



Artículo 1  
Toda persona...

R=N+A



COLECCIÓN APUNTES UNIVERSITARIOS

# TEORIA DEL DERECHO

GRADO DERECHO

6 Créditos

DOBLE GRADO ADE - DERECHO

6 Créditos

DOBLE GRADO DERECHO - CIENCIAS POLÍTICAS Y DE LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

6 Créditos

DOBLE GRADO DERECHO - CRIMINOLOGÍA

6 Créditos

*Pillatoner*  
Tot en cartutxos de tinta i toners per a impresora

*Pillapuntes*  
Venda d'apuntes universitaris i consumibles informàtics

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la editorial.

Edita e imprime: PILLATONER SL

C/ Ramón Llull, 45 bajo – 46021 – Valencia

Teléfono: 96 304 57 13

E-mail: [pillatoner@yahoo.es](mailto:pillatoner@yahoo.es)

Fecha edición: Diciembre 2014

## **Prólogo**

*Pillatoner SL*, es una empresa dedicada a la edición y venta de apuntes para universitarios. Somos una empresa joven que tiene por objetivo lograr dotar al estudiante universitario de un material de apoyo adicional a los ya existentes (manuales, asistencia a clase, material de reprografía, etc.)

Es por ello que recopilamos los apuntes de aquellos alumnos que asisten regularmente a clase, que completan sus apuntes con manuales, así como con conocimientos previos. Ofrecemos al estudiante, un resumen de lo más imprescindible de cada asignatura, con el fin de que sirva de material adicional (adicional porque sin conocimientos previos, difícilmente valdrá de algo esta compilación de apuntes), a los métodos ya existentes.

Esperemos que con esta colección, la vida universitaria se haga al estudiante más corta y fructífera. Suerte y a estudiar, que es el único método conocido (exceptuando las chuletas), de aprobar la carrera.

## **Temario**

### **Tema 1. Introducción al concepto de derecho**

- Preliminares sobre la noción de derecho
- Dificultades de definición
- Lo jurídico como fenómeno complejo: las dimensiones del derecho. Categorías jurídicas.
- Antropología jurídica y alienación. Derecho y personalización

### **Tema 2. Concepciones del derecho**

- Introducción
- Iusnaturalismo
- Positivismo jurídico
- Intentos de superación de la disyuntiva o de aproximación de perspectivas
- Hacia una concepción integradora del derecho

### **Tema 3. Derecho y otros órdenes normativos**

- Derecho, moral y usos sociales como órdenes normativos
- Derecho y moral
- Derecho y usos sociales

### **Tema 4. Derecho y sociedad**

- Las diversas esferas sociales: política, economía, cultura. El lugar del derecho en las relaciones sociales
- Las funciones del derecho
- Legitimación del poder: Estado y derecho. ¿Crisis del Estado de Derecho?

### **Tema 5. La norma jurídica**

- Usos del lenguaje y normas
- Las prescripciones como tipo de norma característico de los sistemas jurídicos
- Reglas primarias y secundarias
- Tipos de enunciados jurídicos. Directrices, reglas y principios

### **Tema 6. La norma jurídica**

- El derecho como sistema normativo: de la norma al ordenamiento
- La unidad del ordenamiento jurídico: diversas propuestas teóricas
- La plenitud del ordenamiento jurídico: las lagunas del derecho y sus procedimientos de integración
- La coherencia del ordenamiento jurídico

### **Tema 7. Los procesos de interpretación y aplicación del derecho**

- La teorías de las fuentes del Derecho
- Interpretación y aplicación del Derecho. Clases y criterios de interpretación
- El problema de la interpretación constitucional

### **Tema 8. Derecho y justicia**

- El problema de los fines del derecho. Justicia, seguridad, eficiencia
- Teorías de la justicia. Algunas concepciones

## TEMA 1. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO

### Preliminares sobre la noción de derecho

Establecer una definición en el concepto de derecho no es tarea fácil y seguramente tampoco decisiva. Estamos acostumbrados a usar el Derecho o a enfrentarnos con él, en sus diferentes manifestaciones como son los derechos que alegamos como propios, entre otras.

El Derecho está lejos de ser un elemento “natural” de la realidad. A lo largo de la Historia, los hombres han tratado de organizarse y desarrollar sus relaciones recurriendo a diversos instrumentos mostrándose el Derecho particularmente apto para obtener determinados objetivos o para limitar la libertad de la mayoría o muchos dependiendo del punto de vista.

Así, por más que nos podamos acercar a un concepto o definición estructural, analítica, de Derecho, no es un fenómeno natural ni inmutable, ni una realidad autónoma. Es un producto social, histórico, y como tal debe ser estudiado. Así, señalamos la versatilidad del Derecho y cómo puede el mismo, adecuarse al cumplimiento de unos u otros fines.

### Dificultades de definición

Usualmente, se le atribuye la nota de coactividad pareciendo relativamente sencillo encontrar el significado usualmente atribuido al término Derecho. No obstante, los estudiosos del Derecho han manifestado reiteradamente su incapacidad para definir el objeto de su estudio. (Referencias a Kant y a Hart (1961))

La palabra derecho ha estado tan ligada a la historia humana y ha englobado una gama tan amplia de contenidos que en la actualidad ha adquirido muchas acepciones y posee una significación tan rica que resulta sumamente difícil encerrarla en una definición. De cualquier modo, el Derecho se expresa mediante el lenguaje y sufre así las limitaciones de éste, fundamentalmente dos: **la ambigüedad y la vaguedad.**

**Problemas de ambigüedad:**

**Derecho objetivo:** Sistema de normas que rigen en un país y en un momento histórico determinado, dictadas por la autoridad correspondiente y revestida de fuerza obligatoria. Conjunto de reglas jurídicas tomadas en sí mismas (leyes...)

**Derecho subjetivo:** Facultad, atribución o prerrogativa que el Derecho objetivo reconoce a cada individuo. Supondrían facultades reconocidas a las personas por el propio Derecho objetivo desde los derechos más inherentes a las personas hasta los más accidentales.

**Derecho como “Ciencia del Derecho”** entendida como la investigación, el estudio de la realidad jurídica. Así denominamos de la misma manera al objeto de estudio que al estudio del objeto. / Dogmática jurídica

**Derecho traducido al ideal de justicia que persigue:** Derecho vendría a significar “lo justo”. / “Justicia”.

En definitiva, es susceptible a múltiples conceptos

**Problemas de vaguedad:**

Un concepto posee dos planos: el intencional o connotativo y el extensional o denotativo.

La intención vendría constituida por el conjunto de propiedades aplicable a un concepto, su extensión la formaría el ámbito de aplicación del mismo.

Para Atienza existe una vaguedad intencional y una extensional en el caso del concepto de Derecho. Intencionalmente, somos incapaces de concretar qué notas caracterizan al Derecho siendo para algunos la coactividad su propiedad esencial, de modo que siempre que nos halláramos en el ámbito jurídico tendría que concurrir tal característica.

También posee el término vaguedad extensional, es decir, su campo de aplicación no está perfectamente determinado.

En definitiva, no se trata de conseguir una descripción exacta de lo jurídico, sino de contribuir a su comprensión. Postura tampoco extraña en el

campo de las ciencias sociales donde en la mayoría de los casos es extremadamente difícil conseguir un completo rigor terminológico.

## **Lo jurídico como fenómeno complejo: las dimensiones del derecho.**

### **Categorías jurídicas**

Las categorías de **validez, eficacia y justicia** constituyen tres conceptos o criterios de evaluación de las normas y de los sistemas normativos. De acuerdo con ello, afirmamos si una norma jurídica es válida o inválida, eficaz o ineficaz, justa o injusta. Muchos autores coinciden en afirmar que un sistema jurídico correcto sería aquel que, siendo válido, realizase los ideales de justicia y a su vez fuera seguido por los miembros del grupo social. El concepto de validez ha sido y es objeto de importantes debates. Las tesis más aceptadas atribuyen a este término dos contenidos.

Por validez suele entenderse la existencia de una norma (Kelsen dirá la forma específica de existencia) y también se habla de validez en términos de pertenencia a un orden jurídico.

### **Validez y existencia**

Afirmar la validez de una norma es análogo a expresar la existencia de una prescripción, es decir, que un enunciado normativo es vinculante u obligatorio, a pesar de que ello no implique ninguna recomendación moral de obediencia. Un juicio de validez es un juicio descriptivo acerca de una prescripción; esto es, acerca de un determinado modelo de conducta o estándar que se considera jurídicamente vinculante u obligatorio en una sociedad. Así, formulamos un juicio de validez cuando afirmamos que, según el ordenamiento jurídico español, existe la norma que obliga a los hijos a contribuir equitativamente según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella, dado que existe un enunciado lingüístico de carácter prescriptivo que así lo establece (art. 155, 2º del Código civil). También formulamos un enunciado de validez cuando afirmamos que entre los Inuits existe la norma de cumplir la palabra dada y la de acoger al forastero. En el primer supuesto describimos un “deber ser”, un enunciado normativo, sin tener en cuenta si se ha aplicado o no, o lo hará en el futuro. En el segundo caso, en cambio, nuestro juicio se basa en una comprobación de hecho acerca de cómo se

viene comportando o se comportó una comunidad en un momento determinado. La diferencia entre ambos es que en el primer caso la validez es un juicio normativo sobre enunciados lingüísticos y en el segundo, se trata de un juicio empírico a partir de la constatación de hechos. En principio, aunque matizaremos esta idea, la validez es independiente de la observancia o cumplimiento de una norma y de su valoración desde el punto de vista de la justicia.

Por ejemplo, en Alemania a partir de 1933 la ley estableció que sólo podían ser ciudadanos alemanes los que tuvieran sangre alemana y ningún judío podía ser ciudadano alemán.

En Afganistán en 1998 se impuso la norma de que ninguna mujer podía ejercer una profesión o actividad en la vida pública

**En resumen:** un enunciado sobre la validez de una norma informa o describe la existencia de un deber jurídico. Validez significa existencia de una norma, de una prescripción, de un deber ser.

### **Validez y pertenencia**

La idea pertenencia a un orden jurídico expresa los criterios o condiciones que, en cada caso, permiten afirmar la validez de una norma. El propio ordenamiento jurídico establece los criterios para identificar un enunciado jurídico como perteneciente. Para verificar la validez de una norma hemos de examinar otros enunciados normativos denominados normas sobre la producción jurídica. La validez está en función de dos tipos de reglas: las reglas de admisión, que estipulan las condiciones bajo las cuales un enunciado de Derecho es válido, denominadas fuentes del Derecho; y las reglas de rechazo, que establecen cuándo un enunciado de Derecho válido, puede perder su validez (derogación, desuso).

A estos efectos es un lugar común considerar que un enunciado jurídico es válido si satisface las siguientes condiciones:

- Haber sido creado por una autoridad u órgano competente. La potestad para crear normas es una potestad tasada y regulada, de manera que no toda persona o todo órgano pueden dictar normas y, sobre todo, no

puede dictar cualquier clase de normas en relación con cualquier materia. En estos casos se supone la existencia de normas superiores que establecen quién está habilitado para crear normas, qué clase de normas y a propósito de qué cuestiones o materias. En caso contrario se produce la invalidez por un vicio formal de competencia.

- Que se haya observado el procedimiento establecido para la creación de normas y concretamente para la creación de la norma de que se trate. Toda norma es expresión de una o varias voluntades que no puede manifestarse de cualquier manera sino sólo como lo establece otra norma superior. El incumplimiento conduce la invalidez por un vicio formal de procedimiento.
- Que el enunciado no haya sido derogado. La derogación determina la pérdida de existencia de un enunciado jurídico y es manifestación de la potestad legislativa. Las normas pueden desaparecer del sistema jurídico por un acto posterior que las extingue. La derogación puede ser de dos tipos: explícita e implícita.

La derogación es explícita cuando una disposición identifica con precisión el objeto de derogación. Por ejemplo, “queda derogada la ley X”.

La derogación es implícita cuando se dirige al significado del enunciado normativo propiamente dicho, a través de una disposición que afirma “quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en esta ley”. La derogación puede producirse por una contradicción entre dos normas o significados atribuidos a dos disposiciones y en virtud del principio según el cual la norma posterior en el tiempo deroga la anterior en el caso de normas de igual rango jerárquico e igual grado de especialidad (veremos los criterios de resolución de antinomias en el tema

- Que la norma no resulte contradictoria con alguna norma superior del sistema. En este caso la contradicción se produce entre normas de distinto rango jerárquico. El ordenamiento jurídico está ordenado a través de dos principios el de jerarquía y el de competencia. De acuerdo con el primero, los enunciados normativos se encuentran ordenados

jerárquicamente y eso significa que los inferiores deben respetar lo establecido por los superiores.

De lo contrario, existe una invalidez de la norma inferior por vicio material o de contenido. Este es el caso de las normas que son contrarias a la Constitución (algo que debe declarar el Tribunal constitucional) o los reglamentos que son contrarios a las leyes. En el concepto genérico de norma concurren distintos elementos o significados y las condiciones de validez se dirigen específicamente a cada uno de ellos:

Las exigencias de competencia y procedimiento afectan al acto normativo que da vida a la disposición.

La derogación explícita tiene por objeto la disposición misma (el enunciado creado por el acto normativo).

La derogación implícita y la vulneración sustantiva de lo prescrito en una norma superior se proyectan sobre la norma, es decir, sobre alguno o todos los significados que cabe atribuir al enunciado. Recuperaremos estas distinciones en el tema séptimo sobre las fuentes del derecho.

Como consecuencia de todo lo anterior hay que señalar que en el concepto de validez intervienen en realidad dos clases de criterios diferentes que, en terminología kelseniana podemos llamar **dinámico y estático**.

En virtud del primero, una norma es válida cuando el hecho de su creación viene autorizado por otra norma del sistema, con independencia de cuál sea su contenido. Las condiciones de competencia, procedimiento y no derogación explícita responden a este criterio nos dicen quién y cómo se puede producir una norma y no cuál ha de ser su contenido. En cambio, el criterio estático supone que una norma es válida cuando su contenido –lo que prohíbe, permite u obliga- puede derivarse del contenido de una norma superior del sistema o no es contradictorio con ella. Las condiciones de no derogación implícita y no vulneración de preceptos sustantivos superiores pertenecen a esta categoría.

Precisamente por esta distinción Kelsen consideraba el Derecho como un sistema dinámico, por cuanto la Constitución era una norma de atribución de

competencias, de contenido programático y sin fuerza vinculante. Hoy, sin embargo en los sistemas constitucionales, la Constitución es la norma jurídica suprema y por tanto el criterio estático o de adecuación material cumple un papel esencial.

### **Validez y vigencia**

Finalmente hemos de hacer referencia al concepto de vigencia. Decimos que una norma está vigente cuando puede comenzar a desplegar los efectos jurídicos para los que fue creada y que se desenvuelven en un marco de espacio y tiempo determinado.

La vigencia de una norma está vinculada a la publicidad de la misma, su entrada en vigor y su aplicación en un espacio y un tiempo determinados.

- **La publicidad** es un requisito que exige la publicación íntegra de las normas en un órgano de carácter oficial, el Boletín Oficial del Estado (art.9.3. C.E.).
- Cuando las normas **entran en vigor**, como criterio general, puede procederse a su aplicación a los veinte días de su publicación en el BOE, salvo que en ellas se disponga otra cosa. El periodo que media entre la publicación en el BOE y la entrada en vigor se denomina *vacatio legis*. Este periodo puede ampliarse o reducirse dependiendo del tipo de legislación en cuestión.
- Al hablar de la vigencia de las normas en el tiempo cabe mencionar las disposiciones de carácter retroactivo y a las normas con plazo de vigencia. Las normas jurídicas retroactivas contienen disposiciones cuyos efectos se proyectan en un tiempo anterior a la entrada en vigor de la norma en cuestión. El principio general es que las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos no deben ser retroactivas (art. 9.3 CE). En cuanto a las normas con plazo de vigencia, la regla general es que las leyes sean permanentes, sin que se establezca en ellas un periodo de vigencia limitado, es decir, que se proyecten hacia el futuro sin límite temporal, y hasta que no se promulgue otra ley que la contradiga o la derogue. Sin embargo, existen supuestos en los que la propia ley autoestablece un periodo de vigencia determinado. Es decir

son leyes temporales. Así sucede, por ejemplo, con las Leyes Generales de Presupuestos.

### **Eficacia**

El concepto de eficacia tiene diversos sentidos en el ámbito de las normas jurídicas. Distinguiremos fundamentalmente dos:

- Según el primero, eficacia puede entenderse como cumplimiento de lo que prescribe un enunciado normativo. Éste es eficaz cuando la conducta de los destinatarios se ajusta a lo establecido o prescrito por la norma. Suele acudirse, en este sentido, a la idea de eficacia como correspondencia entre lo que la norma prescribe y lo que el/los sujeto/s hace/n, es decir el cumplimiento o incumplimiento de la norma. Desde esta perspectiva la eficacia de las normas jurídicas consiste en su capacidad para motivar la conducta de los destinatarios de las mismas.

También se considera eficaz aquella norma que impone la consecuencia jurídica en ella prevista como reacción frente al incumplimiento de la condición de aplicación. Esto es, cuando se produce un incumplimiento de la conducta prescrita, pero se cumple la sanción o consecuencia en ella prevista, incluso frente a la voluntad de los destinatarios. Consecuencia que puede ser la nulidad, la reparación del daño y/o la sanción. Este proceso se denomina aplicación.

- En segundo término por eficacia cabe entender la **capacidad para alcanzar un fin**, la idoneidad de un instrumento para lograr determinado objetivo, la capacidad de los enunciados normativos para producir efectos jurídicos. El juicio de eficacia es un juicio descriptivo sobre la relación entre lo que prescribe un enunciado normativo y las conductas de hecho correspondientes o entre enunciados y objetivos o efectos. Este juicio puede realizarse sobre las normas o sobre el orden jurídico como conjunto, en tanto que éste cuenta con unos fines u objetivos que deben ser alcanzados por todas las normas. La eficacia, entendida como cumplimiento efectivo, presenta un carácter prioritario respecto al criterio de la idoneidad: una norma puede ser eficaz porque sus destinatarios la observan y resultar ineficaz para alcanzar los fines a los que debería dirigirse.

Con objeto de analizar las posibilidades de eficacia e ineficacia de las normas, nos centraremos en **dos criterios de clasificación**: aquel que tiene en cuenta las normas como razón de la conducta y aquel que parte de las condiciones de oportunidad sobre las que descansa la eficacia de las normas.

Teniendo en cuenta los dos elementos que componen el primer sentido de la expresión “eficacia”, **las normas sirven como razón o parte de las razones de la conducta que se adopta**, podemos distinguir los siguientes supuestos:

- Normas **que se cumplen espontáneamente sin necesidad de recurrir a la sanción y, en muchos casos, sin que los destinatarios cuenten con conocimientos precisos de la prescripción jurídica**. La motivación de este tipo de comportamiento no descansa en la misma norma jurídica, sino en criterios o normas morales y sociales. Por ejemplo, cuidar, alimentar y preocuparse de los hijos, ir vestidos por la calle, no matar a otro.
- **Normas que generalmente se obedecen por temor a la sanción, antes que por la asunción espontánea de su contenido por parte de los destinatarios**. En este caso el cumplimiento se produce para evitar la sanción prevista para el incumplimiento. Ejemplos: leyes tributarias, leyes procesales, respetar los límites de velocidad en carretera.
- **Comportamiento que se ajusta a lo que prescribe una norma de forma irreflexiva, mecánica o meramente imitativa (no significa irracional)**. Cualquier agente actúa normalmente asumiendo intuitivamente que en la mayor parte de las situaciones cotidianas es útil seguir la regla vigente. Asimismo actuamos conforme a reglas para adaptarse o coordinarse con el comportamiento ajeno que permite la previsibilidad de la conducta de otros.

Podemos encontrar ejemplos en muchas de las acciones que realizamos en la vida cotidiana: utilizar un transporte, comprar un libro, dejar un automóvil en un aparcamiento vigilado...

- **Conductas que incumplen el contenido de una norma por falta de motivación de los ciudadanos, pues la norma, sin la sanción correspondiente para el caso de incumplimiento, no funciona como una razón para la acción.** Por ejemplo: circular por el carril destinado a taxis y bus o detenerse cuando el semáforo está en ámbar.
- **Normas que se incumplen a pesar de aplicarse las sanciones por ser consideradas injustas e intolerables.** Aquí se plantea un **conflicto subjetivo** entre normas jurídicas y principios, valores o normas morales que como razones morales son consideradas superiores. Ejemplo: Objeción de conciencia y desobediencia civil

La eficacia de las normas, de acuerdo con el segundo sentido del término, descansa en ciertas condiciones o circunstancias objetivas y técnicas de oportunidad.

- Normas que se incumplen habitualmente y tampoco se impone la correspondiente sanción por falta de adecuación de las sanciones tanto positivas como negativas a las conductas prescritas. Por ejemplo, normas municipales para regular el aparcamiento de vehículos.

Aquí puede darse el supuesto de que la sanción es insuficiente para motivar la conducta, de forma que a partir de un razonamiento prudencial resulta menos gravoso cumplir la posible sanción que la norma. Por ejemplo, el seguro obligatorio ciclomotores

- Normas ineficaces por falta de condiciones objetivas como puede ser la falta de cobertura financiera de una nueva ley o por falta de medios organizativos tanto materiales como humanos.
- Otro supuesto son las normas que imponen obligaciones a los poderes públicos, como es el caso de algunas normas constitucionales. La eficacia de las normas constitucionales requiere la existencia de normas de orden inferior, válidas y eficaces, que sirven de instrumento para la satisfacción de los objetivos establecidos en las primeras, puesto que sin eficacia, en términos generales, de las normas infra constitucionales, no se alcanza la eficacia de las superiores.

## **Justicia**

El criterio de justicia pone en relación las normas jurídicas y el orden jurídico en su conjunto, con valores o criterios morales que constituyen sus objetivos, fines y criterios de justificación. Los valores que importan en este ámbito son valores que tienen carácter último, en el sentido de que sirven de justificación a nuestras acciones y decisiones sin ser medios para lograr otros fines más importantes o valiosos. Por lo tanto uno de los criterios para valorar los sistemas jurídicos y las normas es su adecuación a la moralidad.

En el lenguaje cotidiano consideramos análogas afirmaciones como “no hay derecho a” y “no es justo que”, hasta el punto que intuitivamente consideramos evidente una estrecha relación entre Derecho y justicia, en el sentido de que el Derecho debe realizar la justicia o que un buen sistema jurídico es aquel que es justo.

Por otra parte la noción de justicia tiene diversas vertientes. Fundamentalmente, un sentido subjetivo de justicia entendida como virtud personal y un sentido objetivo que entiende la justicia como cualidad de las estructuras, las normas, las instituciones sociales o de la sociedad en su conjunto. Ambas dimensiones están relacionadas y la justicia tiende a plasmarse a través del Derecho. En este sentido todo sistema jurídico tiende a presentarse como un orden que pretende una cierta justicia y como un orden justificado o legítimo. Para entender esta idea de adecuación o justificación de las normas jurídicas a partir de razones morales es importante que partamos de la distinción entre moral positiva y moral crítica, aunque volveremos sobre esta idea en el tema siguiente y en el tema décimo. Denominamos moral positiva, moral social al conjunto de principios, valores y criterios morales que comparten los miembros de un grupo social y que son vividos como vinculantes o valorados como valiosos. Por grupo social entenderemos la sociedad en su conjunto o alguna subclase o sector dentro de la misma.

En muchos sistemas jurídicos existe habitualmente una sintonía o relación entre las pautas morales dominantes y aquellas conductas que el Derecho prohíbe, obliga o permite. Aunque es posible que existan normas que

se aparten de esa moral social, entre otras razones porque el Derecho es un instrumento para el cambio social.

Denominamos moral crítica al conjunto de principios, valores o criterios morales que son el resultado de algún proceso de justificación racional. Para que un valor o principio forme parte de la moral crítica debe contar con una justificación racional. En este caso, la cuestión no es si forma parte de la moral social o positiva, sino la calidad de su justificación. El ámbito de la moral crítica permite distinguir entre el contenido que de hecho tienen las normas jurídicas y el que “deberían tener”.

La relación entre el Derecho y los criterios de justicia exige legitimidad. Este es un concepto normativo que hace referencia a valores éticos. Por legitimidad podemos entender las razones o valores que justifican tanto la autoridad o la capacidad del poder para dictar normas y exigir obediencia, como los criterios que justifican la aceptación voluntaria de un orden jurídico por parte de sus destinatarios. Por lo tanto, por un lado, el poder del Estado es legítimo cuando aparece como justificado a los ojos de los ciudadanos. Por otro, la idea de una norma legítima es que la norma es justa o está moralmente justificada, al menos hasta cierto punto. Este criterio permite distinguir entre validez, eficacia y justicia de una norma. Pues una norma puede ser válida o eficaz, o ambas cosas a la vez y, sin embargo no ser justa. Ahora bien, cuando hablamos de legitimidad del Derecho o de un Derecho legítimo hemos de distinguir distintos niveles de legitimidad.

### **Legitimidad como seguridad o legitimidad formal.**

Suele decirse que el Derecho es legítimo o garantiza un mínimo de justicia en tanto que proporciona seguridad, certeza, ausencia de duda, en oposición a la arbitrariedad, para ello la legislación debe cumplir ciertos requisitos.

En este sentido el Derecho como sistema de normas puestas por una autoridad proporciona:

- Conocimiento sobre las conductas prohibidas, obligatorias y permisivas y, en consecuencia genera previsibilidad sobre la conducta propia y expectativas sobre las conductas de otros;
- Conocimiento sobre la autoridad y sobre las condiciones en las que puede exigirse el cumplimiento de las normas; y
- Conocimiento sobre las consecuencias del incumplimiento de las normas, es decir, de las sanciones.

Es decir, el contenido de una norma perteneciente a un orden jurídico puede ser tan injusto como el de una banda de ladrones o un grupo mafioso; la diferencia es que en el caso del sistema jurídico la norma es conocida, segura y regular, sabemos la autoridad, las condiciones de cumplimiento y las sanciones correspondientes (Kelsen).

En cuanto a los elementos que debe respetar la legislación básicamente son las exigencias de:

- Generalidad de las normas (las normas disponen una conducta debida para una clase general de sujetos y no van dirigidas a personas singulares), que es una exigencia del principio de igualdad formal y que exige también decidir todos los casos con propiedades relevantes iguales, de la misma forma.
- Abstracción de las normas (exige que las normas regulan una clase o categoría de acciones), que garantiza la seguridad y previsibilidad de las conductas.
- Que las normas sean claras y se expresen en un lenguaje comprensible.
- Vinculación de los poderes públicos a las normas, esto es, que el Estado y todas sus autoridades cumplan las normas y las hagan cumplir.
- La publicidad de las normas como garantía de su público conocimiento y vinculatoriedad. Para satisfacer este requisito se suelen establecer en los distintos países, publicaciones oficiales en las que se contienen las normas jurídicas a medida que se promulgan.

### **Legitimidad positiva o legitimación**

Hace referencia a la adecuación del sistema de valores que contiene un sistema jurídico a las pautas o criterios valorativos mayoritariamente aceptados por una sociedad. Legitimación es un término descriptivo y designa la aceptación del sistema (jurídico-político) por parte de sus miembros, quienes ven en sus normas y reglas pautas adecuadas de comportamiento. Adoptan frente al sistema lo que Hart denomina “punto de vista interno”.

Esta legitimidad proviene de la positivación y protección en forma de derechos y libertades de valores considerados importantes por parte de una sociedad. Una cierta dosis de legitimidad positiva es necesaria para que nazca en los destinatarios de las normas jurídicas la conciencia de obligatoriedad. Es decir, aceptación de las normas por parte del grupo social, lo que supone obediencia por referencia a algún valor comúnmente aceptado, que forma parte del consenso, sin necesidad, en términos generales, del recurso a la fuerza de forma cotidiana. En este sentido, la legitimidad está relacionada con la eficacia.

Por su parte, Habermas distingue así entre el hecho social de la aceptación intersubjetiva de las normas y sus criterios de justificación (denominado legitimación) y la aceptabilidad ética de las mismas (legitimidad).

### **Legitimidad crítica o legitimidad justa**

En este caso aludimos a las condiciones de una moral racional que debe cumplir el Derecho, cifradas en el contenido formal, procedimental y material de seguridad, libertad, igualdad y solidaridad. Aunque ello no impide que algunas normas o decisiones jurídicas concretas puedan valorarse como injustas.

Ahora bien, desde la perspectiva de la legitimidad crítica, una norma jurídica y el ordenamiento jurídico pueden existir como tales sin necesidad de que sean justos, pero ello no significa no tomar en consideración que tras todo sistema jurídico existen una filosofía política y unos principios morales. Sin embargo, estos principios morales no son jurídicamente relevantes porque sean moralmente correctos, sino porque han sido incorporados a un orden jurídico y se viven como vinculantes.

El Estado constitucional se ha caracterizado porque el Derecho ha incorporado en su interior, sobre todo en la propia Constitución, contenidos o valores de justicia. Principios que, formulados originariamente por la doctrina iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII en términos de derechos naturales, han sido consagrados por las Constituciones actuales como valores superiores, principios jurídicos y derechos fundamentales. A título de ejemplo, el artículo 1.1. De la C.E. de 1978 establece que los valores básicos de nuestro ordenamiento jurídico son libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. E. Garzón parte de un principio normativo básico: la igualdad esencial de todos los seres humanos y la exigencia de superar las desigualdades. Estaría justificado un trato diferenciado si así se contribuye a la superación de las desigualdades. De ahí formula la siguiente tesis: *“Un sistema político S\* posee legitimidad si y sólo si respeta el principio de igualdad esencial de todos sus miembros y procura superar y/o compensar las desigualdades accidentales a través de la imposición de deberes negativos y positivos sancionados mediante un procedimiento democrático pluralista.”*

### **Antropología jurídica. Derecho y alienación. Derecho y personalización**

S.Cotta. El fin al que el derecho se orienta es establecer y mantener el orden en la convivencia social que esté dirigido tendencialmente al menos a la realización de la justicia-->**Dimensión valorativa.**

La indagación sobre porque existe el derecho no puede limitarse a la búsqueda por su causa final. Para indagar sobre su porque, hay que tratar la raíz, preguntarnos por la causa originaria, sobre porque es necesario ese orden. Es tanto como decir porque existe el derecho en la vida de los seres humanos (pregunta antropológica, qué sentido tiene el derecho en nuestra vida)

La antropología jurídica tiene como objeto responder porque el Derecho es necesario en la vida de los seres humanos. Trata de destacar qué lugar ocupa, cual es el valor y que significa la experiencia jurídica en el ámbito humano, tratando de poner de manifiesto la relación existente entre la experiencia jurídica y el conjunto de la experiencia humana.

La presencia del derecho en la vida de los seres humanos se justifica porque el derecho satisface ciertas necesidades básicas que tenemos los seres humanos y que son universales.

- Necesidad de seguridad
- Necesidad de contar con la ayuda de los demás
- Necesidad de duración, es decir, de permanencia en el tiempo

Uno de los rasgos fundamentales del derecho es la existencia del proceso y del juicio (existencia de los tribunales) → **seguridad**. Puesto que los seres humanos suelen tener pretensiones contrapuestas y una de las finalidades es saber hasta dónde llega el derecho de cada uno. Así los tribunales resuelven las controversias con autoridad sin que las partes lo puedan discutir, y, de forma definitiva. En derecho, aquello definitivo queda definido como cosa juzgada. Una vez más, vemos como proporciona seguridad. La seguridad exige que en algún momento ha de llegarse a la cosa juzgada, aunque previamente cabe la posibilidad de varias instancias judiciales sean las que valoren un mismo caso justificando la existencia de los recursos.

- Cosa juzgada----Responde a una exigencia de seguridad
- Instancias-----Responde a exigencias de justicia

En cuanto a contar con la ayuda de los demás ante la necesidad que se nos plantea encontramos todo tipo de asociaciones (sindicatos, partidos políticos, sociedades mercantiles...) a través de las cuales los seres humanos persiguen un fin que es común a todos ellos. Esto satisface nuestra necesidad de contar la ayuda de los otros.

Una tercera necesidad, es la necesidad de duración, de permanencia en el tiempo. Las propias asociaciones tienen ese carácter de duración. Una vez se ha constituido esa persona jurídica va a perdurar y va a continuar buscando ese fin común incluso después de la muerte del que las creó. (Ejemplo: Fernando el católico y Alejandro VI, Universidad). Las sentencias de los tribunales no pueden ser rebatidas y reiniciadas, volvemos a redundar en la permanencia en el tiempo.

(Casos especiales requieren una revisión)

Profundizando todavía más, los seres humanos sentimos esas necesidades porque por una parte los seres humanos somos **seres limitados**. Es decir, la capacidad de cada individuo de hacer cosas, comprenderlas y juzgarlas son limitadas por lo que los individuos necesitamos recurrir al Derecho para, a través de diferentes instituciones jurídicas, aunar fuerzas y superar esas deficiencias y limitaciones de las capacidades individuales. Volvemos a caer en los ejemplos de las asociaciones y los procesos (una persona individualmente no es capaz de valorar lo que es justo, es necesario un proceso, una institución cooperativa donde intervienen muchos sujetos tales como peritos además de jueces que aportan al juez información de la que él no dispone-conocimientos especializados).

Por otro lado, somos **seres finitos**, conscientes de nuestra finitud, de nuestra mortalidad. Sabemos que vamos a morir. Esto hace que tengamos una necesidad de duración, de prolongar en el tiempo nuestra existencia que por definición es demasiado corta. Necesitamos por ello de las asociaciones o la transmisión de la apellido, entre muchos otros ejemplos como manera de perpetuarse en el tiempo la memoria de las personas.

En tercer lugar, y como rasgo fundamental del ser humano que explicaría la necesidad del derecho, encontramos que el ser humano es un ser **esencialmente social**. Cada uno de nosotros no vive aisladamente ni existe aisladamente, sino que coexiste con otros. Heidegger: "Mit-Sein" - Ser con. (Incluso cuando estamos solos-Complejo entramado de relaciones con los demás)

Este carácter esencialmente social acompaña inexorablemente a la existencia humana. Podemos elegir de qué forma nos relacionamos con los demás, pero no podemos dejar de relacionarnos con los otros, es esencial y no lo podemos cambiar.

Al mismo tiempo, la presencia de los demás en nuestra vida es **ambivalente**. Los otros pueden presentarse ante nosotros como una *ayuda*, pero también los otros pueden aparecer para el sujeto como una *amenaza*. Precisamente los seres humanos recurren al Derecho para conseguir lo primero, potenciar la vertiente positiva de la sociabilidad humana, la cooperación, unir

esfuerzos para el bien común. También recurrimos al derecho para evitar que los otros constituyan una amenaza para nosotros mismos, tomando como función la erradicación de la violencia. **Objetivo del Derecho entre otros: Consecución de la paz.**

Continuando con lo anterior, la presencia del derecho viene justificada por la doble circunstancia:

- o **Somos seres humanos esencialmente sociales**, Mit-sein
- o **Sociabilidad efectiva:** Trato concreto y efectivo que los seres humanos nos dispensamos unos a otros con demasiada frecuencia prevalecen las formas inadecuadas. No se reconocen recíprocamente como merecedores del Derecho, como sujetos.

Si fuéramos seres sociales, pero nunca faltáramos al respeto a los demás, el derecho no sería necesario porque entraríamos en una conciliación pacífica que lo haría innecesario. (No somos ángeles, no somos perfectos)

### **Formas que puede adoptar la sociabilidad efectiva de los seres humanos**

Lo que tienen en común todas las formas adecuadas de sociabilidad efectiva es que el otro es reconocido como semejante, como igual a mí y en consecuencia merecedor de respeto y tratado como sujeto, como persona.

- Formas adecuadas (eros, amistad, caridad, Derecho etc.)

En cambio, las formas inadecuadas de sociabilidad efectiva se caracterizarían por los rasgos contrarios. No hay un reconocimiento del otro, no hay un respeto. La persona es tratada como objeto.

- Formas inadecuadas (narcisismo, violencia, explotación etc.)

El otro puede ser visto de dos maneras diferentes

- Amenaza, pleno obstáculo para el desarrollo de la personalidad. Los que adoptan esta actitud encuentran que la única forma de rebatir esto es el sometimiento del otro, conseguir su eliminación o sometimiento. La propia realización es incompatible con la existencia y el respeto hacia el

otro. Propio de la cultura individualista que vivimos. La satisfacción de nuestros derechos es incompatible con los derechos de los demás. ERROR. El bien de cada uno no es incompatible con el bien de los demás, hay una forma de llegar a una conciliación. **Actitud propia del sujeto narcisista**

- Ayuda, apoyo, reconocer que los otros constituyen un apoyo para mí. Es la idea de que en el fondo los demás y yo podemos cooperar conjuntamente para alcanzar la plena realización tanto del yo como de los otros. Los otros contribuyen a forjar mi identidad y al desarrollo de la personalidad.

Para superar el individualismo hay que tener claro que lo que yo soy es el resultado de mi relación con los otros. Biológicamente hablando y con referencia a nuestro entorno social. No somos seres autosuficientes. Y día tras día hacen posible el desarrollo de mi propia personalidad. Reconocer nuestras relaciones de interdependencia para superar el individualismo.

Según Haidegger

- **Fürsorge auténtica:** Cuidado y preocupación por el otro que ayuda al otro a ser él mismo. En este sentido encontramos que los otros contribuyen al libre desarrollo de mi personalidad. Esta actitud es de profundo respeto hacia el otro ayudándole a sacar lo mejor de sí mismo. Cuidar y querer lo mejor para el otro sin anularlo, buscando su desarrollo personal. Mejor forma de desarrollar la sociabilidad efectiva entre los seres humanos. Desgraciadamente no es la más habitual.
- **Deficiencia de la Fürsorge auténtica:** Encontrando la hostilidad y la indiferencia (extranjeros pobres-cuando la indiferencia se vuelve hostilidad) como mayoritarias. Vivir en contra del otro o ignorando al otro. Ambas son formas inadecuadas de relación con el otro. Rasgos característicos de la cosificación del individuo es el maltrato hacia él.
- **Fürsorge desvirtuada por exceso:** Cuando el cuidado y la preocupación por el otro se vuelve asfixiante de modo que impide al otro ser el mismo que impide al otro ser él mismo convirtiéndolo en sujeto dominado. Riesgo cuanto más intensa la relación con otro. Actitud bien

intencionada. Está vinculado con el machismo paternalista. También puede producirse en organismos estatales hacia la sociedad (Estado del Bienestar-Ciudadanos que esperan todo del Estado y por sí mismo son incapaces de satisfacer necesidades que por sí mismos podrían satisfacer). Es la perversión de la *fürsorge* auténtica. Estado del Bienestar-Perversión del Estado Social.

La educación ha de responder al modelo de la **fürsorge auténtica** para que se desarrolle y pueda llegar a ser adulto y valerse por sí mismo. De forma contraria puede impedir su pleno desarrollo y su valencia propia.

### **Formas inadecuadas de sociabilidad efectiva**

Tratadas también por el psicoanálisis. Son características de la personalidad inmadura, donde en el narcisismo, prevalece el principio del placer y los procesos primarios. En segundo lugar el sujeto narcisista se caracteriza por una repulsa primitiva hacia el mundo exterior, es decir, hacia todo lo que no soy yo mismo. Tiene en psicología psicoanalítica, deseos de dominar al otro, de dominarlo, en el sentido físico y psicológico. Es la idea de que no se acepta al otro como tal otro, pretendiendo que permanezca el yo.

Impera el THANATOS, que en griego se traduce como muerte, el sujeto narcisista no tiene ningún problema en devorar al otro. El sujeto narcisista no puede alcanzar el eros. La sexualidad únicamente se consigue mediante el THANATOS. Violación: Violencia manifestada de forma sexual. No sexualidad manifestada violentamente.

En cambio, un sujeto maduro es capaz de superar el narcisismo, por lo que es capaz de aceptar el principio de realidad del otro, semejante a mí, que nos necesitamos y podemos respetarnos mutuamente, alcanzando el nivel del eros. Tipo de relación que implica el reconocimiento de los participantes, y que implica la necesidad de completarse con el otro en la medida de que hay reconocimiento y no destrucción del otro.

**Las distintas formas adecuadas de sociabilidad efectiva se diferencian entre sí dependiendo de la extensión del reconocimiento y la intensidad de ese reconocimiento.**

El Derecho sería una forma adecuada de sociabilidad efectiva que consistiría en el respeto universal al otro. Esto quiere decir que el reconocimiento de los otros en cuanto extensión alcanza el grado de universalidad. Ante el Derecho, todo miembro de la especie humana es sujeto de derecho y obligaciones, es persona merecedora de respeto y siempre ha de ser tratado como fin y nunca como medio.

Para **Kant el imperativo categórico** es: Trata siempre a la humanidad, como a ti mismo como a los demás, siempre con un fin y nunca como un medio.

En cuanto a la intensidad del reconocimiento del otro encontramos una intensidad mínima porque el grado de reconocimiento que el derecho existe es el respeto, es decir, la exclusión de la violencia. **Aclaración: Cuando decimos que el derecho es no violencia, hemos de entender todas las formas de violencia (directa o estructural)**

**Violencia estructural:** Aquellas situaciones donde la violencia está presente de manera latente. Ejemplo: Situación de represión, todo el mundo vive bajo la amenaza permanente de la violencia. Afortunadamente en un estado represivo no todos sufren la violencia directamente.

Incluso quien nunca ha sufrido un acto de violencia directa, siente el temor ante la posible violencia estructural-Represión y explotación económica (falta constante de respeto a las personas).

### **Estructura ontológica del derecho**

Estructuralmente el derecho sería esto, respeto hacia la otra, no discriminación y no violencia. Establecería una paridad/reciprocidad de derechos entre yo y el otro, es decir, reconocer que todos los seres humanos son igualmente merecedores de la protección del derecho. Ante el Derecho, todos los seres humanos son iguales. El derecho establece una igualdad mínima entre yo y los otros.

No significa que todos tenemos los mismos derechos. Se establecen distinciones. Pero si encontramos que tenemos derecho a tener derechos.

La igualdad consiste por tanto en que en la medida que una persona ocupe un puesto jurídico le corresponden a él igual que a otro en la misma situación jurídica los mismos derechos.

Esto se produce incluso en las relaciones jurídicas simples lo cual prohíbe el abuso del derecho. En ese sentido se puede decir que ciertas instituciones históricas en las que no había paridad de derecho quizá no habían de ser constituidas como derecho: Ejemplo: Pater familias - alieni iuris (por derecho propio) En los casos en que el poder fue total no sería una relación jurídica.

Lo mismo cabe decir de la esclavitud puesto que hay una persona que es reconocida como objeto y no como sujeto por lo que no sería una relación merecedora de la calificación de jurídica. Comenzaría a juridificarse en la medida que comenzaban a establecerse límites en los propietarios sobre ellos, ya que en cierto modo comenzaría a considerarse como persona.

En la medida que el derecho es no discriminación y no violencia, el Derecho protege a los más débiles, mucho más vulnerables tales como:

- Instituciones jurídicas a través de las cuales se protege a los menores e incapaces: patria potestad, tutela, limitaciones de la capacidad de obrar
- Protección de las mujeres frente a la violencia
- Protección de los trabajadores (derechos sociales)
- Protección de las víctimas frente a la delincuencia (Derecho Penal)
- Protección de los acusados, procesados, de quienes cumplen la condena. (garantías procesales y penales)