRODUCCIÓN	329
II. CONCEPTO DE INTERPRETACIÓN	329
III. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	332
A) TEORÍAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN	334
1. La teoría subjetiva de la interpretación	334
2. La teoría objetiva de la interpretación	336
B) MEDIOS Y TÉCNICAS DE INTERPRETACIÓN	337
1. Elemento literal o gramatical	338
a) Las palabras de las normas	338
b) El enunciado normativo	339
c) El lenguaje jurídico como lenguaje técnico	340

	<u>Págs.</u>
2. Elemento lógico y teleológico.....	341
3. Elemento sistemático.....	342
4. Elemento histórico.....	343
C) CLASES DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	343
1. Clases de interpretación por el sujeto.....	344
a) La interpretación privada.....	344
b) La interpretación pública.....	344
c) La llamada interpretación auténtica.....	344
2. Clases de interpretación por sus efectos.....	345
a) Interpretación declarativa.....	346
1.º Argumento del lenguaje común.....	346
2.º Argumento «a contrario».....	347
b) Interpretación correctiva.....	347
c) Clases de interpretación correctiva.....	348
1.º Interpretación extensiva.....	348
2.º Interpretación restrictiva.....	349
D) LA INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	350
BIBLIOGRAFÍA	350
CAPITULO XII. LAS FUNCIONES DEL DERECHO	
I. FUNCIONES, FINES, VALORES.....	351
II. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DEL DERECHO.....	352
III. FUNCIONES DEL DERECHO.....	358
A) FUNCIÓN DE ORGANIZACIÓN SOCIAL.....	358
1. Dos advertencias.....	359
2. Mecanismos de la función de organización.....	360
a) Mecanismos de control.....	360
b) Mecanismos de seguridad.....	361
c) Mecanismos de resolución del conflicto.....	361
8) LA FUNCIÓN DISTRIBUTIVA DEL DERECHO.....	366
1. Derecho y mercado.....	366

	<u>Págs.</u>
2. Otros mecanismos de distribución de bienes.....	367
a) Distribución mediante el ejercicio del poder.....	367
b) Distribución mediante rango o «status» social....	368
c) Distribución según cualidades o actividades individuales.....	368
3. El Derecho como sistema de distribución de bienes...	369
C) FUNCIÓN PROMOCIONAL DEL DERECHO.....	371
1. Planteamiento del problema.....	371
2. Sanción negativas y sanciones positivas.....	372
D) FUNCIÓN LEGITIMADORA DEL DERECHO.....	374
1. Introducción.....	374
2. Vías de la función legitimadora.....	375
a) La vía procesal.....	375
b) La vía sustantiva.....	376
c) Relaciones entre las formas procesales y sustantivas de la función legitimadora.....	377
3. Grados de la legitimación jurídica.....	377
a) Legitimación real.....	377
b) Legitimación semificticia.....	378
c) Legitimación ficticia.....	378
4. Función legitimadora y crisis del Estado social.....	378
BIBLIOGRAFÍA.....	379

ADVERTENCIA PRELIMINAR

No es fácil justificar la aparición de un nuevo libro en general, y de texto en particular. Sobre todo cuando, en muchas ocasiones, esta justificación recae sobre los posibles defectos del texto que se presenta, como si el autor tratara de adelantarse a las insuficiencias que el futuro lector pudiera advertir, conjurando de este modo sus críticas.

El presente libro tiene su origen en las clases efectivamente impartidas durante veinte años en las Facultades de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) también de Madrid (cito por el estricto orden cronológico en que comencé mi docencia en cada una). Esta circunstancia, así como el hecho de que la asignatura impartida se denominara primero «Derecho natural», añadiendo después el subtítulo «Introducción filosófica al Derecho», para pasar finalmente a «Teoría del Derecho», debe ser tenida en cuenta para comprender, en la medida de lo posible, el sentido de este libro.

Efectivamente, este es un texto de carácter instrumental y, como tal, dirigido primordialmente a los alumnos de los primeros cursos de la licenciatura en Derecho. Hay que añadir que la todavía reciente reforma de los planes de estudio de esta carrera ha condicionado, o tal vez apresurado, su publicación. En todo caso, estos condicionantes explican algunas particularidades del libro, como el tono en que está escrito, que trata de introducir al lector en un discurso, o territorio, común; las repeticiones de algunos problemas con diferente terminología o desde diferente perspectiva; la bibliografía, muy general; y, por supuesto, sus insuficiencias: era preciso circunscribir el número de capítulos (lecciones o temas) según un criterio, y el criterio práctico me pareció el más importante.

Por los motivos antes expuestos, los agradecimientos que habitualmente cierran este tipo de notas introductorias, deben extenderse, desde el obligado y sincero dirigido a más compañeros del Departamento de Fundamentos del Derecho (U.P.CO.) y del Área de Filosofía del Derecho (U.A.M.) (y quiero hacer constar que cuando hablo de compañeros incluyo también al personal no docente), hasta el agradecimiento igualmente sincero dirigido a todos los alumnos que han tenido la paciencia de asistir a mis clases durante los años mencionados, en las Universidades citadas. A ellos debo importantes aportaciones (ejemplos, matizaciones, etc.) surgidas de sus comentarios y discusiones. Se trata en fin de un agradecimiento cuyo sujeto me sería muy difícil precisar, pero que no por ello es menos real.

Madrid, junio 1995

CONCEPTO Y TEORÍAS DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN: LOCALIZACIÓN DEL DERECHO

La pregunta acerca de qué es el Derecho forma parte del catálogo de grandes cuestiones que se han planteado los seres humanos desde la antigüedad. Como la mayoría de estos interrogantes, ha obtenido respuestas muy variadas, algunas contradictorias entre sí, poco satisfactorias en definitiva. Nosotros vamos a intentar introducirnos poco a poco en el problema, con la intención, un tanto modesta, de localizar los elementos más constantes, más valiosos del Derecho, que nos sirvan, si no para dar con una solución acabada, sí al menos para construir una propuesta que nos permita orientarnos y tener cierta seguridad cuando nos enfrentamos, manejamos o hablamos de eso que se llama Derecho.

Resulta ya un lugar común comenzar poniendo de manifiesto que el Derecho es algo que nos rodea y que envuelve toda nuestra vida cotidiana. Esta idea, aún en su simplicidad, debe retenerse porque a veces se tiene la impresión de que el Derecho sólo aparece, o sólo entramos en contacto con él, en ciertos momentos solemnes de la vida, como por ejemplo cuando somos nombrados herederos, o contraemos matrimonio, o ponemos un negocio. Y por supuesto que en tales momentos estamos en contacto con el Derecho. Pero también lo estamos en otros más insignificantes que por ello mismo nos pasan inadvertidos, como es el caso de comprar un billete de autobús o matriculamos en un curso de una Facultad.

Por consiguiente, dejemos sentado inicialmente que el Derecho rodea nuestra vida y que una buena proporción de lo que habitualmente hacemos tiene que ver con el Derecho. Ahora bien, la cuestión que sigue en pie es la de qué es ese «algo» que nos rodea. Provisionalmente podemos decir que es un fenómeno (del mismo modo que hablamos de otros fenómenos, sociales o climáticos, que también rodean nuestra vida), con lo que la cuestión se puede reformular ahora en el sentido de qué es el fenómeno jurídico.

Planteado así, ya estamos en condiciones de ir aportando algunos elementos que nos permitan caracterizar tal fenómeno. Ante todo, es un fenómeno que tiene que ver con los seres humanos; el Derecho es un producto de los hombres, no es algo que se encuentra en la naturaleza. Tal vez hoy nos cueste algún trabajo separar el mundo humano del mundo natural (probablemente porque las constantes agresiones han ido reduciendo este último progresivamente), separación que sin embargo está en la base del mundo moderno. Un pequeño ejemplo, extraído precisamente de la literatura ilustrada nos mostrará la importancia de esta

distinción. Durante la Ilustración, fueron frecuentes las historias dedicadas a los robinsones, hasta el punto de que llegaron a formar un género literario («las robinsonadas»). Ello no es extraño pues el mito de Robinson representa uno de los aspectos esenciales de la modernidad y del hombre moderno: el individualismo, esto, es, la idea del hombre individual que, sólo, se enfrenta a un destino adverso, superándolo gracias a su capacidad, que pone a su servicio los elementos de la naturaleza. Pues bien, en una de estas «robinsonadas», y con los elementos clásicos de todas ellas (un naufrago, una isla desierta, etc.) el protagonista logra adaptarse a (y someterse) todos los elementos naturales que le rodean. Bastante tiempo después, paseando un día por la playa advierte la presencia de un objeto, arrojado por la marea, que le produce un gran terror: se trata de un simple trozo de madera. Sólo que este palo es precisamente el mango de un hacha, esto es, algo que nuestro Robinson consideraba un elemento extraño a su entorno natural, siendo ese carácter ajeno lo que produce en él inquietud y terror.

Así pues, el Derecho, como el mango de un hacha, no es algo que se encuentre en la naturaleza, sino que es un producto de los hombres. De momento, esta afirmación nos pone ante la espinosa cuestión de si no existe por ello mismo, el Derecho natural, considerado como la esencia del Derecho, lo que de natural hay en el Derecho, por encima, o por debajo, de los Derechos de los diversos países. Aunque no podemos entrar ahora con detalle en este problema, podemos establecer sin embargo una línea de solución aceptable: lo que de natural hay en el Derecho, así como en el mango del hacha, consiste justamente en ser un producto humano. Por consiguiente, el Derecho tiene de natural lo que le corresponde en la medida en que el hombre es también un ser natural.

En realidad, la tajante distinción entre mundo humano y mundo natural no debe ser tomada de modo tan radical. Desde la propia Ilustración, que acuñó tal separación, se ha venido insistiendo en que la naturaleza tiene su elemento humano (su historia) del mismo modo que el hombre tiene su elemento natural. Esto parece obligarnos a prescindir de este primer elemento caracterizador del fenómeno jurídico. Con matizaciones, sin embargo, la distinción nos seguirá siendo útil, y podremos seguir considerando al Derecho como producto humano, si lo entendemos como un producto «específicamente» humano, esto es, significando que nos referimos a la específica naturaleza del hombre, distinta de la naturaleza que le rodea.

En este punto nos asalta la impresión de que para solucionar una cuestión espinosa (la existencia de un Derecho natural habiendo partido del carácter humano del Derecho) nos hemos introducido en una cuestión más espinosa todavía: ¿en qué consiste esa naturaleza del hombre que produce el Derecho? ¿se trata de una naturaleza que no es tan natural como otras? Nos encontramos casi al borde de la metafísica. Por ello, la línea de solución a ensayar ahora debe ser extremadamente prudente.

Consideraremos que la naturaleza del hombre es el reino de la voluntad, gracias a la cual el hombre es capaz de acciones libres, de acuerdos con otros hombres, etc. y que, por el contrario, el mundo estrictamente natural es el reino de la necesidad. Para lo que a nosotros nos interesa, y enlazando con lo anterior,

decir que el Derecho es un producto humano equivale a decir que tiene que ver con acciones deliberadas, queridas, libremente ejecutadas por los hombres, distintas de aquellas acciones necesarias (propias de la naturaleza) que ocurren al margen de nuestra voluntad, fuera de nuestro dominio.

Podríamos decir entonces que hay dos clases de fenómenos: los fenómenos naturales, que podemos llamar acontecimientos, y los fenómenos humanos, que podemos llamar comportamientos o conductas. Por supuesto, y sólo para zanjar la cuestión, también hay aquí relaciones: los seres humanos pueden poner en marcha su voluntad, deliberación, etc. para incidir en los fenómenos naturales. No otra cosa es lo que hacían los robinsones a que antes nos referíamos cuando decíamos que sometían la naturaleza que les rodeaba.

Por consiguiente, tenemos acontecimientos (necesarios) y conductas o comportamientos (que pueden tener como base, o estar relacionados con, acontecimientos). Pues bien, el fenómeno jurídico es de los que tienen que ver con las conductas o comportamientos humanos. Si volvemos sobre la idea expuesta inicialmente de que el Derecho envuelve nuestra vida cotidiana quedará claro que ésta vida cotidiana se refiere a nuestros comportamientos cotidianos: adquirir un automóvil o votar en unas elecciones.

Ahora bien ¿todos los comportamientos del hombre son objeto del Derecho? Compliquemos algo más el discurso, como habíamos prometido al principio. Es evidente que los seres humanos realizan un número indeterminado pero muy amplio de comportamientos. Y aunque sea intuitivamente, estamos acostumbrados a considerar que no todos ellos son iguales, por ejemplo jurídicos, sino que realizamos distintos tipos de comportamientos. Podemos identificar algunos de estos tipos como comportamientos económicos, morales, políticos, religiosos, jurídicos... según el objeto o la finalidad perseguida con ellos, o ambas cosas. ¿Cómo delimitar de entre todos ellos los que son propios del Derecho?

Volvamos al mito de Robinson y tratemos de sacar nuevo partido del mismo. Imaginemos la escena clásica del individuo aislado en la isla desierta, y preguntémosnos cuántos tipos de comportamientos es o sería capaz de desarrollar nuestro protagonista en tales condiciones.

Comencemos por preguntarnos si sería capaz de desarrollar comportamientos económicos. La respuesta dependerá de lo que entendamos por economía. Ciertamente, el concepto de economía puede resultar tan problemático como el de Derecho que ahora nos ocupa. Para no complicar más aún nuestro análisis, consideremos la economía situada entre dos límites: si entendemos por tal actividades encaminadas exclusivamente a la distribución de bienes es indudable que Robinson no tiene problemas de esta índole y por consiguiente, no es capaz de desarrollar comportamientos económicos. Pero si entendemos por economía actividades encaminadas a la producción de bienes, es evidente que Robinson sí será capaz de comportamientos económicos aunque sólo sea en la medida en que, por ejemplo, tendrá que calcular si es más productiva una hora de pesca que ese mismo tiempo dedicado a la recolección de frutos. Para cerrar esta pequeña consideración acerca de la economía y abundar en las necesarias capacidades económicas de Robinson, advirtamos que la frontera entre producción y

distribución no siempre es tan sencilla y neta como se ha intentado presentar aquí.

Preguntémosnos ahora si nuestro Robinson sería capaz de comportamientos morales. En este caso uno está tentado a pensar inmediatamente que nos encontramos ante un problema de exigencias, concretamente de quién exige esos comportamientos morales. Dado que Robinson está sólo, nuestra siguiente tentación sería la de dar una respuesta afirmativa pero sobre la base de transformar los comportamientos morales en comportamientos religiosos, estableciendo que un ser trascendente es el encargado de exigir ciertas conductas. Pero no nos preguntamos ahora por la religión, del mismo modo que tampoco debemos dejarnos llevar tan lejos por nuestras suposiciones inmediatas. Pues aún estando sólo, Robinson es capaz de comportamientos morales, en cuanto que él mismo es capaz de exigirse a sí ciertos comportamientos, en relación con otros seres, y también consigo mismo (tal vez, no suicidarse).

Preguntémosnos por último si Robinson puede desarrollar comportamientos jurídicos; si, extremando la pregunta, sería capaz de instaurar un Derecho en la isla que ocupa. Indudablemente, una respuesta afirmativa a este interrogante presenta serias dificultades, al menos durante el tiempo en que Robinson está efectivamente sólo. La cuestión cambia en el momento en que aparece algún otro individuo (en una de las robinsonadas más conocidas resulta ser un nativo al que pone por nombre «Viernes»), que pasa a convivir con él.

En efecto, parece que nos encontramos con que el Derecho es un producto humano que requiere para su existencia de otros hombres. Dicho con otras palabras, lo que caracteriza al Derecho (característica compartida desde luego por la política) es su condición social, la necesidad de que existan o se inicien relaciones entre los hombres (que pueden conllevar un elemento de dominación, por cierto).

La prospección acerca del fenómeno jurídico, que hasta ahora hemos desarrollado a base de pequeñas calas en un material sumamente amplio, debe detenerse ahora, pues hemos dado ya con una primera manifestación del Derecho dotada del suficiente espesor como para reclamar un tratamiento más cuidadoso. Efectivamente, ese Derecho, producto de los hombres, que nos rodea en nuestra cotidianidad, aparece a nuestros ojos ante todo como hecho social.

11. EL HECHO DEL DERECHO

Probablemente, si pidiéramos a una persona cualquiera que pasa por la calle una imagen rápida del Derecho, aludiría a las cárceles, la policía, los juzgados, los códigos... De alguna manera, esta imagen es bastante coherente con esta primera manifestación del Derecho como hecho social. Porque, en efecto, en este sentido, el Derecho resulta algo casi sensible, que se puede ver y hasta padecer, y lo que a más importante, como después veremos, algo que se puede medir.

Que el Derecho es un hecho implica que comporta cierta materialidad, aunque como ya sabemos, no es un hecho en el mismo sentido en que lo es un árbol. El carácter social de este hecho, que encierra las notas de ser un producto

humano establecido para las relaciones entre varios individuos, hace de su materialidad algo bastante diferente de la del árbol, en concreto, una materialidad relativa al poder y a la dominación. Así pues, conviene examinar, en primer lugar qué es lo que el calificativo «social» aporta a un hecho para darle significado específico, y en segundo lugar en qué consiste esta categoría de los hechos sociales que constituyen la primera manifestación del Derecho. Porque existe una amplísima variedad de hechos sociales. Así, ayudar a una persona necesitada es un hecho social, como también lo es una manifestación, o la detención de una persona sospechosa. En definitiva, los actos que los nombres realizan en sociedad son de diversas clases.

Distinguir cuales de entre todos estos hechos sociales es jurídico exige una incursión en algunas categorías básicas de la sociología en general, así como en las nociones que ha venido acuñando la sociología del Derecho, incursión necesariamente elemental, en cuanto se trata de un análisis funcionalizado a nuestros problemas de teoría del Derecho. Veamos.

A) DERECHO Y SOCIEDAD

Para analizar el hecho social del Derecho parece obligado comenzar por el concepto mismo de sociedad, verdadero marco en el que tiene lugar este hecho específico, y otros distintos. Sin embargo, nuevamente nos encontramos con un concepto plagado de dificultades. Partamos de la idea de que la sociedad es un concepto relativo a los seres humanos y transformemos el interrogante acerca de qué es la sociedad en el interrogante qué relación existe entre el hombre y la sociedad. Pues los diversos modos de concebir esta relación dan lugar a otras tantas concepciones de la sociedad. Históricamente se han dado dos grandes modelos que responden a la cuestión así planteada:

1. *El modelo organicista*

Cronológicamente es el modelo más antiguo, si bien se encuentran manifestaciones del mismo en todas las épocas y en nuestros días. Según éste, la sociedad preexiste al ser humano, al individuo. No se trata sólo de una anterioridad cronológica, sino, además, de una auténtica preeminencia de la sociedad. Ello es debido al carácter orgánico de la misma: en cuanto organismo, la sociedad posee su estructura y sus funciones propias, sus características y finalidades. De modo semejante a los organismos biológicos, la sociedad se concibe como un organismo vivo, siendo el hombre un elemento recambiable de la misma (como una célula respecto del órgano del que forma parte).

En estas condiciones, la esencia de la sociedad ha de buscarse en la sociedad misma, en su identidad propia, y no en el hombre o en lo que el hombre busca en la sociedad. Puede decirse entonces que el hombre es un producto de la sociedad. De tal manera que el individuo moderno es un producto de la sociedad moderna, precisamente, de igual modo que otros tipos de hombres (es-

clavos, etc.) son producto de tipos específicos de sociedad. En definitiva, si hay algo de natural en este binomio individuo-sociedad, este algo se sitúa en el segundo polo. En efecto, lo natural, lo que existe naturalmente, es la sociedad. Hablar de hombres aislados, de individuos, implica un cierto grado de ficción, en cuanto que fuera de lo social no hay nada.

2. *El modelo individualista*

Se trata de un modelo más reciente desde el punto de vista cronológico, pues se corresponde, en general, con lo que podríamos denominar la modernidad. Por consiguiente, gira en torno a dos ejes históricos principales: Renacimiento e Ilustración. Respecto al modelo anterior, nos encontramos con que, en esencia, se invierten los términos de la relación individuo-sociedad. Aquí, lo preexistente y preeminente es el hombre sobre la sociedad. Para ser más exacto, un tipo de hombre independiente, autónomo y autosuficiente. Esto es, lo excelente es el individuo. No debe extrañarnos, pues, que el modelo de individuo en este sentido venga representado en la época por Robinson.

Siendo esto así, la sociedad representa un momento posterior respecto al individuo. Es más, resulta ser un producto suyo. Pues ese individuo independiente y autónomo es ante todo un «horno faber», un hombre que fabrica cosas, y entre ellas, la sociedad misma. En efecto, un individuo dotado de las cualidades que aún someramente hemos mencionado no puede, por principio, reconocer a nada ni a nadie por encima de él. Esto es, se trata de un individuo soberano, un pequeño soberano independiente. Ello significa que no tiene por qué someterse a la sociedad producida por otros hombres (la hipótesis organicista de una sociedad ya existente de por sí queda aquí totalmente descontada), y que, en consecuencia, cada hombre puede crear su propia sociedad. Esta situación, incoherente desde el punto de vista lógico, es, además, peligrosa en la práctica. Para salvar este escollo sólo queda la negociación. Estamos ante una de las piezas centrales del modelo individualista, pues la negociación es el mecanismo que permite que unos individuos se acerquen a otros (se acuerden con otros) salvando su autonomía, su soberanía individual, por decirlo así.

Por consiguiente, la sociedad es un producto negociado de los individuos. Si nos preguntamos ahora, como hicimos con el modelo anterior, qué es lo natural en esta relación, convendremos que ahora lo verdaderamente natural es el individuo, siendo la sociedad, fruto de un pacto o contrato, una especie de constructo de los individuos, algo ficticio, o para ser más exactos, algo dotado de un carácter instrumental.

3. *El tercer modelo: la interrelación individuo-sociedad*

Los dos modelos que acabamos de examinar no son completamente satisfactorios. Por su carácter radical resultan ser totalmente incompatibles, y lo que había comenzado como un intento de explicar la relación individuo-sociedad (para dar con el concepto de sociedad) termina por no explicar lo que se proponía, esto es, la relación, sino exclusivamente uno u otro de los polos de la misma.

