

AC 09 62

Hola, buenas noches, este es el tiempo del curso de Acceso Directo. Esta noche en nuestro programa Nociones Jurídicas Básicas, nos acompaña el Catedrático de Derecho Romano, profesor Federico Fernández Buján, que nos explicará qué es el derecho. Muy buenas noches a los alumnos matriculados en el curso de Acceso en la asignatura Introducción o Iniciación al Derecho.

Es esta la segunda emisión en este presente curso académico y vamos a abordar un tema de carácter general que lleva por rúbrica qué es el derecho. Si preguntásemos al hombre de la calle qué es el derecho, creo que es fácilmente constatable que todo el mundo tendría una respuesta, mientras que hay otras parcelas del saber, otras disciplinas que por la especificidad de sus contenidos, por su carácter más singular, por lo más específico de sus contenidos materiales, la gente en general no tiene una noción clara acerca de cuál fuera o cuál fuese el contenido de las mismas, creo que esto no se puede decir respecto del derecho. Esta fácil constatación o comprobación de orden social también puede trasladarse al orden académico o al orden doctrinal, ya que todo estudioso del derecho, independientemente de la parcela del ámbito jurídico al cual dedique sus estudios y sus investigaciones, también tiene llegado un momento en su tarea y en su trabajo de investigación científica, también tiene su propia y personal y particular concepción de lo que es el derecho en general, no el derecho administrativo, el derecho penal o el derecho romano o el derecho financiero, sino de lo que fuera o fuese la ciencia jurídica.

Existen miles o al menos cientos de definiciones dadas por los estudiosos del derecho acerca de lo que es el concepto de derecho. De este rico panorama, de esta variedad y de este abanico tan amplio de definiciones del derecho, yo he escogido una que ya hace muchos años, en mi condición de opositor, tuve la suerte de encontrarme con ella en un manual que es un clásico del derecho, que es el Tratado de Derecho Civil del profesor don José Castán Toveñas. Don José Castán Toveñas es uno de los juristas, ha sido uno de los juristas más importantes de este siglo en nuestro país, catedrático de derecho civil y durante 25 años presidente del Tribunal Supremo.

Pues bien, Castán definía el derecho de la siguiente manera, decía el derecho es la ordenación moral imperativa de la vida social humana orientada a la realización de la justicia. Voy a desgarnar despacito, paso a paso, esta definición y después, una vez explicada esta definición, me voy a referir ya al contenido del capítulo relativo a qué es el derecho, que está recogido en la obra básica y fundamental por la que ustedes tienen que estudiar esta asignatura que se titula Iniciación al Derecho y de la cual son autores los profesores don Manuel Jesús García Garrido, catedrático de Derecho Romano y don Antonio Fernández Galeano, catedrático de Filosofía del Derecho. Esta parte del programa de la asignatura, bajo la rúbrica que es el derecho, está recogida en ese capítulo del libro referido en las páginas 3 a 16.

Pero antes, como preámbulo, como pórtico, voy a desgarnar, como he dicho, esa definición que

he dado del derecho y de la cual es autor uno de los más grandes juristas de nuestro tiempo, al menos en nuestra patria. Decía Castán que el derecho en primer lugar era una ordenación y ordenación hace referencia a un conjunto de normas, pero no un conjunto de normas inconexas entre sí, un conjunto de normas sin ningún orden, sino un conjunto ordenado y ordenado significa coherente y coherente significa armónico y armónico significa de que esas normas están unas sometidas a otras, lo cual significa que las normas están situadas en un principio jerárquico. El principio jerárquico significa que hay unas normas que están por encima de otras y las normas inferiores deben respetar el contenido de las superiores.

Cuando ustedes se introduzcan más en el ámbito de lo jurídico se les hablará de la pirámide normativa que había formulado un autor alemán que es Kelsen. En el vértice de la pirámide está la Constitución y de la Constitución deriva el resto del ordenamiento jurídico en razón a un principio de jerarquía normativa, lo que significa que las normas deben respetar el contenido de las normas superiores. Las normas inferiores, como puede ser una orden ministerial, debe respetar el contenido de un decreto, un decreto debe respetar el contenido de una ley o de una ley aprobada en el Parlamento.

Las leyes ordinarias deben respetar el contenido de las leyes orgánicas y éstas deben a su vez respetar el contenido constitucional porque si una norma se aprueba sin respetar este principio de jerarquía normativa y, por ejemplo, infringe algunos de los principios o valores recogidos en la Constitución, esa norma se la calificaría de anticonstitucional o inconstitucional y podía ser declarada nula por el tribunal constitucional, pero todo esto no forma exactamente parte del contenido de lo que yo quiero explicar. Pero les quería decir de que el conjunto normativo, el conjunto de normas que forman el derecho, debe ser armónico y además debe evitarse contradicciones entre ellas. Es decir, que no tiene que tener antinomias.

Significa que no puede venir en una norma un principio o una regla contradicha en otra norma de igual rango o superior rango. Pero Castán dice algo más que ordenación. Dice ordenación moral.

Dice ordenación moral en la medida en que el derecho, a pesar de que es un conjunto de normas positivas, es decir, de normas que son fruto del poder legislativo del Estado, también hace referencia el derecho a un conjunto de valores, un conjunto de principios. Este es el contenido metajurídico del derecho, en el sentido de que el derecho debe hacer referencia a conceptos extrajurídicos. El derecho lo es en tanto en cuanto recoja o manifieste o contemple principios o valores que no caen en el propio orden jurídico.

El derecho es un conjunto de normas pero también tiene un contenido moral y la moral es algo que se sitúa fuera del derecho. Pero añade una tercera nota que está en la definición y dice que es una ordenación moral e imperativa. Aquí viene a definirse el rasgo fundamental determinante o más característico del derecho.

Es decir, si el derecho fuera un orden o un conjunto de normas morales, no se diferenciaría para nada un código moral de un código jurídico. Si el derecho se diferencia de los códigos

morales es que es imperativo y lo imperativo es lo coercitivo. Lo coercitivo es lo que obliga y lo que obliga es aquello que se nos prescribe.

Independientemente de que nosotros queramos o no queramos hacerlo, hay conductas que se prohíben y otras conductas que se prescriben. Por lo tanto, la nota más característica del derecho es la coercitividad o la imperatividad. Por ponerles un ejemplo, respecto del principio valor no atentar contra la vida de otro, un código moral como puede ser el código contenido en las normas de la religión católica mayoritariamente practicada por el conjunto social de los españoles, el quinto mandamiento dice no matarás.

Pero es una norma recogida en un código moral que no es en principio, al menos desde un punto de vista de Tejas abajo, naturalmente imperativo. En el sentido de que no hay una sanción, sí que la hay para los que tenemos creencias sobrenaturales, pero no hay una sanción por quebrantar o infringir esa norma de un código moral. El código penal, tanto el derogado y ya no vigente como el recientemente aprobado y acabado de poner en vigor, no dice no matarás, sino que dice el que matare a otro.

El viejo artículo 407 del antiguo código penal decía el que matare a otro será castigado como reo de homicida a la pena de reclusión menor. Es decir, se está señalando una sanción para el caso de que se infrinja la conducta establecida por el derecho. La conducta establecida por el derecho es no matar a otro y el que mate a otro se impone una sanción.

Mientras que en el orden moral la conducta es no matarás y el no matarás no lleva en principio, digo en esta propia vida, en esta que vivimos en este momento, no lleva aparejada una sanción. Además, el código moral se diferencia del código jurídico en que al código moral le importan tanto los actos internos como los actos externos, en el sentido de que la intención puede quebrantar de igual forma la norma que el acto externo que infringe la conducta regularmente impuesta. En el ejemplo antes señalado, el que desea la muerte de otro está infringiendo el quinto mandamiento al igual que el que ejecuta un acto tendente a acabar con la vida de otra persona.

Por lo tanto, en el código moral los actos internos tienen la misma sanción. Mientras que en el código jurídico, si una persona por llevarse mal con otra desea su muerte, no tiene ninguna trascendencia jurídica. Se suele decir que es un principio de derecho penal que el pensamiento no delinque.

Por poner un ejemplo fuera del caso que acabo de referir, del atentado contra la vida de otra, si un cajero todas las noches cuando hace el arqueo de su caja arde en deseos de llevarse el contenido de la misma, en tanto en cuanto no ejecute un acto tendente a la sustracción del importe de la caja, el derecho no tiene para nada en cuenta sus deseos de llevarse la caja. Siempre tiene que haber una manifestación externa, aunque sea en grado de tentativa. Cuando ustedes estudian derecho penal, verán que los delitos no sólo se cometen en grado de la consumción de los mismos, sino también en grado de tentativa, en grado de sustracción.

Pero siempre y cuando no se realice un acto, al menos en grado de tentativa, que suponga una manifestación externa de la intención, el mero deseo de sustraer el importe de la caja no tiene ninguna relevancia jurídica. Por lo tanto, la ordenación moral es una ordenación moral, pero además es imperativa y eso significa que es coercitiva, de la vida social humana, de la vida social humana, dice Castán. Quiero decir que el hombre es un ser social y esto no es nada novedoso, sino que ya desde los autores más clásicos del mundo antiguo, ya desde pensadores tan absolutamente imprescindibles para la reflexión filosófica moderna como puede ser Aristóteles, definían ya al hombre como un animal político.

Cuando Aristóteles define al hombre como un animal político no está haciendo referencia al término política tal y como lo entendemos actualmente, sino el hombre es animal político en el sentido de que es un hombre que es un ser que habita en la polis y la polis es un conjunto o un orden social determinado. Es político en la medida en que vive con otros y por eso lo que le importa el derecho son los actos de trascendencia externa. No le importan los actos en los que el hombre no produce ninguna consecuencia exterior, sino que se queda todo en su interioridad.

Y al final dice Castán de que esta ordenación moral, que es imperativa, es decir, coercitiva de la vida social humana, es decir, de los actos de trascendencia externa, debe estar orientada a la realización de la justicia. El orientado a la realización de la justicia hace referencia a la raíz última, a la ratio última de la formulación del derecho. Cuando ustedes ya estén matriculados el próximo curso académico Dios Mediante, como alumnos oficiales en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y reciban las enseñanzas de una asignatura con carácter propedéutico que existe en primero derecho en el plan de estudios actualmente vigente, que es Derecho Romano, se encontrarán con una de las obras más prodigiosas de toda la historia de la ciencia jurídica de todo el mundo que es el Digesto.

El Digesto es una formulación, una recopilación doctrinal de escritos jurisprudenciales de juristas, sobre todo clásicos de los siglos I antes de Cristo a III después de Cristo, que ha sido realizada por un emperador romano que es Justiniano. Pues el Digesto se abre con un fragmento que comienza diciendo, conviene que aquel que vaya a dedicarse al derecho sepa de dónde procede la voz derecho, derecho a los cuales los romanos denominaba en ius y continúa diciendo ius a justicia appellatur, derecho llamado así, el derecho que así se llama, que así se denomina, que así se rúbrica por derivarse de justicia. Ha sido una polémica entre los autores si ius deriva de justicia o justicia deriva de ius, pero parece hoy bastante cerrada la polémica en el sentido de decir o de afirmar que el valor justicia es el primogénito, es el primero, es el primordial y en la medida en que la norma se asemeja, se reconduce, tiende hacia la justicia, esa norma es jurídica, ius, el ius, el derecho se llama así por referirse a la justicia.

Reconduciendo un poco ya más la explicación al contenido de lo que ustedes van a encontrar en el libro de la Iniciación al Derecho que vuelvo a repetir de que es el texto básico fundamental por el cual tienen ustedes que preparar esta asignatura, se dice en él de que vivimos inmersos en el derecho y esto es una realidad también muy fácilmente constatable. Un

viejo profesor que tuve la suerte de recibir sus enseñanzas hace muchos años en la Autónoma de Madrid como alumno de la Facultad de Derecho decía a los alumnos de primer curso que vivimos inmersos en el derecho y casi sin enterarnos, el derecho acompaña al hombre antes de nacer, le acompaña durante toda su vida, durante toda su existencia terrena y también le protege después de muerto y decía que acompaña al hombre antes de nacer y le acompaña antes de nacer en la medida en que el derecho ya reconoce ciertos derechos o expectativas de derechos al natus, al conceptus, al que todavía no ha nacido pero está concebido y esa protección se mantiene hoy en nuestro código civil en donde se dice en el artículo 30 que al concebido se le tiene por nacido para todo aquello que le sea favorable y por lo tanto pues a ese concebido se le reconoce unas expectativas de derechos de sucesión o al concebido se le puede hacer o realizar una donación en su favor. Igual que existe una cierta protección aminorada en el momento presente por la despenalización de tres supuestos de aborto pero existe una protección penal también al concebido en la medida en que el aborto no es libre solamente en tres casos el legislador despenaliza, le ha tentado contra la vida del natus pero fuera de esos tres casos está protegiendo también jurídicamente desde el punto de vista penal la vida de ese natus.

Bueno pues eso sabiendo de que el derecho acompaña al hombre antes de nacer, el derecho lo acompaña durante su existencia. Siempre que realizamos los datos más absolutamente triviales de nuestra vida estamos inmersos en el ámbito jurídico cuando cogemos un autobús pues realizamos un contrato de transporte, cuando acudimos a una sala cinematográfica a ver una proyección pues estamos realizando un contrato de arrendamiento de servicios y cuando pues compramos cualquier objeto corriente de compraventa manual es decir de entrega y pago instantáneo en cualquier tienda realizamos una consumición en cualquier bar o establecimiento de hostelería pues estamos realizando un contrato de compraventa es decir es muy difícil hoy salir de casa y volver a casa sin haber realizado un acto de trascendencia jurídica un acto regulado por el derecho pero el derecho no sólo acompaña al hombre en los aspectos más triviales de la vida sino que también la acompaña en los aspectos en los actos más trascendentes de su vida cuando uno se casa pues está realizando un acto jurídico porque está regulado por el derecho el matrimonio es una institución jurídica para los creyentes es un sacramento pero que el sacramento también tiene una trascendencia en el derecho canónico y para los que contraen matrimonio civil pues el contrato del matrimonio puede llegar a calificarse hasta de contrato con una serie de obligaciones por parte de los contrayentes con una serie de deberes con una serie de derechos de unos respecto de otros con unas consecuencias jurídicas los hijos procreados en justo matrimonio serán hijos legítimos y cuando otorgamos testamento que es declaración de última voluntad pues es un acto solemne de nuestra vida es donde disponemos de nuestros bienes pues también nos acompaña el derecho cuando alquilamos o arrendamos un piso en donde una persona nos cede su uso y disfruto a cambio de una renta estamos inmersos en el derecho en definitiva el derecho acompaña completamente a la vida del hombre en cuanto a los rasgos generales ya dichos en parte en la definición del profesor cansan volvemos a recordar de que el derecho es un conjunto normativo concretando un poco más ese conjunto normativo se configura como un

conjunto de normas de derecho positivo se llaman normas de derecho positivo aquellas normas que provienen del poder legislativo del estado en general en sentido amplio lato se llama ley o norma jurídica toda aquella norma que proviene de la potestad normativa normalmente de algún órgano del estado potestad normativa que puede ser una potestad que tenga o que recaiga en el parlamento que es el poder legislativo incluso en el ejecutivo ya que también tiene facultad de dictar normas y que el ejecutivo gobierno tiene también facultad o es fuente de producción del derecho a través de los decretos aprobados en consejo de ministros el derecho posibilita la vida humana en la medida en que regula y organiza la vida del hombre en sociedad he dicho ya que el hombre se desarrolla en el conjunto social todo hombre vive en sociedad es un mito la posibilidad de vivir aislado el robinson crusoe es algo que desde un punto de vista novelístico pues tiene y goza de todo interés pero desde un punto de vista real es inviable toda sociedad necesita el derecho en la medida en que vivimos en sociedad vivimos con otros en la medida en que vivimos con otros se pueden plantear conflictos de intereses entre particulares en la medida en que existen conflictos de intereses particulares es necesario un orden externo a esos particulares que regule esos conflictos cuál es el ámbito de lo jurídico el derecho regula la vida organiza la vida humana regula los actos de los hombres pero decía cuando explicaba la definición del profesor castán y se vuelve a repetir y se repite también en el texto de la iniciación el derecho de los garcía garrido y fernández galeano que el derecho sólo le interesa a los actos que tienen trascendencia exterior exterior es decir aquellos actos que son con proyección ad extra hacia otros no aquellos actos que tienen una proyección ad intra no es el acto que el hombre realiza para sí sino el acto que realiza para el otro o frente al otro versus o alter es decir los actos de alteridad alteridad en la medida en que son actos que su destinatario es otra persona es lo que se ha venido llamando en el manual de iniciación al derecho actos inmanentes los primeros los actos realizados a tintra y actos transeúntes o de alteridad los segundos existen una vez definido el concepto derecho dos grandes acepciones o dos grandes sentidos de la expresión derecho del término derecho derecho subjetivo y derecho objetivo derecho como facultad derecho como norma vamos a detenernos un poquito en esas dos grandes acepciones son esos dos grandes sentidos el derecho como facultad es bastante frecuente que utilicemos la voz derecho tanto para definir un poder una facultad que tenemos sobre una cosa o frente a una persona como también para referirnos a una norma jurídica que nos impone un determinado comportamiento en el primer sentido el derecho es un derecho subjetivo así hablamos de derecho de propiedad y cuando hablamos derecho de propiedad cuando nosotros tenemos una facultad o un poder que recae sobre una cosa y que nos otorga sobre ella unas determinadas disponibilidades pues el derecho de propiedad es aquel derecho que recae sobre una cosa que tiene eficacia se dice erga omnes es decir frente a todos y yo soy propietario de una cosa quiere decir de que nadie es propietario de esa cosa y que por lo tanto yo ejerzo mis derechos de propiedad sobre ella frente a todas las demás personas ese derecho es un derecho como potestad o como facultad es un derecho subjetivo hablamos también de derecho de crédito cuando tenemos un derecho de crédito pues en el caso de que nosotros realizamos un préstamo que en términos jurídicos se denomina mutuo en donde prestamos una cantidad de dinero a otro en esta persona surge la obligación de restituir la cantidad prestada en el plazo en el tiempo en el lugar en las condiciones acordadas en el caso de que

llegue el momento señalado en el contrato de mutuo y esa persona a la cual hemos prestado una cantidad de dinero no nos devuelva voluntariamente de modo espontáneo la cantidad prestada en las condiciones acordadas nosotros decimos de que tenemos un derecho de crédito el derecho de crédito es un derecho no sobre una persona porque evidentemente no se pueden tener derechos sobre personas los derechos recaen sobre cosas pero si frente a una persona el derecho frente a esa persona es el derecho de reclamarle el cumplimiento de su obligación si su obligación es entregar nosotros tenemos derecho a ejercer una acción judicial para que de lugar abra un proceso en donde culmine con una sentencia llamada fallo judicial en virtud de la cual se imponga a esa persona la obligación de cumplir con lo pactado ese es el derecho de crédito también pues en un contrato de arrendamiento que ya hemos puesto el ejemplo pues el arrendador cede el uso y el disfrute de un bien a cambio de una renta en el caso de que el inquilino llamado arrendatario no pague la renta acordada en el plazo señalado pues el arrendador tiene un derecho de exigirle el pago de la renta pactada estos tres ejemplos que he puesto son ejemplos de derecho como derecho subjetivo derecho como poder o facultad en el ámbito privado también podemos hablar de un derecho como facultad o como poder en el ámbito público así por ejemplo decimos tengo derecho a votar o tengo derecho a ser elegido para un cargo de elección popular es lo que en derecho romano y lo estudiaron ustedes el primer año de licenciatura se conocía con las denominaciones de *ius suffragii* derecho de votar y *ius honorum* derecho a ser elegido para un cargo de representación popular pero por qué tenemos derecho a votar porque una ley una normativa electoral nos reconoce ese derecho en España actualmente la ley electoral reconoce el derecho de votar pues en unas elecciones generales a las personas mayores de edad que sean ciudadanos romanos de nacionalidad española por lo tanto tenemos derecho subjetivo de votar en la medida en que hay una norma de derecho objetivo que nos faculta o que nos reconoce o que ampara ese derecho de voto lo mismo en relación con el derecho de ser elegido para un cargo de elección popular lo que significa que en principio se puede decir que en un ámbito estrictamente derecho positivo los derechos subjetivos se basan en derechos en una norma de derecho objetivo si tenemos el derecho de propiedad es porque hay un código civil que reconoce la propiedad sobre las cosas y que faculta a su propietario para ejercer determinadas facultades sobre las mismas si tenemos el derecho de votar o si el arrendador tiene el derecho de cobrar la renta es porque en el caso del arrendamiento hay una ley de arrendamientos urbanos que establece los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el contrato de arrendamiento y si tenemos el derecho de votar es porque existe una ley que forma parte de la normativa electoral que nos posibilita ese derecho en definitiva el derecho objetivo es el derecho normativo el derecho como norma y el derecho subjetivo es el derecho como facultad para concluir hay ámbitos normativos distintos del derecho bueno ya también en la definición dada inicialmente al comienzo de esta exposición decía de que hay un orden moral el orden moral es metajurídico el mundo de los valores y de los principios la diferencia eran dos primero que el derecho era imperativo y el orden moral en principio ciertamente tiene sanción claro que la tiene pero no tiene una sanción inminente no tiene una sanción inmediata mientras que el orden jurídico sí que tiene una sanción inmediata todos estamos muy acostumbrados a tener en la conciencia popular el hecho de que la infracción de una norma

jurídica conlleva una sanción son las llamadas leyes perfectas que acompañan una sanción al acto que quebranta lo dispuesto en las mismas mientras que en el orden moral en principio eso parece que no se ve tanto por otra parte el orden moral tiene en cuenta los actos internos mientras que el orden jurídico dijimos que no solamente tiene en cuenta los actos externos son aquellos actos que tienen una trascendencia exterior en la medida en que al derecho le interesa el orden social no le interesa la conciencia individual de cada individuo sino que le interesa el orden social y por último podríamos distinguir también entre normas jurídicas y usos sociales a los cuales no hemos hecho referencia pero sí que se hace referencia en el texto de iniciación del derecho los usos sociales hacen referencia a normas de conducta de comportamiento que surgen de modo espontáneo sin que pueda atribuirse su formación o su formulación a nadie en concreto sino al conjunto de la sociedad existen muchos usos sociales los usos sociales varían dependiendo de las circunstancias históricas dependiendo de las sociedades que consideremos pues evidentemente no existen los mismos usos sociales en una tribu de la África negra del más profundo continente africano que los usos sociales en la City londinense sin perjuicio de que es muy difícil entrar en la valoración de cuáles fueran mejores y algunas veces nos podríamos encontrar con verdaderas sorpresas y paradojas en relación con la valoración moral de sus usos sociales en una u otra sociedad según nuestro estado de civilización del hombre pero lo cierto es que el uso social no tiene una formulación concreta sino que surge de modo espontáneo mientras que la norma jurídica su fuente producción siempre es el legislador y en cuanto a la infracción volvemos un poco lo mismo en relación con la confrontación entre norma jurídica y norma moral mientras que una infracción de una norma jurídica conlleva sanción esa sanción es concreta precisa determinada establecida en la propia norma la infracción en general del uso social es más difuso no está cuantificada cuando una persona quebranta un uso social no tiene o no se le acarrea inmediatamente una sanción en el caso de acarrearla después de sanción puede ser una cierta reprobación social por no atenerse a los usos sociales establecidos pero evidentemente tiene menos carácter coercitivo o imperativo sancionador o punitivo que la sanción impuesta por la norma jurídica bueno con esto ha quedado más o menos dibujado o espero que no desdibujado pero si más o menos dibujado con grandes trazos no con pinceladas excelsas pero si hubo unos grandes trazos acerca de un tema evidentemente también un tanto etéreo y difícilmente concretable sobre lo que es o pudiera ser el derecho así que les deseo a ustedes que tengan mucha ilusión no sólo por realizar el curso de acceso sino después ya que el curso de acceso no es un fin sino es un medio sino después de acceder a la carrera de derecho en las cuales esperamos también como profesores de esta facultad y de esta universidad nada más y muchas gracias y muchas gracias por su atención despedimos el curso de acceso y con él esta semana de programación de la UNED el próximo lunes estaremos de nuevo con ustedes comenzaremos con aula de filología y continuaremos con revista de geografía e historia y la facultad de ciencias nuestro último espacio será el curso de acceso gracias por su compañía feliz fin de semana