

# Teoría del Derecho

Universidad de la Coruña

February 22, 2011

Autor: Álvaro Fernández Rubio

# Tema 1. Los sentidos del Derecho en la cultura occidental contemporánea

Una observación de Roscoe Pound:

El Derecho ha sido entendido a lo largo de la Historia en tres sentidos principales:

- Como orden jurídico.
- Como conjunto de materiales para regular la conducta humana.
- Como actividad o proceso.

A continuación, se efectuarán dos avances, en primer lugar, desarrollaremos los diferentes sentidos del Derecho (completando el desarrollo de Pound con otras aportaciones). En segundo lugar, nos plantearémos si existe un elemento unificador de esos diferentes sentidos del Derecho (examinaremos la propuesta de Pound y propondremos algunas correcciones o matizaciones a la misma).

## Tema 2. El Derecho como orden

Derecho, sociedad y Estado

### La socialidad humana.

El Derecho como orden

Este primer sentido exige partir de algunas ideas elementales sobre:

- la socialidad humana.
- la sociedad.
- la política.

La socialidad humana: el hombre es un ser social.

Esto se puede explicar o justificar de diversos modos. Los dos principales son el clásico (griego-medieval) y el modelo funcional o moderno.

#### *Modelo clásico griego-medieval (un exponente, Aristóteles):*

Es un modelo teleológico.

La sociedad es una realidad natural, no creada por el hombre, sino preexistente en cierto modo.

Se trata de un modelo teleológico porque sostiene que en sociedad se cumplen necesariamente los fines del hombre, tanto los más elementales como los más elevados o últimos.

- Fines elementales: supervivencia, alimentación y adaptación al medio (educación).
- Fines últimos: felicidad. Consideración de la inteligencia y voluntad humanas como formas de relación social, de socialidad.

### **Modelo moderno (un exponente, D. Hume):**

Es un modelo funcional

La sociedad no es una realidad natural, sino un artificio, un invento humano ideado para la cooperación y la reducción del conflicto.

Se explica por determinadas circunstancias de la existencia humana que fuerzan a la vida en sociedad (circunstancias de la justicia de Hume):

- Los hombres compartimos el mismo espacio.
- Todos estamos dotados de capacidades físicas e intelectuales semejantes, sin que nadie las posea en un grado tan elevado que le permita imponerse a los demás.
- Los recursos disponibles son limitados y escasos.
- Los planes de vida de cada uno son diversos, pero requieren de medios semejantes.

Todo lo anterior lleva consigo lo siguiente:

- Posibilidad del conflicto.
- Necesidad y posibilidad de la cooperación.

### **La sociedad humana o el orden social**

Es un orden, no un mero agregado → los individuos dentro de ese orden están situados, posicionados, relacionados.

Conceptos de posición, situación y relación social. Son importantes para la Sociología, pero ahora podemos prescindir. Lo importante es señalar que la realidad de la sociedad consiste en ser un todo, una totalidad de orden.

Los sociólogos hablan también de sistema. Para lo que aquí nos interesa, podemos tomar como sinónimos “orden” y “sistema”, aunque no lo son. El orden social o sistema social es, en rigor, no uno, sino varios órdenes que se articulan entre sí.

Los sociólogos llaman a estos elementos del sistema social “subsistemas”. Distinguen al menos 3, que serían los más importantes, aunque hay muchos más:

- Subsistema de la vida privada.
- Subsistema de la vida pública (orden político).
- Subsistema económico.

El social tiende a constituirse como orden político por las propias necesidades.

Aristóteles y Hume explican la sociabilidad como politicidad:

- como “animal político” define Aristóteles al hombre; en su opinión, la polis, la ciudad, el Estado, nace ante las insuficiencias de otras comunidades inferiores para satisfacer necesidades humanas.
- Hume habla de “necesidad de la justicia”.

El orden político surge de una decisión básica sobre lo público y lo privado, y de la alternativa entre la cooperación y el conflicto

La decisión política fundamental determina qué es lo público, lo que pertenece al pueblo. Por exclusión, determina asimismo qué es lo privado. La economía se sitúa normalmente entre lo público y lo privado.

A modo de recapitulación:

- El orden político se construye a partir de un cierto orden preexistente: la familia, la aldea o la tribu, que podría en cierto modo considerarse espontáneo. Igualmente podría considerarse espontáneo el mercado, núcleo del orden económico.
- No obstante, sólo se trata de órdenes espontáneos hasta cierto punto.
- Posteriormente constituyen una verdadera organización (Hayek).

¿Cómo afecta el Derecho u orden jurídico a la sociedad y a la política?

¿Qué papel juega el Derecho en todo esto? Esa pregunta equivale a preguntarse por las funciones sociales del Derecho.

El concepto de “funciones del Derecho” es problemático, porque puede ser empleado con diferentes sentidos:

- Funciones ideales vs. Funciones reales.
- Funciones subjetivas vs. Funciones objetivas.
- Funciones explícitas vs. Funciones tácitas.
- Funciones-fin vs. Funciones-medios.
- Para algunos autores todas ellas se implican y condicionan recíprocamente

## Las funciones sociales del Derecho

1. Delimitación de los subsistemas sociales o estructuración social: determinación del ámbito de cada uno y de los canales de conexión entre ellos.
2. Diferenciación social: formalización de las esferas de actuación de individuos y grupos sociales.
3. Control social:
  - Distinción entre comunidad y sociedad (Tönnies).
  - Establecimiento de sanciones en las sociedades con fines de :
    - Intimidación: mira al infractor potencial.
    - Represión: se dirige al infractor efectivo.
    - Retribución: se dirige hacia la víctima.
    - Reparación: se dirige hacia la víctima.
    - Rehabilitación: se dirige hacia el infractor y hacia la sociedad.
4. Mantenimiento de la paz social o resolución de conflictos.
5. Distribución de bienes y cargas.
6. Planificación y promoción social.
7. Legitimación del sistema social.

## Derecho, comunidad política y poder

Derecho y Estado no son lo mismo (como sostiene Kelsen). Tampoco coinciden Derecho y política. Pero, el orden jurídico sólo tiene lugar en el marco de una comunidad política o Estado.

¿Por qué? Porque el Derecho requiere instituciones y organización para funcionar. Las formas de Derecho infra políticas o supra políticas son formas imperfectas de Derecho. Ejemplos: Derechos de las comunidades religiosas o étnicas; Derecho internacional.

Se dan interacciones recíprocas entre Derecho y Estado: la comunidad política crea y conserva el orden jurídico, y el Derecho organiza y legitima el Estado o comunidad política.

¿Qué es la fuerza con respecto al Derecho?

- Tesis clásica: un instrumento.
- Tesis de Thomasius: La coactividad es el elemento definidor del Derecho, lo que le distingue de la moralidad y los usos sociales
- Tesis de Kelsen, Olivecrona, Bobbio: la fuerza es el contenido de las normas jurídicas. El Derecho es un fenómeno de pura fuerza.

La perspectiva que aporta el examen de las funciones sociales del derecho → tales funciones no son posibles sólo mediante el uso de la fuerza, porque la fuerza a veces no es necesaria o la fuerza a veces no es suficiente. Alexy apunta que todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección (aunque no necesariamente sea correcto). ¿Por qué? Porque no cabe el cumplimiento de los fines sin esa referencia.

La fuerza es, pues, un elemento imprescindible sin el cual no podría subsistir el Derecho (dada la condición humana), pero no se identifica con él.

Paralelamente, la coactividad es un rasgo presente en todos los sistemas jurídicos, pero no es una exigencia lógica del concepto de Derecho.

## Tema 3. El Derecho como conjunto de directrices para la resolución de conflictos

Es el segundo sentido en el que, según Pound, se suele hablar de "Derecho". Puede definirse como el conjunto de pautas directivas o criterios vinculantes en la determinación y resolución de conflictos dentro de una sociedad políticamente organizada.

Pound habla del "sistema de materiales autorizados (*authoritative materials*) para fundamentar o dirigir la acción judicial y administrativa".

Podemos corregir esta idea: el destinatario de esos materiales no sólo son los jueces y funcionarios, sino también los ciudadanos.

Este es, desde la perspectiva histórica, el uso más común y continuado del término "Derecho" (*law*). También es el sentido que prevalece entre los juristas y científicos del Derecho. Por ejemplo, cuando se habla de "ciencia del Derecho", se estaría utilizando el término en

este sentido. Por ese motivo, Pound se refiere también a él como “Derecho en-el-sentido-del-jurista” (*law in the lawyer’s sense*)

¿A qué “materiales” se está haciendo referencia?

No es correcto identificar el Derecho (*law*) con un mero conjunto de normas (*laws*): es un conjunto de normas, pero es algo más.

Tampoco las normas (*precepts*) se reducen a las meras reglas (*rules*): El Derecho es algo más significativo y duradero que las normas.

Esos materiales comprenden:

- Preceptos o normas, que son de diferentes tipos.
  - Las reglas.
  - Los principios.
  - Los conceptos jurídicos.
  - Los estándares jurídicos.
- Técnica, o modo de aplicar las normas
- Ideales a los que se orientan unos y otra.

## Los preceptos

Pound incluye bajo la denominación de preceptos jurídicos (*legal precepts*) cuatro clases de materiales jurídicos.

Se tratan de cuatro categorías heterogéneas, pero con una nota decisiva en común: se trataría de guías vinculantes (normativas, *authoritative*) para los agentes jurídicos a la hora de resolver conflictos. Todos ellos poseen un claro carácter normativo:

- Directo en el caso de los principios y reglas.
- Indirecto en el caso de los estándares y conceptos.

El origen de la normatividad constituye un elemento diferenciador:

- Reglas – Poder.
- Principios y estándares – la moralidad social, a través del juez o del legislador.
- Conceptos – la Ciencia jurídica y, a veces, el legislador.

## Las reglas

Se llaman reglas (*legal rules, rules of law*) los preceptos que conectan un concreto y determinado supuesto de hecho con una concreta y determinada consecuencia jurídica. Son los preceptos más simples y utilizados desde los inicios.

Poseen *remedies*, que son medidas en caso de incumplimiento.

Su aplicación es todo/nada: no tienen peso, a diferencia de otros preceptos. O se cumplen, o no / O se aplican, o no. En caso de contradicciones, su validez es alternativa, frente a la validez concurrente de otros preceptos.

Son obra del poder.

### Los principios

Los principios jurídicos (*legal principles*) vienen a ser puntos de partida autorizados del razonamiento jurídico, a partir de los cuales se buscan reglas o pautas para la decisión de controversias jurídicas. No poseen *remedies*.

Surgen al mostrar la experiencia que no es posible proporcionar rules y *remedies* para cada contingencia. Permiten organizar la experiencia adquirida en la interpretación y aplicación de las reglas, y aparecen con la llegada de la literatura y especulación jurídicas. Son un factor de control de las decisiones judiciales en un sistema desarrollado.

Las máximas o proverbios son una manifestación temprana de los principios.

Son normas de Ought to be, esto es, expresan un estado de cosas que debe alcanzarse o preservarse, no imponen conductas excluyentes.

Permiten reducir algunas indeterminaciones del Derecho:

- Reducción de lagunas de apertura
- Ampliación de lagunas de indeterminación.

Se aplican mediante la ponderación. Hay varios modos de concebir la ponderación:

- Balance o peso
- Construcción de una regla que determine las condiciones de prioridad.
- Armonización de los bienes o principios en presencia.

Constituyen mandatos de optimización (Alexy): exigen la máxima realización dentro de las posibilidades fácticas o jurídicas.

El fundamento de su validez es su razonabilidad intrínseca: el principio “descansa sobre sí mismo” (Esser).

### Los conceptos jurídicos

Los conceptos jurídicos (*legal conceptions*) son categorías jurídicamente definidas bajo las cuales pueden ser subsumidos los casos, de modo que, cuando ciertas situaciones de hecho entran dentro de una categoría les son aplicables una serie de reglas, principios y estándares.

Son fruto de la actividad sistematizadora de los profesores y científicos del Derecho.

Tienen una gran utilidad dado que: permiten a los operadores jurídicos manejarse con menos reglas, y capacitan para desenvolverse con cierta seguridad al plantearse casos nuevos, para los que no haya reglas disponibles.

### Los estándares

Los estándares (*legal standards*) vienen a ser medidas o patrones de conducta jurídicamente obligatorios (por ejemplo, la buena fe, la *due care* o diligencia debida, etc.), de modo que si alguien se separa de ellos en su actuación se arriesga a incurrir en responsabilidad o a

que aquélla sea declarada jurídicamente inválida. Tienen su origen en consideraciones de equidad y Derecho natural.

Operan para proporcionar flexibilidad a la aplicación del Derecho, permitiendo una cierta individualización en el tratamiento de problemas, a la vez que conservan el grado de generalidad necesario para la subsistencia y la coherencia del Derecho.

Según Pound, se caracterizan por tres rasgos:

- Suponen un cierto juicio moral sobre la conducta. Se trata de ser 'justo', o 'consciente', o 'razonable', o 'prudente', o 'diligente'.
- No exigen conocimientos jurídicos precisos que hayan de ser aplicados con exactitud, sino sentido común acerca de las cosas ordinarias, cierta intuición cualificada sobre las cosas que proviene de la experiencia común.
- No tienen una formulación absoluta o un contenido exacto, ni en la ley ni en la jurisprudencia.

Son relativos en el tiempo, el espacio y las circunstancias, aplicándose con referencia a los hechos del caso en cuestión.

## La Técnica

En cualquier sistema jurídico desarrollado, hay un conjunto de técnicas, una tradición en cuanto al modo de desarrollar y aplicar los preceptos, mediante la cual éstos se van perfeccionando, extendiendo o restringiendo su ámbito de aplicación, y adaptándose a las exigencias del funcionamiento práctico. Sin la técnica, los preceptos (reglas, principios, etc.), no llegarían nunca a cumplir su cometido, pues no pueden ser adscritos a la resolución de un conflicto de manera automática y constante en todos los ordenamientos jurídicos.

Los juristas la conocen bien, y la aplican. Rara vez se la menciona y se la estudia.

Ese conjunto de hábitos mentales de los operadores jurídicos preside la elaboración, también la aplicación del elemento preceptivo y es tan vinculante como los propios preceptos, y no menos importante que ellos.

Puede variar y de hecho varía de un sistema jurídico a otro. No sólo eso, sino que es precisamente este elemento técnico el que marca la diferencia fundamental entre los dos grandes sistemas del mundo contemporáneo: el sistema romano-germánico y el sistema el anglosajón. Ejemplo: el empleo de la analogía en la derivación de decisiones.

Es vinculante para el operador jurídico y forma parte de la definición del Derecho, siendo irreductible a las reglas o principios, aunque a veces aparece formulada como regla.

## El elemento ideal

Es el conjunto de ideales jurídicos vinculantes (*received, authoritative ideals*) que constituiría el marco o presupuesto (*background*) para la interpretación y aplicación de los preceptos.

### ***¿Qué es un ideal?***

Supuestos un buen legislador y un buen juez, [el ideal] es una imagen [picture] de cómo el uno debería expresar las leyes por él promulgadas, y cómo el otro debería decidir los casos que ante él se presenten.

Es la imagen o idea básica de lo que se desea obtener al hacer una ley o dictar una sentencia, el fin o propósito de ambas.

Pueden ser la base declarada de una resolución o pueden constituir el trasfondo de decisiones por parte de los jueces, inconsciente o semi-inconscientemente, por haberse dado por supuesto que la referencia expresa a los mismos no es necesaria.

Tanto los preceptos como la técnica jurídica obedecen a ciertos ideales respaldados por la autoridad o socialmente vigentes (*authoritative*). En casos no problemáticos, que se pueden resolver fácilmente aplicando los preceptos y la técnica no se advierte fácilmente la acción de los ideales. Sí se ve fácilmente cuando se plantean casos difíciles o sin precedentes, y entonces es necesario para resolverlos elegir entre principios igualmente vinculantes. En esos casos, la opción dependerá de los ideales jurídicos imperantes en ese tiempo y lugar. Ejemplo: primeros casos de transexualismo

No pocas veces los ideales acaban siendo más significativos en la administración de justicia que el texto de los propios preceptos.

### ***¿De dónde surgen? ¿Cómo llegan hasta el juez o el legislador?***

En muchas ocasiones son recibidos desde la tradición. Tradicionalmente recibidos. En tales casos, su utilización es tan legítima como la de preceptos también recibidos por tradición, el hecho de que procedan del pasado es parte de su fuerza y su importancia.

Otras veces se trata de ideales asumidos en el curso de la investigación y la literatura jurídicas como criterios válidos para determinar lo que es razonable y justo.

Los ideales y valores que operan en el Derecho son los de cada orden social en cada momento, no una serie de valores inmutables y eternos. Esto se advierte con claridad en el caso de estándares: qué significa prudencia o buena fe varía de un momento a otro y de una sociedad a otra.

### ***¿Son los valores o ideales parte del Derecho?***

Para el normativismo formalista (Kelsen) no lo son; influyen en la creación de normas, pero no son Derecho.

Pound distingue entre ideales ya incorporados al Derecho, e ideales que buscan abrirse camino. Los primeros serían ya Derecho y los otros aún no exactamente.

Excluirlos es un enorme autoengaño y no produce más certeza y seguridad.

### ***¿Cuáles son los principales fines, valores o ideales del Derecho contemporáneo?***

Normalmente se mencionan dos:

- Justicia (que suele actualmente identificarse con respeto a los derechos humanos).
- Seguridad jurídica.

Radbruch añade adecuación a fin. Otros piensan que todos se reducen a la justicia. Pero convencionalmente adoptaremos los dos primeros.

Los ideales se proyectan sobre los preceptos y sobre la técnica.

## Tema 4. El elemento ideal o valorativo: los ideales o valores jurídicos

### La justicia.

#### Aproximación a la noción de justicia. Justicia material y justicia formal.

Concepto depurado desde el pensamiento griego hasta nuestros días. La historia de esta noción se remonta a la mitología y a la filosofía griega primitiva, donde tenía un significado cósmico; de ahí pasó a tener un significado ético y finalmente ha pasado a considerarse un valor objetivo, fin del Derecho.

Evolución en el pensamiento griego (según la periodificación de Windelband).

|                       |                                               |                          |                                      |
|-----------------------|-----------------------------------------------|--------------------------|--------------------------------------|
| Periodo cosmológico   | Orden legal-divino                            | Sentido cósmico          | Respeto                              |
| Periodo antropológico | Orden interno del hombre (equilibrio/armonía) | Sentido ético            | Respeto                              |
| Periodo sistemático   | Igualdad<br>Orden<br>Equilibrio               | Sentido político y ético | Respeto<br>Restitución<br>Reparación |

Evolución posterior, Aristóteles, Ulpiano o Tomás de Aquino la considerarán como una virtud moral referida al Derecho:

*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo).

De lo anterior se pasará a la idea de lo justo, a la justicia como valor objetivo, es ésta la que se considera fin del derecho.

Elementos de la justicia como virtud:

- Alteridad: se refiere a un ámbito del comportamiento humano referido a los otros. Más concretamente, a una conducta externa: lo relevante no es tanto la voluntad interior como el comportamiento externo. Por ello tiene sentido ejercer la coacción para obtener el comportamiento justo.
- Deuda o débito: el objeto es un bien debido a otro como suyo. Por eso resulta exigible, incluso por la fuerza (coercible).

- Igualdad: implica una medida o proporción (por ejemplo, entre la cosa vendida y el precio, entre el delito y la sanción), en cada caso y en todos los casos semejantes. Igualdad entre lo que se da y lo que se adeuda. Basada en una igualdad más básica: igualdad entre los sujetos, que han de ser lo suficientemente iguales como para que se pueda satisfacer la deuda. Si esta igualdad no se da, no hay relación de justicia, sino de *pietas* o piedad.

La justicia como valor ético objetivo: la virtud se asienta sobre la base de algo que es justo en sí mismo, de lo justo. Lo justo en sentido objetivo: es una recta ordenación, cierto tipo de orden que implica proporción, equilibrio, armonía. También implica alteridad: se refiere a las relaciones entre las personas. También implica deuda o débito: tiene por objeto del derecho de cada uno También implica igualdad: Proporción real hombre a hombre

Lo anterior plantea una cuestión: ¿en qué consiste lo justo?, ¿qué es lo suyo de cada uno? La respuesta obliga a distinguir entre:

- Justicia formal: es sinónimo de Igualdad. Tratar como igual lo que es igual y como distinto lo distinto
- Lo anterior es insuficiente: exige determinar qué es igual y qué diferente; a quién debe considerarse igual/desigual; y cómo hay que tratar lo igual/desigual. Esto no tiene respuesta en el plano formal. Hay que acudir a la idea de Justicia material: la determinación sustantiva de lo suyo o lo justo.

### Principales proyecciones de la justicia.

La justicia formal o regla del trato igual se proyecta en el Derecho de varios modos. Algunos ejemplos:

- La estructura de las normas jurídicas: las leyes son generales y abstractas; no se dan para personas concretas, desde tiempos muy remotos (las XII Tablas: *privilegia ne inroganto*).
- La estructura del proceso judicial: proceso contradictorio; derecho de defensa; principio de audiencia, etc. Igualdad procesal de las partes.
- Principios de igualdad ante la ley: no hay desigualdades por razón de raza, nacimiento, etc.
- Igualdad en la ley: no se tratan como diferentes los iguales. Las diferencias deben responder a un fundamento objetivo y razonable.

La justicia material se realiza a través del contenido de la norma, esto es, las normas jurídicas establecen criterios de justicia, reconocen o protegen bienes de los individuos y de los grupos, etc. Hoy, está representada principalmente por el respeto a los derechos humanos.

Todo ordenamiento jurídico pretende ser justo, correcto. El Derecho actual se asienta en valores y en derechos humanos, y establece un criterio material de validez, a diferencia del Derecho formalista del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX.

## La seguridad.

### La seguridad como condición y exigencia de la vida humana.

La necesidad de seguridad: la situación del hombre en el mundo no es un mero estar, sino es existir: *Da-Sein*, Ser ahí (Heidegger). Ello implica: Conciencia de sí mismo y de su situación en el mundo. Conciencia de temporalidad, lo que es y dónde está; memoria del pasado y preocupación por el futuro. Conciencia de libertad, descubre el “poder ser”, el proyectar. La existencia es proyecto (Heidegger); Vivir es proyectar (Ortega): implica saber dónde se está, de dónde se viene y a dónde se quiere llegar. Abanico de posibilidades (tensión y preocupación), ocuparse de antemano, angustia. Elaborar un proyecto.

Pero el hombre es un ser existencialmente inseguro

Ante la trascendencia: el hecho de la muerte; el problema de la existencia de una vida ultraterrena; las dudas sobre Dios, sobre otra vida, sobre la salvación personal.

Ante el mundo y la naturaleza: el medio, los animales el propio cuerpo (la salud física), el dolor, el sufrimiento.

Ante la sociedad: los otros; la disociación entre el pensamiento, la palabra y la acción; la posibilidad de mentir.

Todo lo anterior genera preocupación, inseguridad y miedo, sobre todo respecto de los bienes, el trabajo y la propia persona (vida, integridad, libertad).

Respuestas a la inseguridad existencial:

- Frente a la trascendencia: la fe, la religión o la fe atea.
- Frente al medio, es decir, la técnica y la ciencia.
- Frente a la sociedad: La política, salir del desorden (Hobbes, Platón). El Derecho, posibilita la coexistencia en libertad; armoniza poder y libertad, evitando el despotismo y la anarquía.

### La seguridad jurídica, cualidad del Derecho que introduce certeza y orden.

Es una cualidad del Derecho como orden y como conjunto de directrices que consistente en una serie de caracteres, condiciones o mecanismos que el Derecho posee para garantizar la situación jurídica de los miembros de un grupo social. Es la certidumbre del derecho o seguridad del derecho mismo (Radbruch).

A ella obedecen diferentes aspectos en la estructura, organización, configuración y funcionamiento del Derecho.

Seguridad ≠ certeza jurídica.

La certeza hace referencia a la situación del sujeto que, bajo la cobertura del Derecho, tiene plena conciencia de su situación o status, y sabe a qué atenerse, al conocer sus derechos, obligaciones, etc.; y los de los demás, y lo que puede hacer si los demás no cumplen, y lo que previsiblemente será la reacción del sistema jurídico en esa situación, etc. La certeza es seguri-

dad por medio del derecho: La seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida, nuestros bienes, etc. (Radbruch)

Es un efecto de la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es, a la vez, un ideal, y un hecho. Todo orden jurídico es la máxima seguridad posible. Todo orden jurídico es ya de suyo un sistema de seguridad.

Una cierta prioridad temporal de la seguridad sobre la justicia. Como condición para la supervivencia, los hombres suelen buscarla primero, y luego la justicia. La necesidad de seguridad es radicalmente una necesidad física y psicológica. La de justicia es una necesidad ética.

La seguridad que de hecho realiza el Derecho no es una magnitud con índices fijos. Hay Derechos más seguros que otros. Hay grados de perfección.

En el siglo XX y comienzos del XXI se ha producido un cambio en el modo de entender la relación entre seguridad y justicia: Menor seguridad y mayor justicia. La seguridad no es un valor separado, sino un aspecto de la justicia.

### **Principales proyecciones y limitaciones de la seguridad jurídica.**

El derecho para ser seguro tiene que estar positivizado, ser eficaz y no dificultar la paz social.

### **Relaciones entre justicia y seguridad.**

Pueden detectarse puntos de fricción o de tensión. La seguridad es el gran valor del legalismo positivista.

Por el contrario, la justicia crece con el neo-constitucionalismo, en el Derecho actual, sin renunciar a la seguridad.

Esta tensión implica una relación de balanceo variable históricamente, que permite considerar las relaciones entre justicia y seguridad de un doble modo: que se trata de fines autónomos e independientes y que entre ellos hay una vinculación especial

Si se los considera fines autónomos existe un doble problema. Las situaciones de antinomia, contradicción o conflicto entre ellos. Y la prevalencia, jerarquía o primacía de uno u otro. La respuesta a esto depende de criterios sociales e ideológicos y filosóficos.

La respuesta a la cuestión de la jerarquía.

- Perspectiva socio-ideológica:
  - Conservadora-burguesa: prevalece la seguridad.
  - Progresista o revolucionaria: prevalece la justicia.
- Perspectiva Filosófico-jurídica:
  - Iusnaturalismo: prevalece la justicia.
  - Positivismo jurídico: prevalece la seguridad.

¿Qué sucede en la práctica? A veces se sacrifica uno en beneficio del otro.

Ejemplos de sacrificio de la seguridad: sentencias que no causan nunca cosa juzgada (las relativas a la patria potestad o custodia de los hijos).

Ejemplos de sacrificio de la justicia: adquisición de la propiedad de cosa robada por prescripción o sentencia firme por cosa juzgada que consagra una situación injusta.

¿Cómo responde a lo anterior la teoría jurídica? Evitando establecer jerarquías rígidas y definitivas entre los dos valores.

- Radbruch: debe prevalecer la seguridad en general, siempre que no se alcance un grado de injusticia extrema. Si esto último sucede, entonces debe prevalecer la justicia.
- Henkel: hay que resolver caso por caso, intentando armonizar en lo posible, sin que puedan darse reglas fijas para ello (ni para el que hace la ley, ni para el que la aplica).

Pero cabe un enfoque diferente del problema, que consiste en no ver a ambos valores como independientes, sino como relacionados: la seguridad vendría a ser un aspecto de la justicia. Ello implica que la justicia no puede existir sin la seguridad, y que puede haber seguridad sin justicia, pero esa seguridad no es la propia del Derecho, aquella a la que aspira el Derecho

¿Cómo se entienden las antinomias o conflictos a la luz de este nuevo enfoque?

Como realizaciones imperfectas de la justicia. Al tratarse de un valor o fin, la justicia se realiza en el Derecho de manera parcial. Son situaciones en que un aspecto de la justicia se realiza de manera más perfecta que otros.

## Tema 5. El Derecho como actividad o proceso

El tercero de los sentidos del Derecho a los que se refiere Pound es el Derecho como proceso. Con ello, Pound se refiere al proceso judicial, es decir, al conjunto de actos dirigidos a la resolución de una controversia o conflicto. En su opinión, esta manera de entender el Derecho es la que primero surgió históricamente: sólo en un segundo momento se reparó en la existencia de un cuerpo de materiales o en la idea de orden jurídico.

Sin embargo, el Derecho no se puede reducir al proceso judicial, porque hay en el Derecho otros procesos y el proceso judicial sólo existe cuando el Derecho es incumplido o se suscitan controversias, pero muchas veces el Derecho se cumple espontáneamente, sin que se lleguen a producir conflictos o incumplimientos. Por ello resulta preferible hablar del Derecho como actividad, o como conjunto de procedimientos.

El punto de partida: la vida social y jurídica son dinámicas: la vida es movimiento, acción, por tanto, el orden social y el orden jurídico no son estáticos, sino que están en movimiento y cambio permanente.

Al menos, es posible identificar los siguientes procesos o actividades:

- La actividad negocial o actividad de los particulares.

- La actividad de producción de normas jurídicas.
- La actividad jurisdiccional, o actividad de
- La actividad administrativa.

Un elemento común a todas las actividades anteriores es su carácter institucional. No necesariamente en el sentido de que sean desarrolladas por instituciones (algunas sí lo son, pero otras no). Y sí en el sentido de que son desarrolladas siguiendo reglas institucionalmente previstas y establecidas.

Lo anterior permite ver la conexión entre este sentido del Derecho y los anteriores. En estas actividades actúan los preceptos, mediante el empleo de una técnica, y a la luz de unos ideales (segundo sentido o acepción del Derecho). Todas esas actividades son la vía para que vaya tomando forma y se conserve el orden jurídico (primer sentido o acepción del Derecho) en una sociedad organizada.

Sin embargo, no todo es institucional en los procedimientos o actividades mencionadas:

- En el proceso de creación de normas: frecuentemente la decisión de crear una norma, de modificarla o el establecimiento de su contenido dependen en todo en parte de la decisión de los operadores jurídicos.
- En el procedimiento administrativo: Idem.
- En la actividad negocial: los actos se ajustan a las reglas, pero muchos aspectos de ellos quedan a la decisión de quien actúa (libertad de negociar, libertad negocial).
- En la actividad judicial o proceso judicial: los jueces y tribunales tienen un margen, más o menos amplio, para optar entre diferentes decisiones.

Hay una diferencia entre los 4 casos anteriores. En los 3 primeros hemos hablado de que ciertos aspectos dependen de las preferencias o de la voluntad de los operadores jurídicos (sean éstos órganos del sistema jurídico o particulares). Mientras que en el último caso, el juez tiene un margen de discreción, pero no puede elegir alegando como única razón su propia voluntad: está obligado a argumentar su decisión. Eso abre otra actividad o proceso no institucionalizado, o más débilmente institucionalizado, que es la argumentación jurídica judicial.

## **Tema 6. Un concepto descriptivo del Derecho: el Derecho como práctica social**

### **La unificación de los sentidos del Derecho**

Para Pound, el elemento común a los tres sentidos o modos de entender el derecho es la idea de control social. Este unifica los sentidos o acepciones del Derecho. El Derecho, en cualquiera de sus sentidos, es una agencia, instancia o mecanismo de control social.

Pound entiende el control en un sentido diferente al que suele emplearse. Control social no es sólo una actividad de prevención de la desviación de la conducta que proviene esencialmente en una sola dirección: desde quien tiene mayor hacia quien tiene menor poder. Sino

que es una actividad pluridireccional y recíproca: es el control de cada uno de nosotros por la presión de sus congéneres, sea ésta inconsciente e involuntaria o intencionada y directa.

Lo anterior es aceptable, pero no hace sino resaltar que el Derecho, se entienda como se entienda, consiste en actividades dirigidas a mantener una parte del orden social (el Derecho en cuanto orden jurídico, es decir, en el primer sentido).

## Aproximación a una definición descriptiva del Derecho

Las definiciones del Derecho que sólo incluyen uno o algunos de los aspectos del Derecho que se han ido exponiendo y analizando son unilaterales y, por ello, insuficientes e incompletas.

- La definición del Derecho como orden o sistema de relaciones es la propia de los sociólogos.
- La del Derecho como valor o conjunto de valores es la propia de los moralistas y/o ciertos políticos.
- La del Derecho como norma o conjunto de normas es la propia de los juristas tradicionales.

Más aceptables resultan aquellas que aspiran a incluir todos los aspectos. Ahora bien, los diferentes intentos de definir el Derecho descriptivamente incluyendo todos los elementos no tienen más remedio que hacer hincapié o resaltar alguno de los aspectos. La cuestión es, entonces, en torno a cuál de los sentidos resulta más correcto efectuar la unificación.

El primero de los sentidos es el fin de los otros: la creación del orden, su mantenimiento y su reparación es el objeto del Derecho en el sentido de proceso o actividad.

¿Por qué se busca crear, preservar o restablecer un orden jurídico? Porque se lo considera un requisito indispensable del bien común de una sociedad organizada. En definitiva, el Derecho como orden se relaciona con la necesidad de coordinar la actividad de las personas permitiendo o haciendo posible el bien común.

Los dos restantes sentidos del Derecho (conjunto de materiales –preceptos, técnica e ideales- y proceso) asumen el primero como su objetivo propio. No hay problema, pues, para integrar el primer sentido con ninguno de los otros dos. Pero, ¿en torno a cuál?

Tradicionalmente ha predominado la visión del Derecho como conjunto de normas. Esta perspectiva es demasiado reduccionista, pues ya hemos visto que ni siquiera en el segundo sentido o acepción el Derecho puede reducirse a normas: hay preceptos que no son normas, y hay materiales que no son preceptos (la técnica y los ideales). Además, plantea el problema de que, si bien es cierto que el Derecho como proceso o actividad se rige por normas, las propias normas son el resultado de una actividad.

Por eso, la caracterización descriptiva del Derecho que se propondrá a continuación pretende unificar los sentidos del Derecho en torno a la idea de Derecho como actividad o proceso.

## El Derecho como práctica social

Una vez descartado que el Derecho en el tercer sentido o acepción se pueda reducir al proceso judicial, la caracterización más idónea del Derecho como actividad es considerarlo una práctica social. Práctica, en el sentido de actividad reiterada que consiste en actuar siguiendo una regla o pauta de comportamiento. Y social, en el sentido de que se trata de una práctica colectiva, no meramente individual.

## Propuesta de una definición descriptiva del Derecho

A partir de ahí, una posible definición descriptiva del Derecho podría ser la siguiente:

Derecho es la práctica social que tiene lugar en sociedades políticamente organizadas (Estado) y que consiste en actuar, tanto los individuos como las instituciones, siguiendo reglas producidas de acuerdo con otras reglas por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada y, normalmente, constituida como institución mediante reglas del propio Derecho) y apoyada en última instancia por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente los problemas de coordinación de la comunidad para el bien común de esa comunidad.

## Insuficiencia del concepto descriptivo y posibilidad de un concepto interpretativo del Derecho

Hemos visto cómo es el Derecho desde un punto de vista descriptivo. Pero cabe una pregunta más profunda. El Derecho es como es: tiene tal estructura y tal fin. Pero ¿por qué es como es?

Para responder, hay que superar el plano morfoestructural e incluso el teleológico y preguntarse: ¿por qué el Derecho y no la ausencia del Derecho? Para ello hay que fijarse en su nacimiento. No desde un punto de vista histórico, sino ontológico. El Derecho no es un mero objeto, sino producto de la actividad humana. Hay que ver qué significa para la vida humana. Por qué existe en la vida humana. Es una investigación, la del porqué, típicamente filosófica.

## El Derecho como forma de coexistencia

El sujeto es dinámico; quiere ser (hacer y tener). Su indigencia le impulsa a tender a ser (hacer y tener) más. En su tender se encuentra con los otros (obstáculo).

Frente a ellos presenta una pretensión (para él verdadera). La razón le muestra que los demás son iguales en su pretender, tiene una opción: o cerrarse (conflicto, cosificación) o reconocerlo. Al hacerlo así surge la regla. La pretensión se convierte en derecho subjetivo.

El Derecho es, pues, la alternativa a la violencia. Es una forma de coexistencia pacífica.

## Tema 7. Los caracteres del Derecho como práctica social

### Carácter institucional

La creación, modificación y aplicación del Derecho es, en gran medida, llevada a cabo por instituciones (Raz).

El Derecho monopoliza el uso de la fuerza en el mundo moderno, sólo instituciones u órganos centralizados cuentan con autorización para ejercer la fuerza (Kelsen, Hart, Nino). La importancia de este aspecto es tan decisiva que, para la teoría jurídica actual (Hart), sólo hay un sistema jurídico si éste consta de dos tipos de normas: reglas de conducta, y reglas sobre el procedimiento y el órgano competentes para modificar o producir nuevas normas, aplicarlas o establecer cuáles constituyen el sistema.

Por otra parte, se produce un fenómeno de circularidad: las reglas son creadas y aplicadas por instituciones, y las instituciones son creadas mediante reglas y actúan siguiendo reglas.

Las instituciones principales en el Derecho son los *órganos* del sistema jurídico:

- órganos creadores de normas (legislativos, aunque no sólo)
- órganos ejecutores (administrativos)
- órganos de adjudicación, es decir, que resuelven conflictos y aplican normas (judiciales o jurisdiccionales)

¿Cuáles son los órganos primarios en un sistema jurídico? Tradicionalmente se ha pensado que lo son los órganos que crean las normas. Esta solución ha sido abandonada progresivamente por varias causas, como que estos órganos son, a su vez, creados por normas, cabe pensar órdenes jurídicos sin órganos creadores de normas, pero no sin órganos de adjudicación.

Hoy se acepta que los órganos primarios del sistema son los órganos de adjudicación, más concretamente los órganos de adjudicación superiores o supremos dentro del sistema (ej., en México, la Suprema Corte).

La importancia y el carácter primario de los órganos superiores de adjudicación reside en la relevancia de sus funciones para la práctica del Derecho o el sistema jurídico, puesto que resuelven las controversias entre particulares y entre los otros órganos del sistema, adoptan decisiones autoritativas, es decir, dotadas de autoridad (en forma de sentencias, o de otro modo, y definen ellos mismos los confines del sistema jurídico: reconocen qué normas son aplicables (pertenecen al Derecho) y cuál es su sentido y alcance (es decir, las interpretan).

Lo anterior explica por qué son llamados primarios: en muchos aspectos son los más básicos (primeros y últimos). Es evidente su importancia para la configuración del orden jurídico y, por tanto, también del orden social.

Algo decisivo es que los órganos primarios no actúan siguiendo su capricho o sentido discrecional, sino por otras reglas dotadas de autoridad, aunque no exclusivamente (suelen guiarse además por otros criterios).

El carácter institucional implica la estatalidad del Derecho, la necesidad de instituciones en el Derecho dado que éste sólo puede surgir y permanecer en el Estado (ente centralizado y monopolizador de la fuerza). Lo anterior conduce a considerar fuera del derecho o, al menos, casos imperfectos del Derecho, a algunas realidades que normalmente se consideran

dentro de él o se emplea la expresión “Derecho” para referirse a ellos, sobre todo el Derecho Internacional, que no está suficientemente institucionalizado.

La institucionalización tiene límites. Como ya se vio, hay elementos independientes y no institucionales en las decisiones judiciales: no todo en la decisión judicial depende de reglas sustantivas (hay elementos valorativos personales) ni es fruto de unas reglas argumentativas (existe la posibilidad discursiva). La institucionalización tiene otros límites derivados de que la autoridad tiene límites. Las normas jurídicas no son razones absolutamente excluyentes para la acción: no eliminan toda deliberación (ni para el órgano ni para el ciudadano). Sólo las razones morales son razones operativas o completamente excluyentes (Nino).

Lo anterior pone de relieve la importancia del sistema político y de su legitimidad.

Un matiz: ¿son las normas democráticas o emanadas por un legislador democrático razones excluyentes?

### **Autoridad**

Cuando se afirma que se trata de órganos dotados de autoridad, en realidad se quiere decir que pretenden estar dotados de autoridad. Esta pretensión no está garantizada moralmente.

¿Qué significa autoridad?

Que la decisión de un tribunal se presenta (por él) como una razón para cumplirla mientras que la opinión de un particular no lo es. La autoridad depende de la aceptación e implica abandonar el propio derecho a actuar según el propio juicio sobre el balance de razones, implica aceptar las manifestaciones autoritativas como una razón excluyente.

- la norma actúa como razón excluyente para el órgano que la aplica.
- la decisión del órgano, razón excluyente para el ciudadano y el resto de los órganos sometidos a él.

Los órganos primarios evalúan controversias tomando en cuenta las normas del sistema, a las que considera dotadas de autoridad, y actúan ellos mismos como maquinaria autoritativa o autorizada de resolución de conflictos con poder para determinar autoritativamente las situaciones normativas de acuerdo con normas preexistentes.

### **Normatividad.**

Normatividad significa que el Derecho pretende guiar la conducta, la acción humana. No todas las disposiciones jurídicas son normas, pero las relaciones internas entre todas ellas acaba confiriendo normatividad a todas ellas. La normatividad adviene a ciertas disposiciones (conceptos, estándares, por ejemplo) por formar parte de un sistema normativo. Además, en muchos sistemas normativos, como es notorio en el Derecho, aparecen enunciados que no son normas, tales como definiciones conceptuales, descripciones fácticas o expresiones de deseos.

La normatividad se despliega orientando la conducta de los ciudadanos y de los órganos del sistema.

La normatividad del Derecho pretende guiar la conducta con fuerza obligatoria. Esta idea de fuerza obligatoria no puede explicarse sin una referencia a la moral: la obligatoriedad en último extremo es obligatoriedad moral.

Problemática del “deber”: 2 cuestiones principales, qué significa deber; y si significa lo mismo en Derecho que “deber” en Ética.

## Coactividad.

La coactividad del Derecho significa que la obediencia a él y su aplicación se encuentran garantizadas en última instancia por el uso de la fuerza.

La coacción es fundamental para el Derecho, pero no es el núcleo de lo jurídico, de la normatividad, como pensaba la teoría jurídica positivista tradicional (Austin, Kelsen).

La coacción actúa en el Derecho de forma sutil dado que corresponde al sistema jurídico en general, no a cada norma en particular. El recurso a sanciones y a la imposición de la fuerza no es un elemento lógico del concepto del Derecho: un sistema jurídico sin sanciones y coacción es lógicamente posible, aunque humanamente imposible.

Coacción y coactividad: sólo son susceptibles de coacción las acciones externas. El Derecho toma en cuenta elementos internos de la acción, pero no puede hacer nada para imponerlos por la fuerza; sólo puede imponer coactivamente actos externos.

La coactividad  $\Rightarrow$  relación entre sistema jurídico y sistema político  $\Rightarrow$  la legitimación de éste determina la eficacia del Derecho (su nivel de cumplimiento normal).

## Los caracteres esenciales pero no tradicionales

### Pretensión de comprehensividad

Significa que el Derecho pretende autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento. A diferencia de otros sistemas institucionalizados, que tienen objetivos limitados, el Derecho no reconoce ninguna limitación a la esfera del comportamiento que puede regular legítimamente.

Lo anterior no significa que tenga autoridad, sino simplemente que la pretende. Puede no pretenderla para todo el mundo, y puede regularla en cualquier forma: por ejemplo, autorizándola, confiriendo un permiso.

Otros sistemas normativos o prácticas sociales pueden también tener esta pretensión.

### Pretensión de supremacía

El Derecho pretende regular el establecimiento y la aplicación de otras prácticas sociales institucionalizadas y de otros sistemas. Algunos sistemas jurídicos sólo pretenden autoridad para permitir la existencia y el funcionamiento de algunas organizaciones.

Lo anterior plantea el problema de si pueden coexistir dos sistemas jurídicos simultáneamente (en el mismo tiempo y lugar):

- La mayoría son potencial y parcialmente compatibles.

- La mayoría son potencialmente incompatibles hasta cierto límite.

## Tema 8. El Derecho y otros órdenes normativos

### Derecho y moral

Las relaciones entre Derecho y moral son, a la vez, sencillas de percibir y difíciles de establecer con precisión.

Lo anterior puede afirmarse incluso aunque dispongamos de un concepto o una idea precisa del Derecho, por la complejidad del fenómeno de la moral

La complejidad de la moral se debe a dos factores principales. La moral no es unitaria, sino plural: no hay una moral, LA moral, sino muchas. Y dentro de la moral de un grupo, la moral tampoco es un sistema unitario, sino plural, con varios planos

Planos de la moral:

- Moral social-moral individual
- Moral profana-moral religiosa
- Moral ideal-moral vigente

Una advertencia terminológica, a veces se distingue entre ética y moral. En general, pueden tomarse como sinónimos, lo importante es que cuando se hable de una o de otra se precise en qué sentido se habla de ellas.

Planos de conexión: según Nino, el tema puede ser planteado en tres planos:

- Interpretativo.
- Justificadorio. De las decisiones legislativas o creadoras de normas, y de las decisiones judiciales.
- Conceptual.

Sobre los dos primeros apenas hay discusión, es decir, se acepta la conexión entre ambos órdenes, pero sobre el segundo no hay acuerdo.

Conexión conceptual: es aquella que existiría si la moralidad de una norma jurídica fuese una condición necesaria para considerarla Derecho.

La moralidad sería un ingrediente de la definición del Derecho. Al respecto, hay posiciones diversas:

- Positivism jurídico: niega la conexión conceptual, aunque admita las otras. Una cosa es el Derecho, otra bien distinta es su mérito o demérito (Austin).
- Iusnaturalismo radical: considera que una norma inmoral no pertenece al Derecho. Apenas nadie sostiene esto.
- Posiciones intermedias: las normas inmorales son jurídicas, aunque no son el caso típico del Derecho, no son Derecho en sentido pleno (Finnis, Tomás de

Aquino, etc.). En caso de injusticia extrema, no son Derecho en absoluto y no deben ser aplicadas ni obedecidas.

### **Criterios de distinción.**

- FINALIDAD:
  - MORAL: Perfección individual del sujeto.
  - DERECHO: Bien común (perfección del orden social).
- CONTENIDO:
  - MORAL: Lo bueno.
  - DERECHO: Lo justo.
- OBJETO
  - MORAL: Actos humanos, con consideración especial de lo interno.
  - DERECHO: Hechos y actos humanos (sólo bilaterales y con referencia a lo exterior principalmente).
- MODO DE OBLIGAR:
  - MORAL: Fuero interno.
  - DERECHO: Fuero externo.

### **La proyección de la moral sobre el Derecho.**

La moral desempeña ciertas funciones relacionadas con el Derecho. En ocasiones actúa como fin del Derecho: Cuando el Derecho reconoce y protege bienes morales o cuando sanciona conductas contrarias a la moral.

En otras ocasiones actúa como límite del Derecho: Cuando limita la autonomía de la voluntad (nulidad o prohibición de negocios con causa inmoral), cuando opera como límite al ejercicio de derechos y libertades fundamentales (libertad de expresión, etc.), o cuando limita la capacidad (por ejemplo, la indignidad sucesoria, etc.).

En otras opera como pauta del comportamiento jurídicamente exigible: estándares clásicos (prudencia, buena fe, diligencia, cuidar de la cosa o del negocio como si fuese propio, etc.).

### **La proyección del Derecho sobre la moral.**

El Derecho también se proyecta sobre la moralidad. Principalmente, ayudando a conformar y a modificar los principios morales aceptados por el grupo social (moral social o colectiva, moral vigente).

### **Derecho y usos**

Este epígrafe debe estudiarse con el texto de Rodríguez Molinero que quedó en reserva.

### **Derecho y religión**

Este epígrafe debe estudiarse con el texto de Radbruch que quedó en reserva.

## Tema 11. El sujeto de Derecho

### Planteamiento: el orden jurídico, orden humano. La persona

Ya se ha visto cómo descriptivamente el Derecho se nos presenta como una práctica social, tendente a crear, mantener y restaurar un orden en las relaciones sociales.

Se señaló asimismo que las relaciones sociales son relaciones entre personas. Ahora bien, no todas las relaciones sociales son necesariamente integrantes del orden jurídico. Por eso el concepto de relación (que sirve para la filosofía y la psicología) o el de relación social (que es el empleado en la sociología) son sustituidos en el Derecho por el de relación jurídica. Las personas, en el plano del Derecho suelen denominarse con ese término o, también, con el más general de sujeto de derecho.

Las dos ideas expuestas llevan a concluir que los primeros elementos clave que descubrimos en un análisis estructural del Derecho como orden, y que constituyen en consecuencia los dos conceptos más elementales o esenciales de la teoría jurídica (en su vertiente de análisis, no de comprensión global) son los conceptos de relación jurídica y persona o, más ampliamente, sujeto de Derecho.

El orden jurídico es, así, un orden de las relaciones humanas, de las relaciones entre personas.

### El sujeto de Derecho. El concepto jurídico de persona y su evolución.

El estudio de la relación jurídica pone de relieve que ésta es una relación entre sujetos, no entre cosas ni entre normas. Un sujeto es siempre un quién, un alguien: una persona humana.

Desde la época del Derecho romano, fundamento técnico de nuestra cultura jurídica, ha funcionado la llamada *summa divisio* del Derecho: todos los seres quedan encuadrados ante el derecho en dos únicas categorías: personas y cosas. *Tertium non datur*. Las personas son quienes pueden tener derechos y deberes. Dicho de otro modo, la persona es el sujeto de derechos y obligaciones, y las cosas son lo que puede ser derecho o deber de alguien.

El Derecho (desde hace siglos) tiende a identificar sujeto de derecho con persona, y persona con individuo humano, aunque con algunas precisiones importantes: No siempre todo individuo humano fue considerado persona. En aquellos órdenes jurídicos que admiten la esclavitud, el esclavo es considerado una cosa, no una persona. Por otra parte, existe un problema para determinar cuándo comienza alguien a ser un individuo humano y, por tanto, persona. Finalmente, el Derecho ha extendido artificialmente la condición de sujetos de derecho y de personas a realidades no personales (la denominada persona jurídica).

En nuestro Derecho positivo, el Código civil (de 1889) establece:

**Artículo 29.** El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

**Artículo 30.** Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

La personalidad corresponde, por tanto, a todo ser humano que haya nacido, lo cual hace surgir un interrogante: ¿por qué se hace depender del nacimiento la consideración del ser humano como sujeto de derecho, es decir, como persona?

### La evolución histórica del concepto

La comprensión de este asunto sólo puede obtenerse adecuadamente desde un estudio histórico del concepto.

#### Mundo Antiguo

En el Mundo antiguo, *prosopon* (en griego) y *persona* (en latín) designaban la máscara que utilizaban los actores en las representaciones teatrales trágicas y cómicas. El nombre asignado a ese objeto físico, se acabó trasladando a los papeles o personajes que se identificaban con ella (*dramatis personae*). Posteriormente, se empleó también para designar el papel o rol que alguien desempeñaba en las relaciones sociales y jurídicas: el de padre, el de propietario, el de juez o el de arrendador de un inmueble.

En consecuencia, en el Derecho romano un mismo individuo podía ostentar diferentes personalidades, varias personas, porque podía ser a la vez todo lo que se acaba de mencionar como ejemplo.

Además, como hemos dicho, el esclavo no era sujeto en las relaciones jurídicas, sino objeto, cosa (instrumento se-moviente o animado lo llama Aristóteles).

De ahí que sea necesario distinguir en el mundo romano entre *caput* y *persona* (d'Ors). *Caput* significa "cabeza" en latín, es cualquier individuo humano, incluido el esclavo. *Persona* es el rol, papel o posición que ostenta un sujeto en las relaciones jurídicas y, más ampliamente sociales. De lo anterior se desprende que no todo *caput* es *persona*, y que un mismo *caput* puede ostentar simultáneamente, en diferentes relaciones, diferentes personas. También se desprende algo esencial para comprender la evolución del concepto y del uso de la palabra: *persona* implica papel o rol y, por tanto, de alguien en el marco de una relación.

#### El Cristianismo y la Edad Media

A finales de la Antigüedad (siglo VI d. C.) se produce en el mundo occidental un cambio esencial en el uso de la palabra, que supondrá a la larga, su identificación con la noción de individuo humano.

Dicho cambio tiene lugar en el marco de la Teología, concretamente en la obra del filósofo y teólogo romano Boecio, quien aporta dos elementos a la historia del concepto. El empleo de la palabra latina *persona* para traducir la noción de *hypostasis* (lo que subyace en sí y por sí) con el matiz de relación que está implícito en la noción de personas de la Trinidad. Una definición de *persona* como sustancia individual (*hypostasis*) de naturaleza racional.

Las consecuencias de lo anterior son claras. La idea de *persona* sigue vinculada con la idea de relación; por eso se elige *persona* para hacer referencia a las personas divinas, sin embargo, la definición permite extender el concepto de *persona* a todo ser racional, es decir,

también al hombre. Es el concepto filosófico de persona, más aún, potencialmente debe extenderse a todo hombre, incluido el esclavo.

Pero la proyección de estas consecuencias tardó en llegar. Los juristas medievales siguieron entendiendo el derecho desde el estatus de los individuos, conforme a los fundamentos políticos de la sociedad estamental, y la persona como la posición que cada individuo ocupa en las relaciones jurídicas. Es decir, el concepto filosófico teológico no llegó aún al mundo del Derecho.

### *La crisis bajomedieval y la Modernidad*

Los antiguos y los medievales pensaban el universo físico como un *cosmos*, como un todo ordenado –lo opuesto al *caos*- donde a cada cosa le corresponde su lugar, su “lugar natural”, el que cada cosa busca por ser el que le corresponde. Se trataba además de un orden que respondía a una finalidad.

Esta misma idea la aplicaron para pensar la sociedad. De ahí resultaba que los derechos y deberes procedían del lugar que cada uno ocupaba en la vida social, determinado por múltiples parámetros (de estamento, profesión, y muchas otras relaciones en las que los seres humanos estamos envueltos): no es raro, por eso, que los romanos considerasen que el ius o derecho de alguien era la posición que ese alguien tenía en las relaciones o situaciones sociales cuando dicha posición era la correcta, la justa (*d’Ors*) conforme al fin u objetivos propios de las diferentes instituciones sociales.

Se puede afirmar que en este modelo el todo, el orden, es más relevante que las partes, que los individuos.

Hacia fines de la Edad media (s. XIV) se produce la crisis de este modelo: cambia la visión de universo natural o físico, de la naturaleza, deja de ser vista como un todo que posee una finalidad específica, y pasa a ser vista como un sistema mecánico, donde los movimientos proceden de fuerzas exteriores, no de la dinámica interna de los seres.

Cambia también la visión de la sociedad que ya no es un todo ordenado, una realidad natural, sino que poco a poco va viéndose como una pura suma de individuos. Lo que existe naturalmente es el individuo; la sociedad es un puro artificio, la suma de individuos, y el orden social debe ser construido, porque no existe naturalmente. Por tanto, también las instituciones sociales dejan de entenderse como dotadas de fines naturales propios.

Y cambia la visión del propio hombre, que ya no tiene una naturaleza común con los demás hombres. Ni tiene tampoco fines propios. Por tanto, es pura libertad. El nominalismo impone pensar la naturaleza humana como mera palabra que no designa nada real. Lo anterior conduce al dualismo, porque el cuerpo es visto como algo ajeno al sujeto: el hombre *es* libertad (espíritu) y *tiene* cuerpo (una máquina más o menos perfecta perteneciente al mundo de la naturaleza).

Lo ya mencionado tiene repercusiones sobre el modo de entender el Derecho.

El individuo ya no forma parte naturalmente de comunidades en las que desempeña una función o papel, con derechos y obligaciones relativamente independientes de su consen-

timiento. En consecuencia, no hay más relaciones jurídicas que las que él crea artificial y voluntariamente, comenzando por la sociedad misma.

Por naturaleza, el individuo no es un ser social: la sociedad, el Estado y el orden jurídico son puras creaciones artificiales (Hobbes, etc.).

Naturalmente, el individuo es simplemente un sujeto aislado que posee un atributo (la razón y la libertad) y una limitación importante (el cuerpo) (por ejemplo en el pensamiento de Descartes). De este modo, el origen de todo derecho y obligación y de la sociedad misma es el contrato: el pacto entre individuos (Hobbes, Locke, etc.).

El sujeto de derecho acaba siendo, pues, el individuo: el concepto filosófico de persona evoluciona hacia la idea de individuo –no individuo en relación con...- y el concepto jurídico de persona también confluye en esta idea.

En este planteamiento, la persona se caracteriza por su libertad y autonomía: capacidad de darse a sí mismo fines y planes de vida (es la personalidad moral tal y como la entiende, por ejemplo, Kant).

Todo esto trae repercusiones sobre el modo de entender el sujeto de derecho o la persona en sentido jurídico. El sujeto de derecho acaba siendo el individuo. Desapareciendo la idea romana de persona en el Derecho y se identifica el concepto jurídico con el concepto filosófico de persona. A su vez, el concepto filosófico se simplifica: se conserva el concepto cristiano-medieval de persona, aunque despojado de la idea de relación: evoluciona hacia la idea de mero individuo humano –no individuo en relación con...

En este planteamiento, la persona se caracteriza por su libertad y autonomía: capacidad de darse a sí mismo fines y planes de vida (es la personalidad moral tal y como la entiende, por ejemplo, Kant). Ello va a producir la identificación entre persona y propietario (Locke, Kant), poniendo en riesgo la extensión universal de la condición de persona a aquellos seres con la autonomía disminuida, ya sea por circunstancias temporales o estables, naturales o sociales (niños, mujeres, discapacitados psíquicos, etc.).

### ***La persona en el positivismo legalista***

El planteamiento que acaba de exponerse condujo a la aparición del legalismo y del positivismo. En el pensamiento moderno el individuo es visto como pura libertad: tiene derecho natural sobre todas las cosas –Hobbes- o sobre algunas, como la vida, la libertad y la propiedad –Locke-. Obviamente, esto engendra situaciones problemáticas de guerra de unos contra otros (Hobbes) o al menos de precariedad (Locke). Surge así la necesidad de superar estos inconvenientes de modo artificial, creando la sociedad y el Estado: la sociedad es fruto de un pacto (*pactum unionis*) y el poder social es fruto de otro pacto (*pactum subiectionis*), que da lugar al Estado y al soberano: son las teorías del contrato social de autores como Hobbes, Locke o Rousseau.

El orden social no nace, pues, de la naturaleza del hombre sino de la ley dictada por el soberano:

- En el estado de naturaleza, el individuo sólo tiene derechos. Más aún, tiene todos los derechos.
- En la vida social aparecen las leyes, que crean el Derecho.
- Las leyes (el Derecho) son vistas entonces como lo opuesto a los derechos (de los individuos): cuanto más Derecho (leyes) menos derechos.
- Con las ideas de Hobbes y, sobre todo, de Rousseau acaba triunfando una visión que reduce todo el Derecho a la ley: el individuo al entrar en sociedad renuncia a todos sus derechos naturales y, en consecuencia, sólo tendrá aquellos que la ley le atribuya o le “devuelva”.
- Toda la realidad jurídica pasa, pues, a ser creada por la ley.

Lo anterior, obviamente, posee repercusiones en los conceptos jurídicos, que pasan a ser definidos en función de la ley. A partir del triunfo del positivismo legalista (reducción del derecho a la ley), persona es aquél que la ley define como tal. El sujeto de derecho es quien la ley establece como tal. Ello se traduce en que realidades no humanas pueden ser consideradas personas (las denominadas personas jurídicas), y algunos seres humanos pueden no ser considerados personas (el *nasciturus*, por ejemplo).

### **La persona en la derivación formalista del positivismo jurídico**

El positivismo evolucionó en la concepción general del Derecho hasta adoptar una visión formalista de lo jurídico que implica identificar, efectos jurídicos, la realidad con la realidad en la medida en que haya sido incorporada y definida o “creada” por las normas jurídicas.

Desde la noción de norma jurídica se definen en la obra de H. Kelsen todos los demás conceptos jurídicos.

En nuestro caso, el sujeto de Derecho y la persona pasan a ser definidos como centros de imputación de derechos y deberes por parte de la norma jurídica. Comprendiendo la opción del Código civil que identifica persona con individuo humano y mantiene la referencia clásica a la idea de relación, incorporando para ello el requisito del nacimiento. Y los presupuestos lógicos de los debates actuales que niegan la condición de persona o sujeto de derechos a ciertos seres humanos, atribuyéndosela a seres no humanos: los animales, o ciertos animales, como los grandes simios.

### **Elementos para la crítica del concepto jurídico de persona**

En primer lugar, puede y debe aceptarse que lo que parece ser un hilo conductor a lo largo de la Historia: “persona”, en el Derecho, es sinónimo de “sujeto de derecho”. Ahora bien, cabe plantearse la cuestión siguiente: ¿está correctamente resuelto el contenido del concepto técnico-jurídico de persona en nuestro orden jurídico? La cuestión presenta una relevancia diferente según se enfoque desde el ámbito del Derecho privado o del Derecho público. A los efectos civiles, es decir, en el plano del derecho patrimonial, no parece haber mayor problema para aceptar una definición convencional de persona, determinada por el nacimiento y condicionando su eficacia a haber vivido 24 horas. Pero, ¿sucede lo mismo en el plano del Derecho constitucional, donde de lo que se trata es de la titularidad de derechos fundamentales? La aplicación del punto de vista civil ha conducido al TC a negar que el *nasciturus* sea titular del derecho a la vida.

¿Es correcto o aceptable emplear el concepto civil de persona para definir quién es sujeto de derechos humanos o fundamentales?

El propio Código civil parece restringir esta definición al ámbito civil (cfr. art. 30). Parece estar definiendo, no a la persona en general, sino a la que puede tener patrimonio, heredar y ser causante de una herencia, recurriendo a ficciones (como la de entender que no nació quien nació si no llegó a vivir 24 horas).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que otros conceptos definidos en el Código civil, como el de domicilio (cfr. Art. 40 Cc) han de ser modificados cuando se emplean en el ámbito constitucional. Pero en el caso de la persona no ha hecho esto, empleando el concepto civil en la sentencia sobre la constitucionalidad de la despenalización del aborto voluntario (cfr. STC 53/1985).

Es filosóficamente discutible, políticamente ilegítimo y jurídicamente muy peligroso considerarse legitimado para trazar las fronteras de la humanidad y, peor aún, distinguir entre seres humanos y personas humanas, en el sentido de sujetos de derecho.

Filosóficamente discutible porque, aunque consideremos que la idea de individuo y de relación social es determinante de concepto filosófico y jurídico de persona, hoy día no se puede seguir afirmando que sólo tras el nacimiento se es individuo o se entra en relación con el mundo y con los demás.

Políticamente ilegítimo, porque supone negar la idea misma de derechos humanos: si existen los derechos humanos, o si queremos respetarlos, entonces debemos renunciar a un criterio convencional, fruto de una decisión, sobre quién es titular de derechos humanos.

Jurídicamente muy peligroso porque una comunidad que se considera legitimada para decidir quién es persona y quién no lo es, podrá decidir no sólo la exclusión de los no nacidos, sino también la de cualquier otra categoría diferenciada de individuos humanos (por ejemplo, los niños, los discapacitados físicos, los enfermos en coma irreversible o considerado irreversible y, por qué no, los que pertenecen a culturas muy primitivas, o a determinadas razas).

### Una alternativa

Las dificultades antes expuestas se pueden resolver si se adopta, a los efectos del Derecho público, un concepto de persona o sujeto de derecho que no tome en cuenta criterios convencionales, sino la realidad dada. Desde este punto de vista, persona o sujeto de derecho sería todo individuo humano, es decir, todo ser perteneciente biológicamente a la especie *homo sapiens*. Se trata del único criterio que resulta respetuoso con la idea de derechos humanos como algo que los seres humanos tienen por sí mismos, y no por concesión de los demás. Desde este punto de vista, el reconocimiento de la personalidad es el contenido de un derecho humano al que se han opuesto en épocas pasadas dos prácticas hoy desaparecidas: la esclavitud y la condena a muerte civil (que estuvo vigente en Francia hasta mediados del siglo XIX).

Tomando este punto, *per se* son personas o sujetos de derecho *todos* los individuos o seres humanos y *sólo* ellos.

Esto conduce a plantear: ¿por qué sólo los seres humanos? Porque sólo ellos están en condiciones de ser sujetos de derechos y obligaciones, de ejercer derechos y cumplir obligaciones.

¿En virtud de qué cualidad o hecho sucede esto? En virtud de lo siguiente.

Tener una obligación exige la condición de ser un ser libre que se domina a sí mismo y que, en consecuencia, puede cumplir sus deberes. Asimismo, tener un derecho requiere la capacidad de dominar cosas o bienes (sus derechos) haciéndolos suyos.

En resumen, se requiere la facultad para entrar como sujeto en relaciones sociales y jurídicas.

Por consecuencia, los animales, en la medida en que no poseen estas cualidades, no son aptos para ser sujetos de derecho. Los deberes jurídico relativos a ellos pueden justificarse por referencia a derechos o bienes humanos o a exigencias de ética pública, sin necesidad de considerarlos sujetos de derechos.

Pero según lo anterior, tampoco lo serían algunas clases o grupos de humanos: aquellos humanos que no están en plenas condiciones en orden a lo que acaba de exponerse, es decir, niños que no han llegado al uso de razón, o incluso que han llegado al uso de razón, pero carecen de cierto grado de madurez, discapacitados psíquicos, locos, enfermos privados de la consciencia permanentemente, etc.

¿Por qué incluir dentro de los sujetos de derecho a este tipo de individuos humanos?

En este punto, la respuesta no puede ser sino ética: son seres humanos aunque no puedan comportarse plenamente, o en todos los aspectos, como tales. Y porque son seres humanos, poseen la denominada dignidad humana.

La dignidad humana, común a todos los seres humanos, es en último extremo la razón por la que el hombre merece respeto y no sólo puede ser sujeto de derechos, sino que de hecho lo es.

Desde esta perspectiva, la persona no sólo tiene la *posibilidad* de tener derechos y deberes, sino que *realmente* los tiene: concretamente, los derechos humanos o, en expresión de la Constitución “inherentes” a la dignidad de la persona. Por tanto, la persona es, así, no sólo centro de imputación jurídica (como la considera el formalismo) sino centro de irradiación jurídica.

¿En qué consiste la dignidad? Se trata de un concepto meta-jurídico, llegado al Derecho recientemente. Aunque el tema merece un tratamiento mucho más detallado, no es posible desarrollarlo ahora. Baste decir ahora que es el valor incondicionado del ser humano que le hace merecedor de respeto y exige tratarlo siempre como un fin y no meramente como un medio.

## La extensión de la personalidad jurídica: capacidad jurídica y capacidad de obrar

El problema que se acaba de abordar está en la base de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La capacidad jurídica puede definirse como la aptitud general para la titularidad de derechos y obligaciones que es inherente a la persona. Es consustancial a la idea misma de personalidad jurídica de modo que todas las personas o sujetos de derechos poseen capacidad jurídica, pues no precisa que en el sujeto concurren ningunas circunstancias o cualidades además de la condición misma de persona.

La capacidad de obrar, en cambio, responde no ya a la posibilidad de ser titular, sino más bien a la posibilidad de ejercer los derechos y las obligaciones. Consiste, pues, en la aptitud específica de la persona para actuar por sí solo en la vida jurídica. Se refiere a actos concretos, y admite diferentes intensidades: el Derecho objetivo puede reconocer plena capacidad de obrar a unas personas para realizar ciertos actos, o reconocérsela sólo parcialmente, con la asistencia de otro; o puede reconocer capacidad de obrar para realizar ciertos actos pero no otros. Es, por tanto, una condición divisible de la persona, que adquiere diferente perfil según esta sea mayor o menor de edad, esté o no incapacitada, etc. Los actos que alguien sin plena capacidad de obrar no puede hacer por sí solo pueden hacerlos en su nombre y representación otras personas, pero sólo en algunos casos (pues el Derecho objetivo suele reservar el carácter de acto personalísimo a algunos, por ejemplo el testamento o el reconocimiento de un hijo).

### La persona jurídica

El reconocimiento de la personalidad jurídica a las personas en el sentido biológico-filosófico del término no agota actualmente los posibles sujetos de derechos. Así, por ejemplo, el Código civil establece:

**Artículo 35.** Son personas jurídicas:

1º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

Existen agrupaciones humanas dotadas de una cierta unidad diferente desde cierto punto de vista de la de cada uno de los miembros que las integran. Para ello requieren según Ara Pinilla, un fin que explique o justifique su existencia, medios que posibiliten la consecución del fin y una cierta organización o estructura configurada por reglas que permitan su funcionamiento.

En tales casos, y en orden a que esas agrupaciones tomen parte en relaciones jurídicas como tales agrupaciones o unidades, el Derecho les confiere personalidad jurídica, es decir, la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones.

Otras veces, en lugar de a agrupaciones humanas el Derecho confiere personalidad a un conjunto de bienes, a un patrimonio. A este tipo de personas “creadas” en cuanto a su condición de sujetos de derechos por el Derecho objetivo se les denomina personas jurídicas y, en los sistemas de influencia del Derecho francés, personas morales. Para la persona individual se suele reservar la expresión persona física o natural.

La principal cuestión que plantean las personas jurídicas desde el punto de vista del análisis jurídico es la de su naturaleza. Al respecto existen múltiples teorías, tantas como para haber dado lugar, a juicio de algunos autores (Olivecrona), a una “orgía especulativa”. Ara Pini-lla clasifica estas teorías de la siguiente forma:

- Teorías negadoras de la personalidad.
- Teorías de la persona como ficción.
- Teorías realistas
- Teorías de la persona como construcción formal.
- Teorías del reconocimiento tácito.

### *Teorías negadoras de la personalidad*

Con diferentes matices, estas teorías sostienen que sólo los individuos pueden actuar en la vida jurídica, y las agrupaciones de personas o de bienes carecen de los requisitos básicos para poder hacerlo realmente. Explican la actuación de las personas jurídicas, sus derechos y deberes reconduciéndolos a individuos singulares. Por ejemplo, si una sociedad ha comprado un inmueble, es en realidad un individuo (el administrador o apoderado) quien realmente lo ha hecho.

No consiguen explicar correctamente por qué los individuos que actúan en nombre de la persona jurídica no adquieren los beneficios ni las obligaciones derivadas de su actuación. En el ejemplo anterior, es obvio que el inmueble no pasa a ser propiedad del administrador o apoderado que lo compra en nombre de la persona jurídica.

### *Teorías de la personalidad jurídica como ficción*

Savigny es su principal exponente. Sostiene que la única persona en sentido estricto es el hombre, siendo las personas jurídicas el resultado de establecer una ficción (técnica que por lo demás es antigua y frecuente en el mundo del Derecho) que consiste en permitir a determinadas agrupaciones o colectivos operar en el mundo del Derecho como si fuesen personas físicas, adjudicándoles una subjetividad encaminada a realizar determinados objetivos que el Derecho considera relevantes y merecedores de protección. Son, por tanto, y a diferencia de la persona física, creaciones del Derecho.

Que sean creaciones del Derecho y no algo que el Derecho se limita a reconocer implica que su reconocimiento posee un valor constitutivo, no meramente declarativo, y que el Derecho objetivo tiene plena libertad para instaurarlas o disolverlas.

### ***Teorías que afirman su carácter real***

Estas tesis, uno de cuyos exponentes más destacados es O. v. Gierke, niegan que la persona jurídica sea el resultado de una ficción. Junto al hombre tomado en sentido individual, en el mundo social y jurídico hay grupos u organismos que existen real e independientemente de los sujetos individuales que los integran, y cuya fisonomía y voluntad no puede confundirse con la de éstos últimos. Por ello, el Derecho no necesita acudir a ninguna ficción para reconocerles personalidad: son una realidad perceptible que justifica su inclusión en el mundo del Derecho como sujetos de derechos.

La consecuencia de esta teoría es el reconocimiento de las personas jurídicas por el Derecho no es constitutivo, sino meramente declarativo de realidades preexistentes. Por tanto, dicho reconocimiento no es discrecional, no puede quedar a expensas de la voluntad cambiante del poder político que se plasma en las normas jurídicas.

### ***Teoría de la construcción formal***

Su principal exponente es el jurista italiano Ferrara, quien sostiene que la persona jurídica es una construcción formal, una forma de unificar relaciones entre individuos que permite realizar del modo más adecuado fines individuales. No es una realidad empírica, pero tiene la base real: unión de personas o bienes que tiene por objetivo realizar unos fines que le dan sentido unitario a esa unión.

La consecuencia de esta teoría es la disolución de la oposición entre realidad y ficción. Las personas jurídicas no son meras ficciones (existen realmente) aunque su realidad no es la de objetos físicos perceptibles por los sentidos. Son realidades ideales, como otras muchas, pero no físicas. En consecuencia, lo que el Derecho hace al reconocerlas no es ni un acto constitutivo, ni meramente declarativo: es formalizar algo que podría haberse estructurado de otra manera.

### ***Teoría del reconocimiento tácito de la personalidad***

Esta tesis surge ante el problema de cómo justificar la personalidad jurídica del Estado. El problema puede plantearse así: si el Derecho es quien atribuye la personalidad, entonces el Estado, que es el creador del Derecho, ¿crea su propia personalidad? Si esto no es posible, ¿de dónde procede la personalidad del Estado?

La teoría, uno de cuyos exponentes es Del Vecchio, propone resolver la cuestión acudiendo al reconocimiento por parte de terceros. El Estado es persona porque es reconocida tácitamente como tal por los propios ciudadanos y por los restantes estados.

### ***Teoría de la personificación del orden normativo***

Es la propuesta de Kelsen. El hombre es el único posible titular de derechos y obligaciones, y estos se reducen en última instancia a normas jurídicas.

La persona jurídica es un concepto auxiliar empleado por la ciencia del Derecho para describir la imputación de derechos y deberes a un conjunto de normas, aunque realmente sean hombres quienes los cumplen.

La persona no es ni una realidad ni un producto del Derecho, sino de la ciencia jurídica, cuyo uso no es necesario pero que facilita exponer el Derecho, describir el orden jurídico-positivo.

En esta perspectiva, el Estado podría ser persona jurídica: es el conjunto total de las normas jurídicas estatales.

### **Recapitulación**

En rigor, todas las teorías precedentes expresan un punto de vista verdadero, pero parcial. Por otra parte, existen múltiples personas jurídicas, y tal vez ahí radica la clave para un enfoque correcto del problema:

Algunas teorías, como la realista, pueden explicar en forma satisfactoria algunos tipos de personas jurídicas (por ejemplo las asociaciones), pero no otras (las fundaciones).

La teoría de la ficción o la teoría kelseniana explican correctamente personas como las fundaciones, pero no hacen justicia a las agrupaciones humanas que realmente existen (asociaciones, sociedades, etc.).

La teoría del reconocimiento tácito proporciona un buen elemento identificador de las personas y resuelve el tema de la personalidad del Estado en el ámbito internacional, pero no se pronuncia acerca de la razón de ese reconocimiento, que parece mejor explicada por la tesis de la construcción formal, que sintetiza de algún modo la teoría realista y la teoría de la ficción.

En todo caso, se trata de un concepto útil en el plano legislativo, porque contribuye a la simplificación de las normas jurídicas, y en el plano científico, porque permite explicar y describir con precisión el funcionamiento del Derecho, por más que no tengan como referencia semántica ningún objeto físicamente existente.

### **Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas jurídicas**

Capacidad jurídica: el enfoque correcto de este punto viene determinado por lo que acaba de exponerse. Al tratarse en cierto modo de construcciones del Derecho, al menos formalmente, las personas jurídicas gozan de la capacidad jurídica que éste les confiera. En cambio, al tratarse de construcciones que en muchos casos poseen una base real, la capacidad jurídica no suele ser limitada arbitrariamente.

Ejemplo: en el Derecho español las personas jurídicas son titulares de los derechos fundamentales en la medida en que les son aplicables.

Capacidad de obrar: Como el hombre es el único capaz de actuar por sí solo en la vida jurídica, parece claro que la persona jurídica carece de capacidad de obrar. Actúa siempre a través de individuos, que constituyen sus órganos o representantes legales. Su acción se desarrolla en el marco de competencias establecidas por las normas jurídicas. Pero los efectos de esos actos no se imputan a ellos, si se mantienen dentro de dicho marco, sino a la persona jurídica

### **Tipología de las personas jurídicas colectivas**

Las clasificaciones más usuales son las que distinguen entre:

- Públicas y privadas. Esta distinción se funda en tres parámetros no siempre muy clarificadores:
  - el interés al que sirven: públicos o privados.
  - el tipo de organización: se enmarcan en la organización estatal las públicas, no las privadas.
  - La forma de operar: son públicas las que pueden actuar en su relación con otros sujetos desde una posición de supremacía y privadas las que no pueden hacerlo en ningún caso.
- Asociaciones, fundaciones y corporaciones:
  - Asociación: reunión de individuos sobre un acuerdo de voluntades en orden a objetivos comunes (pueden ser lucrativos o no). Su base es estrictamente humana y el protagonismo individual es central.
  - Fundación: agrupación de bienes para realizar un objetivo determinado. El protagonismo de los individuos es sólo indirecto, pues su sustrato son bienes, no personas.
  - Corporación: agrupación de individuos no por obra de una voluntad coordinada, sino por imperativo legal. Ejemplo: colegios profesionales.

## Tema 12. La relación jurídica

Desde la perspectiva descriptiva el Derecho se nos presenta como una práctica social, tendente a crear, mantener y restaurar un orden en las relaciones sociales.

Las relaciones sociales son relaciones entre personas. Ahora bien, no todas las relaciones sociales son necesariamente integrantes del orden jurídico. Por eso el concepto de relación (que sirve para la filosofía y la psicología) o el de relación social (que es el empleado en la sociología) son sustituidos en el Derecho por el de relación jurídica. Las personas, en el plano del Derecho suelen denominarse con ese término o, también, con el más general de sujeto de derecho.

Por tanto, los dos primeros elementos clave que descubrimos en un análisis estructural del Derecho como orden, y que constituyen en consecuencia los dos conceptos más elementales de la teoría jurídica son la relación jurídica y la persona o, más ampliamente, el sujeto de Derecho.

### Concepto de relación jurídica

Desde que Savigny propuso la primera definición moderna de relación jurídica (1839), han sido muchos los autores que han efectuado aportaciones a la teoría de la relación jurídica.

Dos definiciones pueden resultar útiles para nosotros como punto de partida:

Vínculo entre personas, en mérito del cual una de ellas puede pretender algo a lo que la otra está obligada (Del Vecchio).

Nexo jurídico entre personas en cuanto sujetos de derecho, cuyos elementos esenciales son los derechos y obligaciones o vinculaciones jurídicas correspondientes a aquéllos (Larenz).

En definitiva, se trata de aquella relación social que comporta derechos y obligaciones.

Desde Savigny se distinguen dos componentes o aspectos en las relaciones jurídicas: El aspecto material, es decir, la relación en sí misma, que suele existir independientemente del Derecho (por ejemplo, la filiación). Y el aspecto formal, esto es, la componente normativa que hace de la relación una relación jurídica.

A partir de ahí, los diferentes teóricos insisten en la preponderancia de uno u otro, e incluso sostienen la irrelevancia del aspecto material, en función de la concepción general del Derecho que tengan. Lo cierto es que no existen muchas relaciones entre personas que sean puramente jurídicas, sin existencia previa a la que les confiere el Derecho, aunque sí hay algunas (por ejemplo, la relación jurídico-tributaria, o la establecida entre sujetos creados por el propio Derecho, es decir, entre personas jurídicas) (Fernández Galiano). En todo caso, lo relevante no es la proporción numérica –que puede experimentar cambios- entre las creadas por el Derecho completamente y las independientes (Ara Pinilla). Lo determinante para caracterizar correctamente la relación jurídica es que consiste en un vínculo entre sujetos de derecho que genera derechos y obligaciones. Qué es lo que hace surgir este vínculo y los consiguientes derechos y obligaciones depende de la concepción general del Derecho que se tenga.

## Presupuestos

### Alteridad

Para que exista una relación real tiene que haber al menos dos sujetos. La relación de algo consigo mismo no es real sino meramente mental o de razón (lo cual no significa que no sea relevante).

En el campo de las relaciones jurídicas, este presupuesto es igualmente necesario: hace falta que alguien tenga derechos y alguien tenga deberes.

En ocasiones, esto plantea dificultades para calificar ciertos deberes y ciertas relaciones como jurídicas. El caso de los deberes para con uno mismo; en particular, el tema del suicidio, por ejemplo. El caso de las relaciones donde existe cierta comunidad entre los sujetos (relaciones intrafamiliares) o en la titularidad sobre los objetos y los consiguientes derechos y deberes.

### Igualdad

Para que pueda hablarse propiamente de relaciones jurídicas tiene que ser posible que los sujetos sean mínimamente iguales, no es necesario que sean absolutamente iguales, basta la igualdad que permita cumplir el deber o deberes que entraña toda relación jurídica.

Nuevamente, hay casos donde no resulta plenamente posible que uno de los sujetos cumpla plenamente con su deuda.

Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos, o entre el individuo y la comunidad social (antiguamente llamada la patria, y hoy por algunos llamada la nación). Aquí hay deuda en sentido propio, pero no igualdad. Estas relaciones, hasta donde puede ser satisfecha la deuda, son jurídicas. Más allá no son propiamente relaciones jurídicas. La ética clásica empleaba la palabra *pietas* (piedad) para referirse a estas relaciones.

## Elementos de la relación jurídica

### *Sujetos:*

- Son normalmente dos, tradicionalmente llamados acreedor (titular del derecho) y deudor (el obligado por un deber u obligación).
- Es preferible hablar de sujetos, pues la terminología acreedor y deudor, procedente del Derecho civil, no es siempre aplicable o conveniente (por ejemplo, en ciertas relaciones jurídico-administrativas). En este sentido, algunos autores hablan de sujeto activo y sujeto pasivo (Ara Pinilla).
- Pero, como hemos visto, nada impide que en una relación todos los sujetos sean simultáneamente titulares de derechos y deberes (en rigor, es lo normal).
- Esta cuestión remite a quiénes pueden ser sujetos: en rigor, sólo las personas. No pueden ser sujetos de una relación jurídica las cosas o los animales. No obstante, en Derecho no sólo son personas los individuos humanos, como se verá en el tema correspondiente.

### *Vínculo:*

- Es el nexo que une a los sujetos dando lugar a la relación. Por ejemplo, entre dos personas casadas existe, desde el punto de vista del Derecho, un vínculo, el vínculo matrimonial.
- En cierto modo se identifica con la relación misma, pues si no hay vínculo de atribución no hay relación, aunque hubiese sujetos titulares de un derecho. Por ejemplo: los derechos al trabajo o a una vivienda digna, o a la propiedad privada que todos tienen según la CE no dan lugar por sí solos a una relación jurídica.

### *Contenido:*

- Es el conjunto de situaciones jurídicas que surgen a partir del vínculo. Consisten en derechos y obligaciones, en prestaciones respectivas a las que vienen obligados los sujetos. Con otras palabras, son las conductas (dar, hacer y/o abstenerse de hacer) que son debidas como consecuencia de la relación.
- En ocasiones se habla de objeto, en lugar de contenido, y se designa con ello a una cosa, en sentido más o menos amplio. Pero la existencia de una cosa sólo tiene lugar en algunas relaciones jurídicas, salvo que “cosa” se use con un significado excesivamente amplio.
- Relación o vínculo y contenido no son lo mismo: Esto se ve cuando persiste el vínculo pero se suspende o se modifica en parte el contenido. Por ejemplo, la relación paterno-filial persiste siempre, aunque se suspenda o pierda la patria potestad.

### *Fundamento:*

- Es aquello en virtud de lo cual surge la mutua vinculación entre los sujetos. Algunos autores lo denominan hecho generador.
- Un derecho y un deber correlativo entre dos sujetos puede surgir de diferentes fundamentos o hechos generadores (naturales, voluntarios, involuntarios e incluso omisiones). En concreto, pueden generar relaciones jurídicas:

- Las normas jurídicas.
- El pacto.
- Las costumbres.
- Ciertos hechos universales y necesarios (la condición humana) o contingentes (la condición de padre, o de médico, por ejemplo).

#### ***Norma reguladora:***

- La índole esencial o no de este elemento depende de la concepción general del Derecho que se adopte.
- Para los formalistas y positivistas, es esencial y en último extremo es lo que da lugar a la relación.
- Para posiciones no positivistas constituye un elemento muy relevante, pero no esencial.

### **Relación jurídica y situación jurídica**

Es común también distinguir entre relación jurídica y situación jurídica, para poner de relieve la diferencia que existe entre dos posiciones jurídicas diversas que pueden afectar a un sujeto de derecho. Aquella en la que se encuentra relacionado con otro y aquella que le afecta y en la que incurre como consecuencia de un estado o status en que le coloca la ley o, más en general, la norma jurídica sin que su voluntad intervenga para nada: determinadas normas contemplan situaciones y le atribuyen o imputan consecuencias o generan estatus determinados (nacional, apátrida, incapacitado, condenado, quebrado, etc.).

Las situaciones jurídicas pueden ser activas y pasivas. Las activas o de poder son aquellas que el sujeto recibe derechos subjetivos y potestades. Son pasivas si el sujeto se ve sometido a obligaciones o sujeciones. No obstante, no suelen darse en estado puro: lo normal es que en una determinada situación un sujeto tenga no sólo obligaciones o sujeciones, sino también derechos (De Castro Cid).