

Ética y técnica en el Derecho

Alberto Montoro Ballesteros
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. LA PREGUNTA POR EL DERECHO. 1. *El iusnaturalismo.* 2. *El iuspositivismo.* A) La concepción positivista del Derecho. B) El problema de la validez del Derecho. C) Significado de la coacción en el Derecho. D) El Derecho como regla técnica.— II. RAZONES Y LÍMITES DEL POSITIVISMO Y DEL IUSNATURALISMO. HACIA UNA CONCEPCIÓN INTEGRAL DEL DERECHO. 1. *Crítica del positivismo jurídico.* A) Aspectos positivos. B) Aspectos negativos. 2. *Crítica del iusnaturalismo.* A) Clases de iusnaturalismo. B) Aspectos negativos del iusnaturalismo: el iusnaturalismo radical. C) Aspectos positivos del iusnaturalismo: el iusnaturalismo moderado. 3. *Hacia una concepción integral del Derecho.* A) La Legitimidad. B) La positividad. C) La eficacia.— III. ÉTICA Y TÉCNICA COMO DIMENSIONES CONSTITUTIVAS DEL DERECHO. 1. *Introducción.* 2. *Ética y técnica en el Derecho.* A) Derecho y ética: la ética en el Derecho. B) Derecho y técnica: la técnica en el Derecho. 3. *Hacia una síntesis integradora: Ética y técnica como dimensiones constitutivas del Derecho.* A) El Derecho como instrumento de educación social. B) Fines, funciones y medios: Diferentes tipos de normas. a) Normas ético-jurídicas. b) Normas técnico-jurídicas. C) El lugar de la técnica en el Derecho. D) Conclusión.

I. LA PREGUNTA POR EL DERECHO

Tema central y permanente de la Filosofía del Derecho es el constituido por la pregunta *qué sea el Derecho, en qué consista el Derecho*. Se trata, en definitiva, de la pregunta por el *ser*, por la *esencia del Derecho*.

Las respuestas dadas a esa cuestión a lo largo del tiempo han sido múltiples y variadas. Con el fin de ordenarlas y sistematizarlas para su análisis y estudio se han reagrupado en dos grandes corrientes o categorías doctrinales: el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*.

1. *El iusnaturalismo*

La idea del Derecho natural tiene un carácter polisémico. Existe una pluralidad de concepciones del mismo que se han desenvuelto desde la antigüedad hasta nuestros días¹.

El rasgo común de estas corrientes de pensamiento jurídico consiste en situar el fundamento último de la validez, de la obligatoriedad del Derecho en el valor de la justicia. El “deber ser” en que consiste el Derecho (su normatividad) obliga porque es justo. El Derecho se presenta así, ante todo, como un *sistema de normas éticas* cuya validez depende en última instancia de requisitos intrínsecos de carácter ético-material: la eticidad o justicia de sus contenidos².

Para la doctrina iusnaturalista la norma jurídica se configura pues como *norma ética*; esto es, como un enunciado o proposición prescriptiva mediante los cuales se expresa y establece un “deber ser” cuyo objeto fundamental es la regulación del obrar humano (*praxis, agere*). La validez de la norma ética, en general, se fundamenta en su adecuación con la idea de bien (verdad práctica); la validez de la norma ético-jurídica, en particular, depende de

¹ Una panorámica del tema puede verse en TRUYOL Y SERRA, A. *Fundamentos de Derecho Natural*, (Reproducción del artículo “Derecho Natural” publicado en “Nueva Enciclopedia Jurídica”), F. Seix, Editor, Barcelona, 1954, pp. 8 y ss., 12 y ss.; WELZEL, H. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4^a Aufl. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962, 253 pp. Sobre los supuestos de ese carácter plural del iusnaturalismo véase WOLF, E. *Das problem der Naturrechtslehre, (Versucht einer Orientierung)*, Verlag, C.F. Müller, Karlsruhe, 1955.

² Vid. GARCÍA MAYNEZ, E. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 143, 173 y 174.

su conformidad con el valor de la justicia. El “deber ser” sólo tiene sentido en función de un valor, de la valiosidad de lo que se prescribe³.

2. *El iuspositivismo*

El iuspositivismo es también una categoría polisémica. No existe una única concepción positivista del Derecho sino una pluralidad de ellas⁴. El denominador común de estas doctrinas reside en una concepción “avalorativa del Derecho”⁵. Plegado a los supuestos epistemológicos y metodológicos de las ciencias empíricas el positivismo jurídico toma en consideración exclusivamente lo “fáctico”, lo “existente en la realidad”, negando por imposible la viabilidad de un auténtico conocimiento metafísico. Centrada su atención en el estudio de los fenómenos empíricos para el positivismo jurídico no existe más Derecho que el Derecho positivo (la negación de la metafísica implica también el rechazo del Derecho natural) y estudia dicho Derecho tal como *es* y no tal como *debiera de ser*. El positivismo jurídico preconiza así una concepción del Derecho entendido como mero “hecho” empírico y desprovisto de toda referencia o conexión con el mundo de los valores, salvo el de la utilidad y la eficacia. Para el positivismo jurídico el valor del Derecho positivo es un tema no sólo irrelevante sino también perturbador: el rigor del conocimiento científico exige distinguir y separar, como cuestiones dife-

³ Vid. MARITAIN, J. *Las nociones preliminares de la Filosofía moral*, trad. esp. De M^a. M. Bergadá, Biblioteca Argentina de Filosofía. Club de Lectores, Buenos Aires, 1966, pp. 28, 29, 36 y ss., 157 y ss., 165 y ss., 170 y ss., 194 y ss.; DERISI, O. N. *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 3^a. Ed. Corregida y aumentada, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, (Instituto “Luis Vives” de Filosofía), Madrid, 1969, pp. 407 y ss.

⁴ Un apunte sinóptico sobre la significación, génesis y desarrollo del positivismo jurídico puede verse en mi artículo *Ontología jurídica en perspectiva histórica*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, Nueva Época, Tomo XVI, Madrid, 1999, pp. 292 a 297.

⁵ BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*, (Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. Nello Morra), Anno Accademico 1960-61. Cooperativa Libraria Universitaria Torinese-Editrice, Torino, s.a. pp. 165 y ss.

rentes, el *hecho del Derecho*, su *existencia* (que es algo verificable por la experiencia) y el tema de su *valor*. Éste constituye un problema metafísico carente de relevancia para la ciencia⁶.

Desde estos supuestos se explican la concepción positivista del Derecho, el problema de su validez, la significación de la coacción como elemento esencial del Derecho y la reducción del Derecho a regla técnica.

A) *La concepción positivista del Derecho*

Para el positivismo jurídico el Derecho es un “hecho”, un sistema de reglas de conducta y organización cuyo contenido (infinitamente variado) es irrelevante, indiferente, desde el punto de vista jurídico⁷, y cuyo rasgo fundamental, constitutivo, es la coercibilidad (posibilidad de imponer el Derecho mediante el ejercicio de la fuerza)⁸.

B) *El problema de la validez del Derecho*

La concepción “avalorativa” del Derecho defendida por el positivismo jurídico le lleva a plantear de un modo peculiar el tema de la validez del Derecho. Esa peculiaridad consiste en la distinción entre *valor* y *validez*.

El valor es una categoría material que pertenece al ámbito de la metafísica y plenamente coherente con la concepción iusnaturalista del Derecho. La idea de valor referida al Derecho equivale a justicia. De ahí que para el iusnaturalismo una norma para ser válida ha de ser justa. Por el contrario la idea de *validez*, según el positivismo,

⁶ WELZEL, H. *Op. cit.* pp. 183 y ss.; BOBBIO, N. *Op. cit.* pp. 165 y ss. y 316.

⁷ Vid. KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. esp. de E. García Maynez, 2^a. Ed. 5^a. Reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, p. 133; BOBBIO, N. *Op. cit.* pp. 179 y ss.; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 86 y 87.

⁸ BOBBIO, N. *Op. cit.* pp. 183 y ss.; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 88 a 90, 96 y ss., 100 y 118.

constituye una categoría lógico-formal, independiente del posible contenido de la norma jurídica, y vinculada solamente al mundo de los “hechos”.

Esos hechos consisten en la existencia, dentro del orden jurídico-político, de un sistema previamente constituido de *fuentes formales del Derecho* (establecimiento de los órganos con competencia para crear Derecho y de los procedimientos a través de los cuales ha de ser creado ese Derecho para ser válido) y el hecho de la pertenencia de la norma al sistema del ordenamiento jurídico⁹. Kelsen resume esta posición en los siguientes términos: “Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase (...). La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello”¹⁰.

C) *Significado de la coacción en el Derecho*

Para el positivismo el fenómeno del Derecho es inseparable de la fuerza o coacción. La coacción es un elemento esencial, constitutivo del Derecho. Como indica Ihering, “la coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del Derecho; una norma jurídica desprovista de coacción jurídica es una contradicción en sí, un fuego que no arde, una luz que no ilumina”¹¹.

La coacción, como elemento esencial del Derecho, no ha sido entendida del mismo modo por todos los autores positivistas. Los diferentes planteamientos del problema dentro del positivismo jurídico pueden resumirse en tres posiciones:

⁹ BOBBIO, N. *Op. cit.* pp. 165 a 170; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 12 y ss., 84 a 86 y 91.

¹⁰ KELSEN, H. *Op. cit.* p. 133.

¹¹ IHERING, R. VON, *El fin en el Derecho*, cap. VIII, 2, 8, J, trad. esp. de D. Abad de Santillán, Estudio preliminar de J. L. Monereo Rodríguez, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 224 y 225.

- a) El Derecho es un conjunto de normas cuya eficacia está garantizada por el uso de la fuerza (*coacción*) (R. Von Ihering y J. Austin). La coacción es aquí la *garantía* del Derecho.
- b) El Derecho como sistema de normas cuya función consiste en regular el uso de la fuerza, en régimen de monopolio, por parte del Estado (K. Olivecrona y A. Ross). La coacción es para esta posición doctrinal el *objeto* del Derecho.
- c) La identificación entre Derecho y fuerza al concebirse el Derecho como sistema de normas coactivas (H. Kelsen). En este supuesto la coacción, la fuerza, constituye el *contenido* mismo del Derecho¹².

D) *El Derecho como regla técnica*

Consecuencia lógica de los supuestos positivistas y de su desarrollo doctrinal fueron el desplazamiento y suplantación de la *ética* (justicia, bien) por la *técnica* (utilidad, eficacia) y la configuración del Derecho como una mera regla técnica. Según este planteamiento el Derecho constituye un aparato de fuerza, integrado por reglas técnicas, cuya función esencial es la ordenación y control coactivos de la vida social para garantizar la existencia y el desenvolvimiento de la sociedad¹³. El Derecho aparece así desprovisto de toda connotación ética y reducido a un sistema

¹² BOBBIO, N. *Op. cit.* pp. 191 y ss., 195 y ss.; *Contribución a la Teoría del Derecho*, Ed. A cargo de A. Ruiz Miguel, Ed. Debate, Madrid, 1990, pp. 325 y ss.; LUMIA, G. *Principios de Teoría e ideología del Derecho*, trad. esp. de A. Ruiz Miguel, Ed. Debate, Madrid, 1991, pp. 19 y 20; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 87 a 90, 96 a 100 y 118. PÉREZ LUÑO, A. E. *Teoría del Derecho*, (Una concepción de la experiencia jurídica), Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 159 y 160.

¹³ Vid. KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, (Introducción a la Ciencia del Derecho) (1^a ed.), trad. esp. de M. Nilve, 30^a ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1944, pp. 72 y ss., 74 y ss.; *Teoría Pura del Derecho*, (2^a ed.), trad. esp. de la 2^a. Ed. Alemana por R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pp. 46 y ss.; *El Derecho como técnica social y específica*, en el vol. “¿Qué es Justicia?”, Edición y trad. de A. Casalmiglia, Ed. Ariel, Barcelona, 1982, en especial, pp. 152 y ss., 158 y ss.; LUMIA, G. *Op. cit.* pp. 15 a 18.

de reglas técnicas y coactivas que pueden asumir como propio cualquier contenido con independencia del juicio moral que nos merezca¹⁴.

Cabe advertir que dentro de la concepción del Derecho como técnica de ordenación y control social puede continuar hablándose de *justicia* pero ésta —desprovista de toda dimensión ética— aparece en este contexto desvirtuada, degradada y reducida a una *categoría puramente formal*: la justicia significa aquí la simple adecuación del obrar a la ley, la mera legalidad: justo es lo conforme a la ley e injusto lo que se aparta de ella o la contraviene¹⁵.

II. RAZONES Y LÍMITES DEL POSITIVISMO Y DEL IUSNATURALISMO. HACIA UNA CONCEPCIÓN INTEGRAL DEL DERECHO

1. *Crítica del positivismo jurídico*

A) *Aspectos positivos*

La teoría del Derecho actual debe al positivismo jurídico, con todas las limitaciones que se quieran, valiosas aportaciones conceptuales y metodológicas, sobre todo en los ámbitos de la Teoría General del Derecho, de la Dogmática jurídica, la Historia del Derecho y la Sociología jurídica. Entre sus aportaciones cabe destacar:

- a) La concepción del Derecho como ordenamiento así como la fijación de las notas del mismo, estudiando su significación y sus límites.
- b) El análisis, investigación y construcción de una serie de conceptos y categorías jurídicas fundamentales, esenciales —a pesar de las observaciones críticas que se puedan hacer— para la comprensión y estu-

¹⁴ Vid. KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit. p. 133; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 30 y ss.

¹⁵ Vid. BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*, cit. pp. 179 y ss.; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 154 y 155.

dio del fenómeno jurídico. Entre ellas deben señalarse: las nociones de Derecho, norma jurídica, sujeto de Derecho, relación jurídica, deber jurídico, derecho subjetivo, sanción jurídica, etc.

- c) El análisis y estudio de la significación y funciones de la fuerza (coacción) en el Derecho.
- d) Desde el punto de vista epistemológico y metodológico —y no obstante sus excesos y limitaciones— la rigurosa y elegante construcción de la Ciencia jurídica dogmática y de la Teoría General del Derecho.
- e) Desde la perspectiva de la Filosofía jurídica el haber estudiado y subrayado la importancia y la significación de la seguridad jurídica como fin del Derecho.

B) *Aspectos negativos*

Entre las insuficiencias y limitaciones con las que el positivismo jurídico ha lastrado a la Teoría y a la Filosofía del Derecho podemos indicar:

- a) Su ceguera axiológica que le llevó —negando cualquier tipo de dimensión ética en el Derecho— a la identificación reduccionista del Derecho con el Derecho positivo y de éste con su *positividad* entendida ésta como validez dogmática y/o eficacia¹⁶.
- b) Consecuencia lógica y necesaria de dicha ceguera axiológica fue también su concepción puramente formal de la justicia, identificando la justicia con la mera legalidad¹⁷.
- c) La insuficiencia de la seguridad jurídica y de la justicia como simple legalidad para satisfacer el ansia, la necesidad vital que el hombre siente de trascender lo puramente fáctico y el vacío de lo meramente

¹⁶ KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, (1^a ed), cit. p. 35; ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. esp. de G. R. Carrión, 5^a ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, pp. 34, 55 y ss., 64 y ss.; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 147 y 148.

¹⁷ GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 27 y ss.

formal, para encontrar un criterio axiológico de legitimidad que oriente con certeza su pensamiento y su obrar en el ámbito de lo político, lo jurídico y lo social. Se trata, en definitiva, de encontrar un valor o norte axiológico (justicia material) en función del cual pueda analizar críticamente el orden social, jurídico y político en el que desenvuelve su existencia y encontrar los criterios firmes que puedan legitimarlo¹⁸.

2. Crítica del iusnaturalismo

A) Clases de iusnaturalismo

A la hora de valorar críticamente la significación del iusnaturalismo hay que partir del carácter polisémico del término y distinguir —aparte de las diferentes formulaciones y clasificaciones del mismo que se han dado a lo largo de la historia— entre iusnaturalismo radical y iusnaturalismo moderado.

- a) Para el *iusnaturalismo radical* las ideas de lo justo (*ius*) y de la justicia (*iustitia*) constituyen elementos esenciales, constitutivos del Derecho. De ahí que, según Tomás de Aquino, la ley (la ley humana que se opone a la ley natural) “no es ley, sino corrupción de ley”, aunque por motivos de conveniencia y utilidad social y política entienda que en determinados casos, y con el fin de evitar un mal mayor, deba obedecerse a la ley injusta¹⁹. En esta misma línea de pensa-

¹⁸ En relación con esto observa E. GARCÍA MAYNEZ: “Aun cuando el poder público no haga depender la obligatoriedad de sus mandatos del asentamiento de los particulares, ni acepte que la validez de aquellos sea juzgada a la luz de criterios de orden material, el carácter normativo que atribuye a sus prescripciones necesariamente lo induce a presentarlas como encarnación de la justicia. Es éste el más importante de los supuestos axiológicos de la vigencia. No debe, por ende, parecer extraño que incluso los régimenes de tipo dictatorial más acentuado tengan la pretensión, pregonada siempre, de que su derecho es un orden justo”. *Op. cit.* p. 173.

¹⁹ AQUINO, T. de, *Summa Theol.*, I-II, q. 95, art. 2.

miento, pero de forma más tajante si cabe, Leibniz afirma que el enunciado “Derecho justo” constituye un pleonasio y la expresión “Derecho injusto” implica una contradicción²⁰.

- b) El *iusnaturalismo moderado*, con un sentido más realista de las cosas, entiende que el Derecho, aun cuando aspire y se esfuerce en realizar el valor de la justicia, en cuanto obra humana que es, siempre contendrá imperfecciones, injusticias. Un Derecho positivo rigurosamente justo ni ha existido, ni existe, ni existirá jamás. El Derecho positivo se debate así, en el curso de su existencia, en una tensión dramática entre lo que “debe ser” y lo que de hecho “llega a ser”, en cada momento.

El Profesor Legaz Lacambra supo captar y formular esa tensión trágica que palpita en todo el Derecho positivo al concebir el Derecho como “un punto de vista sobre la justicia”. Ello significa, explica Legaz, que “todo Derecho es justo, en tanto que es la traducción de un determinado ideal de justicia (...), pero todo Derecho es injusto (entre otras razones), porque el ideal (de justicia) supera eternamente a sus realizaciones, y éstas, comparadas con aquél, parecen injustas”²¹. La clave de ello hay que situarla en la limitación de la capacidad humana para contemplar y aprehender en su plenitud el mundo de los valores en general y el de la justicia en particular. Hartmann ha hablado en este sentido de una “estrechez de la conciencia valórrativa” (una “*Enge des Wertbewusstseins*”) del hombre que le impide una cabal y plena comprensión del mundo objetivo de los valores²².

Desde estos supuestos se puede hablar con toda legitimidad de un *iusnaturalismo moderado* que cree en la exis-

²⁰ LEIBNIZ, G. W. *Escritos de Filosofía jurídica y política*, trad. esp. de J. M^a. Atienza Páez, y ed. de J. Salas Ortueta, Editorial Nacional, Madrid, 1984, pp. 86, 125 y ss., 132 y ss.; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 128 y ss.

²¹ LEGAZ Y LACAMBRA, L. *Filosofía del Derecho*, 1^a. Ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953, pp. 460 y 461. Véanse las pp. 458 y ss. y 465 y ss.

²² Vid. TRUYOL Y SERRA, L. *Op. cit.* p. 26; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* p. 172.

tencia de unos principios objetivos de justicia en función de los cuales puede justificarse razonablemente un orden de vida social y, al mismo tiempo, someterlo a crítica para hacer posible e impulsar su desarrollo y perfeccionamiento²³. Se trata, como indica Pérez Luño, de un iusnaturalismo moderado o crítico que “no niega la juridicidad del Derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su sustitución por un orden jurídico justo”²⁴.

B) *Aspectos negativos del iusnaturalismo:
el iusnaturalismo radical*

Frente al planteamiento del iusnaturalismo radical cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) La imperfección connatural a todo Derecho positivo en cuanto obra humana. La “estrechez de la conciencia valorativa” (*die Enge des Wertbewusstseins*) del hombre, de la que hablaba Hartmann, hace, como se ha indicado, que todo Derecho positivo, en cuanto creación humana no puede realizar de forma plena, absoluta, el valor de la justicia. Todo Derecho positivo adolece de carencias ético-materiales en su contenido y de limitaciones y defectos de carácter formal, imperfecciones todas que constituyen diferentes formas de injusticia.
- b) La justicia no es un valor exclusivo del Derecho sino un ideal axiológico que el Derecho comparte con la Moral pues ambos sistemas normativos exigen, si bien de forma diferente, la práctica, la realización de la justicia.

²³ Vid. DELGADO PINTO, J. *Los problemas de la Filosofía del Derecho en la actualidad*, en “La Filosofía del Derecho en España”, en “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, Núm. 15, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Granada, 1975, p. 26.

²⁴ PÉREZ LUÑO, A. E. *En torno a la fundamentación iusnaturalista de los Derechos Humanos*, en “Revista de Ciencias Sociales”, Núm. 41, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, 1996, p. 241.

- c) El contenido de todo Derecho positivo no posee una naturaleza puramente ética sino plural, heterogénea y cambiante. En el Derecho positivo se da un continuo trasiego —*entradas y salidas*— de contenidos de la más diversa naturaleza. Por esta razón, y respecto del contenido del Derecho, se pueden distinguir dos clases o tipos de contenidos:
- Los contenidos *específicamente jurídicos*, que son aquéllos que, de ordinario y con carácter permanente, aparecen en todos o en casi todos los Derechos: el castigo de determinados contenidos tipificados como delictivos (homicidio, robo, fraude...), la regulación de ciertas relaciones contractuales (compraventa, arrendamiento, transporte...), la responsabilidad subjetiva u objetiva por daños imputables al sujeto responsable, etc.
 - Los *contenidos circunstancial o accidentalmente jurídicos*. Se trata aquí de materias cuya regulación, dada su naturaleza, no correspondería al Derecho sino a otros sistemas normativos (religión, moral, usos sociales...). Así acontece cuando el Derecho, por razones extrajurídicas (políticas, religiosas, morales...) se ocupa del castigo de la blasfemia, de la herejía, del perjurio, del adulterio, etc. También cuando el Derecho entra a regular usos suntuarios y otras prácticas sociales que por su naturaleza caen fuera del ámbito de lo estricta o razonablemente jurídico.
- d) La identificación del contenido del Derecho con la justicia tropieza también con un grave *problema práctico*. Este es el siguiente:
- Toda consideración de lo que es justo o injusto implica un “juicio de valor” de difícil verificación y que rara vez puede concitar unanimidades. Casi siempre lo que a uno le parece justo otro puede desestimar como injusto. Resultado de esto es la ausencia de certeza —al menos respecto a un gran número de cuestiones— acerca de lo que es justo e injusto y, como consecuencia de

ello, la falta de certeza, de seguridad, sobre si una determinada norma X es válida y por tanto obliga y debe ser obedecida o si, por el contrario, dicha norma, a causa de su injusticia, es invalida y no obliga y, por tanto, no tiene que ser obedecida.

- Ante la dificultad de conocer con certeza qué es lo justo y qué lo injusto Radbruch, a principios de los años treinta, vio la solución en cortar ese nudo gordiano recurriendo a la espada de la *seguridad jurídica* que exige la positividad del Derecho. Escribe Radbruch: “Si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico, y eso sí, por una magistratura que esté en situación de hacer cumplir lo establecido (...Y añade luego:) es más importante la existencia de un orden jurídico que su justicia y finalidad; estas últimas son las grandes tareas secundarias del Derecho, la primera, consentida igualmente por todos, es la seguridad, es decir, el orden, la paz”²⁵.

²⁵ RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de J. Medina Echevarría, (1^a ed), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 96. Más adelante insiste Radbruch en la misma dirección: “Si nadie es capaz de fijar lo que es justo, alguien tiene que establecer lo que debe ser Derecho, y si el Derecho establecido debe cumplir la función de poner un término a la pugna de las concepciones jurídicas contrapuestas por medio de un fallo de poder autoritario, hay que otorgar el establecimiento del Derecho a una voluntad que sea capaz de hacerlo cumplir en contra de toda concepción jurídica que se le oponga”. *Ibid.* pp. 108 y 109. Reitera Radbruch, en una obra posterior: “El problema del fin del Derecho, planteado por relación a los bienes éticos, tenía que desembocar necesariamente en el relativismo. Y en la imposibilidad de definir el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con estatuirlo, por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para imponer lo estatuido. No es otra la justificación del Derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica sólo puede ser cumplida mediante la positividad del Derecho”. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de W. Roces, 4^a. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 39 y 40. Vid. GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 172 y 173. Sobre la posición filosófica de Radbruch entre los años treinta y cuarenta véase el interesante estudio de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Gustav Radbruch visto por Arthur Kaufmann*, en “Persona y Derecho”, (Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos), Núm. 47, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2002, en especial las pp. 74 y ss.

Consecuencia lógica del planteamiento de Radbruch es el desplazamiento del valor de la justicia por el de la seguridad, lo cual desemboca en una concepción positivista del Derecho. Se trata pues de un proceso que desplaza y sustituye el criterio de validez ético-material (*justicia*) por un criterio de validez puramente formal y técnico (*seguridad jurídica*)²⁶.

C) *Aspectos positivos del iusnaturalismo:
el iusnaturalismo moderado*

Desde el *punto de vista ético-material* el iusnaturalismo moderado cree en la existencia de unos principios objetivos de justicia en función de los cuales —aunque no puedan ser aprehendidos y realizados en su plenitud sino sólo de un modo imperfecto y parcial, como ya se ha indicado— puede justificarse razonablemente el orden de la vida social (política y jurídica) y, al mismo tiempo, ser sometido a crítica para hacer posible e impulsar su desarrollo y perfeccionamiento, mediante la progresiva realización del valor de la justicia, dotando al orden social de cohesión, paz y estabilidad.

Desde una *perspectiva técnico-formal* el iusnaturalismo moderado pone de relieve la fecundidad que un análisis y estudio riguroso del valor de la justicia entraña para conocer el fundamento y la estructura formal del Derecho. En el estudio de la justicia y de sus notas constitutivas encontramos los supuestos adecuados para plantear y resolver muchos problemas de la estructura y dinámica técnico-formal del Derecho.

La justicia tiene como notas constitutivas la alteridad, el débito y la igualdad.

La *alteridad* significa:

- 1º. Que la justicia tiene por objeto la regulación y determinación de lo que corresponda a otro (*alter*) como propio, como su derecho (*ius*).

²⁶ Vid. GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* p. 174.

- 2º. Que la realización de la justicia implica una efectiva conducta, un *comportamiento externo*, mediante el cual se pone en poder del otro lo que es suyo.

Para cumplir con la justicia no basta con la intención o deseo, es necesario el acto externo mediante el cual se alcanza el ámbito de los derechos personales del otro.

El *débito* supone que la justicia implica una relación de deuda (*debitum*) en virtud de la cual un sujeto tiene en su poder —como consecuencia de las complejas relaciones que implica la vida social (hechos, actos, negocios jurídicos)— algo que no le corresponde a él (que no es suyo sino de otro) por lo cual está obligada a entregarlo a su legítimo titular.

La igualdad como nota de la justicia constituye el criterio, la medida, mediante la cual ha de determinarse el alcance, la cuantía de lo debido a otro como suyo, como su derecho. La determinación de lo que corresponde a cada sujeto como su derecho es siempre el resultado de un cálculo, de una medición. La medida de ello, según la justicia, es la igualdad.

Desde los supuestos de las notas esenciales, constitutivas, de la justicia pueden explicarse, comprenderse y fundamentarse determinados rasgos o notas fundamentales del Derecho. Así, por ejemplo, el carácter general y abstracto de la norma jurídica, la obligatoriedad del Derecho, la posibilidad y fundamentación tanto del derecho subjetivo como de la coercibilidad del Derecho, etc.

- a) *Respecto del carácter general y abstracto de la norma jurídica* cabe indicar, desde un punto de vista puramente técnico y pragmático, que ello (la generalidad y abstracción de la norma) es algo que permite simplificar, facilitar y agilizar el ejercicio del poder y el conocimiento y aplicación del Derecho, haciendo posible y potenciando la eficacia del Derecho en su tarea de ordenación y control de la vida social²⁷.

²⁷ Vid. MONTORO BALLESTEROS, A. *Significación y límites del carácter general y abstracto de la norma jurídica*, en el vol. "Filosofía y Derecho", (Estudios en

Ahora bien, desde el plano más profundo de la reflexión filosófica, de la ética, la generalidad y abstracción de la norma se configura como una exigencia lógica de la justicia (que implica igualdad) y de la seguridad jurídica (que en el fondo, no es más que un componente, un ingrediente necesario de la justicia)²⁸ ponderadas y limitadas por los requerimientos de la equidad, en cuanto justicia del caso concreto²⁹.

- b) El tema de *la obligatoriedad de la norma jurídica* ha de plantearse y entenderse en función del valor de la justicia, componente esencial del bien común, y en la cual el Derecho encuentra el fundamento último de su validez, de su legitimación. El Derecho vale y obliga, en última instancia, por su vinculación al valor de la justicia y su ordenación al bien común.

Ahora bien, concretando más el tema tenemos que la obligatoriedad de la norma jurídica nos remite al débito (*debitum*) en cuanto elemento esencial y constitutivo de la justicia. El débito hace referencia a la relación de deber u obligación de una persona para con otra u otras. De ahí que la *idea de deber jurídico*, en cuanto categoría fundamental, esencial, del Derecho,

honor del Profesor José Corts Grau), Tomo II, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, Valencia, 1977, pp. 5 y ss.; *Poder y formas del Derecho*, (La tensión entre variedad y uniformidad en el Derecho), “Revista de las Cortes Generales”, Núm. 56, segundo cuatrimestre, Madrid, 2002, pp. 95 y ss.

²⁸ Entre *justicia y seguridad jurídica* existe una vinculación esencial en el sentido de que la seguridad jurídica no es un valor independiente y separado de la justicia sino un elemento constitutivo de la misma. Subrayando esta idea cabe afirmar:

1. *La seguridad puede existir sin justicia*. Puede haber situaciones seguras (la del esclavo, la del prisionero injustamente encarcelado) pero injustas.

2. *La justicia no puede existir sin la seguridad*. Constituyendo la seguridad una exigencia fundamental de la naturaleza humana (un derecho natural de la persona) en orden a su plena realización, en la medida en que una situación es insegura, y por el mero hecho de serlo, es ya injusta. Sobre esta cuestión véase nuestro libro *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, en especial las pp. 248 y ss.

²⁹ Vid. MONTORO BALLESTEROS, A. *Significación y límites del carácter general y abstracto de la norma jurídica*, cit. pp. 7 y ss., 12 y ss.; *Poder y formas del Derecho*, cit. pp. 96 y ss.

encuentre su raíz y el fundamento mismo de su existencia en la justicia, en su nota de débito³⁰.

La justicia tiene como objeto o tarea propia la regulación del obrar del hombre en relación con las cosas debidas a otro (o a otros) como propias, como suyas. De ahí resulta la obligatoriedad de las normas jurídicas, del Derecho, en cuanto éste tiene como fin perfeccionar el orden de la vida social según las exigencias de la justicia (que implica, como elemento constitutivo de la misma, la seguridad jurídica), condición mínima e indispensable para establecer y garantizar el orden y la paz social (*pax opus iustitiae*).

- c) Las ideas de alteridad y débito en cuanto notas de la justicia hacen posible y legitiman la *exigibilidad de la deuda de justicia* por parte del titular del débito. De ahí que el *derecho subjetivo*, en cuanto facultad o poder reconocido a un sujeto por el Derecho para exigir de otro un determinado comportamiento (el cumplimiento de un deber u obligación jurídicos), halle también su fundamento ético último en la justicia³¹.
- d) *La coercibilidad del Derecho* encuentra asimismo su posibilidad y justificación en la justicia. Dicha posibilidad y justificación se fundamenta en la alteridad y en el débito en cuanto notas constitutivas de la justicia.

La realización de la justicia, en virtud de su nota de *alteridad*, implica siempre un comportamiento externo mediante el cual el obligado por la justicia da a otro lo suyo, su derecho. Ello puede llevarse a cabo de dos formas: voluntariamente y coactivamente,

³⁰ Vid. MONTORO BALLESTEROS, A. *Notas para una Teoría del deber jurídico*, en "Liber amicorum Antonio Fernández-Galiano", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995, en especial pp. 604 y ss.

³¹ MONTORO BALLESTEROS, A. *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho, cit.* pp. 142 y ss. El estudio de dicha idea aparece más desarrollada en nuestro libro, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*. Prólogo de Rodríguez Fernández-Carvajal, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1983, pp. 100 y ss., 106 y ss.

cuando no media la libre voluntad del obligado. Interesa insistir en la posibilidad material de que el comportamiento externo pueda llevarse a cabo de manera forzada.

A la vista de todo esto tenemos, de un lado, que la alteridad, en cuanto nota de la justicia, y el comportamiento externo que ella implica, constituyen el supuesto ontológico que *hace posible* la coacción en el Derecho. De otro lado, y más allá de la coacción posibilitada por la alteridad, tenemos que el débito (*debitum*), en cuanto nota de la justicia, no sólo permite y fundamenta la exigibilidad de la deuda de justicia (posibilidad del derecho subjetivo) sino que asimismo, cuando esta deuda no es satisfecha de forma voluntaria, permite también y legitima el uso de la fuerza (coacción) para hacer efectiva la realización de la justicia³².

3. *Hacia una concepción integral del Derecho*

Para una plena comprensión del problema debemos partir del supuesto de que *el Derecho* constituye un *fenómeno histórico-cultural* y, por tanto, una *síntesis de valor y realidad*. Como indica M. E. Mayer, “la cultura no es sólo realidad ni sólo valor, sino la unidad de uno y otro. La cultura —añade— es una realidad transformada en realidad valiosa, en valor convertido en real”³³.

El entendimiento del derecho como fenómeno histórico-cultural (síntesis de valor y realidad, insistimos) implica la necesidad del abandono y la superación de las tesis radicales que suponiendo incompatibles y excluyentes las ideas del Derecho natural y Derecho positivo reducen la esencia del Derecho, bien a la *eticidad* (iusnaturalismo),

³² Vid. MONTORO BALLESTEROS, A. *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, cit. pp. 68, y 141 a 143.

³³ MAYER, M. E. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de la 2^a ed. alemana de L. Legaz Lacambra, Ed. Labor, Barcelona, 1937, pp. 80 y 81. Véanse las pp. 75 y ss. Véase mi *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, cit. pp. 17 y ss.

bien a la *positividad* (positivismo jurídico)³⁴. El Derecho, en cuanto fenómeno histórico-cultural, será siempre, desde el punto de vista ontológico, una síntesis de valor y realidad empírica, de Derecho natural y Derecho positivo, existiendo en todo momento una continuidad y unidad lógica y ontológica entre Derecho natural y Derecho positivo³⁵. Iusnaturalidad e iuspositividad no constituyen, pues, categorías absolutas e independientes sino que son dos aspectos o dimensiones constitutivas de esa realidad que es el Derecho³⁶. Por ello mismo pudo escribir Aristóteles, al hilo de su reflexión sobre la justicia: “Lo justo político (*politikon dikaion*) (esto es, lo que es vivido y sentido como justo en la polis) se divide en natural (*physikon dikaion*) y legal (*nomikon dikaion*). Lo justo natural es lo que tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de que lo parezca o no; lo justo legal es aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo (... y añade luego); las cosas que no son justas por naturaleza sino por convenio humano no son las mismas en todas partes, puesto que no lo son tampoco los regímenes políticos”³⁷.

Desde estos supuestos la estructura ontológica del Derecho aparece integrada por tres dimensiones constitutivas: la *legitimidad*, la *positividad* y la *eficacia*.

A) *La legitimidad*

Esta dimensión está constituida por un conjunto de principios y valores, ideas y creencias, en virtud de los cuales el Derecho pretende regular y ordenar, perfeccionándolo, un sector de la vida social. Se trata del momento de la iusnaturalidad o eticidad que constituye el

³⁴ Vid. GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 145, 147 y 148.

³⁵ TRUYOL Y SERRA, A. *Op. cit.* pp. 34 y ss. Véanse también las pp. 22, 23, 31 y 32.

³⁶ Vid. GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 150 y ss.

³⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Lib. V, cap. 7, 1134b. Véase también su *Retórica*, Lib. I, cap. 10, 1368b, 6-10.

fundamento último de la obligatoriedad o validez intrínseca de las normas jurídicas. La legitimidad es el momento de la *validez filosófica del Derecho*.

B) *La positividad*

Las ideas y valores que integran el momento de la legitimidad poseen una vocación o pretensión de vigencia aspirando a cristalizar en normas concretas de ordenación y comportamiento de la vida social. Ello lo alcanza el Derecho cuando se concretan los contenidos y exigencias de la legitimidad en normas positivas de Derecho. La *positividad* constituye la segunda fase o dimensión ontológica del Derecho. La positividad instituye el momento de la *validez dogmática del derecho*.

C) *La eficacia*

La eficacia del Derecho constituye el tercer momento del proceso ontológico de la génesis, constitución y realización del Derecho. Significa que la orden de validez (“deber ser”) en que la normatividad del Derecho positivo consiste se ha cumplido, se ha realizado porque sus normas son voluntaria o coactivamente habitualmente cumplidas por los sujetos obligados a ello. En virtud de la eficacia el Derecho, que consistía en la mera formulación dogmática de un “deber ser” ideal, alcanza una dimensión sociológica, fáctica. La doctrina habla aquí de *validez sociológica*, empírica o fáctica, que marca el momento final, culminante, de la plenitud ontológica del Derecho³⁸.

A la vista de lo indicado parece que desde un punto de vista rigurosamente científico, filosófico, atento a la contemplación y al estudio de la realidad jurídica (cultural en este caso) tal como es, lo correcto debe ser el abando-

³⁸ Vid. MONTORO BALLESTEROS, A. *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, cit. pp. 78 a 86; GARCÍA MAYNEZ, E. *Op. cit.* pp. 143, 144, 159, 160, 162, 167, 170 y ss.

no y la superación de los planteamientos extremos y excluyentes del iusnaturalismo y el iuspositivismo radicales que sólo ofrecen una visión parcial y reduccionista del Derecho. Ese reduccionismo estriba, como ya se ha indicado, en tratar de entender el Derecho de forma exclusiva en función de su *eticidad* (justicia) o en función de su *positividad* (seguridad jurídica, forma técnica, coercibilidad). Frente al falso dilema iusnaturalismo-iuspositivismo se impone, porque así lo exige “la naturaleza de las cosas”, una “tercera vía”, una tercera posición totalizante e integradora, capaz de llevar a cabo una comprensión del Derecho en su plenitud ontológica, en donde se unan, integren y complementen las dimensiones *ético-material* del iusnaturalismo y *técnico-formal* del iuspositivismo; una comprensión del Derecho en donde se concilien y complementen —en virtud de la unidad radical del ser— la consideración de los contenidos y fines sustanciales del Derecho (*ontología material*) con el análisis de su estructura y formas lógicas y técnicas (*ontología formal*). Se trata en definitiva de desvelar y estudiar, de un lado, cómo la estructura y las formas lógicas y técnicas del Derecho son en gran medida exigencias de los fines y de los contenidos sustanciales del Derecho (exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica —factor integrante de la primera— en cuanto fines del Derecho). De otro lado, ha de estudiarse cómo los fines y los contenidos sustanciales del Derecho se encuentran, al mismo tiempo, potenciados y limitados por la estructura y las formas lógicas y técnicas, ontológicas que el Derecho, en orden a la fijación y concreción de su existencia, en el espacio y el tiempo (positivación), tiene que asumir. Ello significa que los fines reales que el Derecho cumple en cada momento están, al mismo tiempo, potenciados y limitados por el grado de desarrollo y perfección que alcancen sus estructuras y formas técnicas.

Todo esto supone que en la compleja realidad total del Derecho lo *ético* (material) y lo *técnico* (formal) se configuran como dos dimensiones necesarias y constitutivas del mismo.

III. ÉTICA Y TÉCNICA COMO DIMENSIONES CONSTITUTIVAS DEL DERECHO

1. *Introducción*

Frente a la tesis de signo *iusnaturalista radical* de entender el Derecho como norma de contenido ético al servicio de la justicia y la posición *iuspositivista* de concebir el Derecho como un sistema de reglas técnicas (cuya finalidad y función es la ordenación y control coactivo de la vida social) es preciso tener presente y volver a meditar sobre la compleja naturaleza del Derecho.

El Derecho, considerado en su plenitud ontológica (síntesis de Derecho natural y Derecho positivo) posee dos dimensiones esenciales que hay que tener muy en cuenta: su dimensión o contenido material y su estructura formal, lógica y técnica.

El *contenido material* del Derecho, lejos de poseer un carácter exclusivamente ético, por el contrario dicho contenido es muy complejo y variado. El profesor Truyol y Serra, advertía ya en sus clásicos *Fundamentos de Derecho natural* que “no todo el Derecho positivo realiza postulados de justicia; sino que en muchas de sus partes intervienen consideraciones de utilidad y conveniencia colectivas, si bien cuando la materia sea de suyo indiferente. Casos típicos de preceptos jurídico-positivos de esta índole son instituciones como la prescripción, la autoridad de la cosa juzgada, las reglas de la circulación. (Y añade): En tales materias, es de todo punto imprescindible que una instancia humana establezca autoritariamente aquello que debe hacerse u omitirse. Es entonces la imposición del legislador la que produce la obligación, la que convierte a tal o cual acto en acto debido”³⁹. En el mismo sentido, y algunos años después, volvía a insistir el Profesor J. M.^a. Rodríguez Paniagua en la misma idea, al escribir: “la mayor parte del contenido del Derecho no viene dada directamente por los ideales del mismo, sino por la determinación de los me-

³⁹ TRUYOL Y SERRA, A. *Fundamentos de Derecho Natural*, cit. p. 33.

dios (técnica) que se consideran más apropiados para conseguirlos. Y en esa determinación entran en juego discusiones y variaciones de opinión, que no son sólo de carácter político o ideológico sino también de carácter científico o técnico”⁴⁰.

La estructura y formas del Derecho tienen una significación puramente técnica, lo cual no impide, como ya se ha indicado, que dichas estructuras y formas técnicas, en determinadas ocasiones, aparezcan condicionadas por las exigencias de los contenidos éticos del Derecho (justicia y seguridad jurídica). Así sucede, como ya hemos visto, con el tema del carácter general y abstracto de la norma jurídica y con la estructura y dinámica de ciertas instituciones jurídicas, como el proceso, al cual haremos referencia luego.

2. *Ética y técnica en el Derecho*

El Derecho, como se ha indicado, constituye un sistema normativo de carácter complejo en cuyo contenido y estructura se combinan y complementan una pluralidad de elementos.

De ello, y por lo que a nuestro estudio se refiere, interesa destacar los constituidos por la ética y la técnica.

A) *Derecho y ética: la ética en el Derecho*

La ética está patente en el contenido y en la función de determinadas normas cuyo fin inmediato y fundamental consiste en el reconocimiento, concreción y protección de determinados valores y contenidos éticos. Así, por ejemplo, los derechos fundamentales de las personas y, en conexión con ellos, el reconocimiento, concreción y garantías de la justicia y de la seguridad jurídica, en cuanto fines del Derecho. Dichos valores y contenidos éticos inciden, penetran

⁴⁰ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^a. *Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho*, 3^a. Ed. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1988, pp. 56 y 57.

y conforman la estructura y el funcionamiento de determinadas instituciones jurídicas. Así sucede, por ejemplo, como ya adelantábamos, en la institución del proceso judicial, donde la justicia y la seguridad jurídica inspiran y determinan principios fundamentales del mismo⁴¹.

En estos supuestos en los que las normas reconocen, concretan y garantizan derechos fundamentales y otras exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica, parece que puede hablarse con toda propiedad de la naturaleza ético-jurídica de las mismas.

B) *Derecho y técnica: la técnica en el Derecho*

La articulación y funcionamiento del orden social y del Derecho precisan también de la técnica. Se trata aquí de la necesidad de que en la vida y dinámica del Derecho existan reglas cuyo contenido y función, por su específica naturaleza, pertenezcan al ámbito de lo técnico. A este respecto debemos distinguir:

- a) Las normas o reglas jurídicas que integran, en principio, el contenido propio de la *metodología jurídica*, ocupada de los principios y reglas relativos al procedimiento de la legislación, de la interpretación y de la aplicación de las normas jurídicas. Entre estos principios y reglas cabe destacar aquellos elaborados

⁴¹ A este respecto cabe recordar: Constituyen *exigencias de la justicia* en el proceso: 1. La imparcialidad y la independencia del juez así como la limitación de los poderes del juez sobre las partes. 2. Respecto de la situación jurídica de las partes en el proceso encontramos: el derecho a la actividad jurisdiccional, la igualdad de las partes en el proceso, el derecho de recusar a los jueces, el derecho a recurrir las decisiones judiciales, etc.

Son exigencias de la *seguridad jurídica*, entre otras: 1. En relación con el juez: la previa determinación del órgano judicial que ha de resolver el litigio, la sumisión del juez a la ley, la necesidad de fallar siempre. 2. Respecto de las partes: la presencia de estas en el proceso, el conocimiento de su propia situación jurídico procesal, la prueba de la culpabilidad o inocencia conforme a la ley, etc. Sobre esta temática véase MONTORO BALLESTEROS, A. *Conflictos sociales, Derecho y Proceso*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, pp. 57 a 60, 61 a 75 y 77 a 98.

por la doctrina para resolver las antinomias normativas que puedan encontrarse en el ordenamiento jurídico (criterios de jerarquía, cronológico y de especialidad) a la hora de aplicar el Derecho. También hay que citar aquí los principios y reglas metodológicas que han de observarse en la elaboración de la Ciencia del Derecho⁴². A dichas reglas técnicas hay que sumar las que tienen por objeto la elaboración de la ciencia jurídica (Savigny, Ihering...) que se sustancia fundamentalmente en la sistematización e interpretación de las normas jurídicas y en la construcción de los conceptos necesarios para aprehender la esencia y significación de las instituciones jurídicas. Dichas tareas son imprescindibles para el riguroso conocimiento y manejo del Derecho.

Algunas de esas reglas y principios han sido positivados por el legislador y forman parte del Derecho positivo teniendo la naturaleza de normas de carácter indudablemente técnico-jurídico. Piénsese, por ejemplo, en la significación del art. 3º.1 del Código Civil, relativo al método de interpretación de las normas jurídicas.

- b) Existen también en el ordenamiento jurídico normas que, por su contenido y función, poseen una naturaleza eminentemente técnica. Tal es lo que acontece, por ejemplo, con las denominadas por Hart *reglas secundarias* y que comprenden las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación⁴³. Carácter técnico poseen, entre otras, las denominadas normas de organización, de cualificación, las que establecen presunciones y ficciones jurídicas, etc.

⁴² Véanse al respecto las obras de: LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit.; ENGISCH, K. *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. esp. de E. Garzón Valdés, Presentación de Luis García San Miguel, Ed. a cargo de J. L. Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2001; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Teoría de la aplicación y la investigación del Derecho*, (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

⁴³ HART, H. L. A. *El concepto de Derecho*, trad. esp. de G. R. Carrión, (2^a reimpremisión), Buenos Aires, 1992, en especial pp. 116 y ss.

3. *Hacia una síntesis integradora: Ética y técnica como dimensiones constitutivas del Derecho*

La mejor comprensión de las relaciones entre ética y técnica en el Derecho exige partir de una breve referencia a la función paidética del Derecho.

A) *El Derecho como instrumento de educación social*

El Derecho, en contra de lo que pretende el positivismo normativista y sociológico, no puede caracterizarse —porque es inexacto— como un instrumento puramente técnico al servicio del control social. Por su naturaleza y función el Derecho no puede ser considerado como un aparato puramente técnico de control social sino como un sistema de ordenación y perfección de la vida social de acuerdo con determinados valores ético-sociales y cuya función última —como se ha subrayado desde la antigüedad clásica— es de carácter paidético, educativo. El Derecho lleva a cabo esta función a través de un complejo proceso en el que hay que distinguir como momentos o subfunciones del mismo las tareas o funciones directiva, compulsiva (promoción, prevención, disuasión y represión), legitimadora y de integración social⁴⁴.

El control social y la represión naturalmente existen en la dinámica del Derecho pero no integran su objetivo fundamental. Control y represión en la vida del Derecho constituyen sólo momentos específicos dentro de esa amplia y compleja función paidética, educadora, que primordialmente le corresponde al mismo. En este sentido la primera función del Derecho no consiste tanto en reprimir los actos antijurídicos como en procurar, mediante diferentes técnicas, que los ciudadanos interioricen y hagan propios los valores ético-jurídicos que constituyen el momento ontológico de la legitimidad del Derecho y, en función de

⁴⁴ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, A. *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, cit. pp. 104 a 125.

ellos, se acuñe en los ciudadanos una auténtica *conciencia ético-jurídica*. La virtualidad de dicha conciencia debe radicar en que el Derecho no sea obedecido por miedo a sufrir una posible sanción sino, ante todo, porque a la conciencia ético-jurídica del ciudadano le repugnen las acciones contrarias al Derecho y le gratifique la obediencia puntual de sus normas. H. Welzel ha subrayado esta idea al resaltar que en la función educadora del Derecho penal lo primordial no es la protección de lo que él denomina “valor de resultado” sino la defensa y tutela del “valor de acto”; “la protección de los bienes jurídicos —dice Welzel— mediante la protección de los elementales valores de la acción ético-sociales”⁴⁵.

El desarrollo de esa función paidética del Derecho se apoya y articula sobre una compleja y complementaria combinación de normas éticas y reglas técnicas.

B) *Fines, funciones y medios.*
Diferentes tipos de normas

En la estructura y dinámica del Derecho hay que distinguir entre *fines, funciones y medios* como realidades diferenciadas y, al mismo tiempo, como elementos que hacen posible la conexión y coexistencia de la ética y de la técnica en el Derecho.

La ética, la justicia, constituye el fin último al que se ordena el Derecho y donde éste encuentra el fundamento definitivo de su validez, de su legitimidad. La técnica está

⁴⁵ WELZEL, H. *Derecho Penal alemán*, trad. esp. de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 4^a. Ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 5. En otro lugar escribe Welzel: “La misión primaria del Derecho Penal no es la protección más duradera y eficaz de los bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual, de su propiedad, etc. Pues, cuando (el Derecho Penal) entra efectivamente en acción, por lo general ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad”. *Ibid.* p. 3. Véanse también las pp. 3 a 7. Una exposición compendiada de la posición de Welzel puede verse en nuestro *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, T. I, cit. pp. 120 y ss.

integrada por funciones y medios que posibilitan y contribuyen a hacer efectivo el fin supremo del Derecho.

La presencia de la ética y la técnica en el Derecho exige distinguir en la estructura del mismo entre normas éticas y reglas o normas técnicas.

a) Normas ético-jurídicas

Como hemos visto ya, existen normas jurídicas cuyo contenido y finalidad están integrados por los principios y valores ético-jurídicos, sociales y políticos que constituyen el fundamento y el fin último que legitima al Derecho. Dichas normas poseen una indudable *naturaleza y dimensión ética*. Ello sucede incluso en aquellos supuestos en los que bajo la apariencia fría y puramente técnica de determinadas normas administrativas, procesales, fiscales, etc. palpitan y alientan el espíritu y las exigencias de la justicia.

b) Normas técnico-jurídicas

Junto a las normas ético-jurídicas existen también, como se ha indicado, otro tipo de normas (normas de organización, de competencia, de cualificación, etc.) que en la estructura y dinámica del Derecho aparecen caracterizadas no tanto por su contenido (que es éticamente neutro) como por su *función*; por constituir un *instrumento o medio* de carácter técnico al servicio de la realización de los valores y fines supremos del ordenamiento jurídico. Ello significa que el Derecho posee una dimensión técnica que existe y se justifica en función de su finalidad última. De este modo la técnica es sólo un momento dentro del complejo proceso de génesis, constitución, desarrollo, funcionamiento y realización del Derecho.

C) *El lugar de la técnica en el Derecho*

Con todo la función de la técnica en el Derecho es algo intrincado, algo que entraña una gran complejidad. Con el

fin de introducir alguna claridad en el tema cabe plantear el problema del lugar que ocupa la técnica en el Derecho. Simplificando las cosas podemos decir que la técnica en el Derecho puede ser:

- a) *Soporte y forma constitutiva del Derecho.* La técnica, bajo la forma del lenguaje, constituye el medio indispensable para la formulación lingüística de la norma jurídica. El Derecho, tanto en su existencia como en su forma, se hace patente a través de enunciados lingüísticos que poseen una significación técnica.
- b) *Medio o instrumento para la interpretación y aplicación del Derecho.* Se trata de normas que por su contenido y función poseen un carácter técnico pero que existen y se justifican, en última instancia, por su ordenación y servicio a los valores y fines éticos del Derecho. Pensemos en las normas que tienen por misión la organización y el funcionamiento eficiente de determinadas instituciones jurídicas o del sistema jurídico en general; en las normas que tienen por objeto (a partir del reconocimiento y protección por el Derecho de determinados principios y valores éticos) el desarrollo, la interpretación, concreción y aplicación de los contenidos del Derecho.
- c) *Objeto del Derecho.* En determinados supuestos la regla técnica se convierte en el objeto del Derecho e incluso de la moral al prescribir tanto el Derecho como la moral su observancia. Entiende Del Vecchio que “cuando un fin que sólo puede ser propuesto como hipótesis por una norma técnica (si se quiere alcanzar cierto efecto, hay que obrar de cierto modo) es aceptado y convalidado por una norma ética como obligatorio (sea en forma moral o en forma jurídica), la misma norma técnica aparece dotada de un cierto carácter ético”⁴⁶. En las relaciones sociales, agrega Del Vecchio, “la observancia de las reglas técnicas de

⁴⁶ DEL VECCHIO, G. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de L. Recasens Siches, 9^a ed. revisada por L. Legaz Lacambra, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1991, p. 325.

las varias artes o profesiones (medicina, ingeniería, abogacía...) constituye a menudo el contenido de las normas morales y jurídicas”⁴⁷, las cuales exigen, en general, obrar con atención, prudencia y diligencia y condenan la pereza, el descuido, el desinterés, que pueden generar daños irreparables. La observancia de las normas técnicas de una profesión cobra especial relevancia e interés en las relaciones contractuales. A este respecto recuerda Del Vecchio: “...quien confía a un escultor la ejecución de una estatua, o a un arquitecto la construcción de un edificio, presupone que aquél a quien confía el trabajo y que acepta ejecutarlo, se obliga por lo mismo a respetar las reglas propias del respectivo arte o profesión. Esto, pues, pasa a ser un elemento integrante del contrato; y si las respectivas normas técnicas fuesen violadas por culpa del profesional o del artista, éste podrá ser justamente acusado como responsable por la otra parte”⁴⁸.

D) *Conclusión*

De lo anteriormente indicado se deduce que las reglas técnicas que incorpora el Derecho para hacer posible su eficiencia, su eficacia, constituyen un instrumento, un medio cuya justificación última hay que buscarla en los principios y valores éticos (individuales, sociales, políticos...) que integran el fin último del Derecho. Se trata pues de medios para fines cuya legitimación última, insistimos, radica en su ordenación y servicio a los fines del Derecho.

En virtud de esa relación de medio a fin cabe concluir que las normas jurídicas de carácter técnico por su naturaleza y función (constituyen medios para fines) participan también, al menos de forma mediata o indirecta, de la condición ética del Derecho, del sistema jurídico del que

⁴⁷ *Ibid.* p. 325.

⁴⁸ *Ibid.* p. 326.

forman parte, pues las partes participan siempre, aunque sea de modo diferente, de la naturaleza y condición del todo al que pertenecen. Como ya hemos indicado, Del Vecchio subraya que cuando un fin que es propuesto como hipótesis por una norma técnica (si quieras A tienes que hacer B) es “aceptado y convalidado por una norma ética como obligatorio (sea en forma moral o en forma jurídica), la misma norma técnica aparece dotada de un cierto carácter ético”⁴⁹.

A. En el fondo lo que sucede es que en el Derecho ética y técnica no son realidades separadas, inconexas, sino factores íntimamente unidos, conectados, imbricados como partes constitutivas de un todo de naturaleza compleja. De modo análogo a como el cuerpo humano constituye un complejo organismo unitario integrado por una multiplicidad de elementos que van desde la piel a la médula ósea, el Derecho es también una realidad compleja en donde técnica y ética se articulan, complementan e integran como partes de un todo. En el Derecho la *técnica* posee básicamente una *dimensión o estructura formal*, estática y dinámica, que vertebría, da forma y activa los *contenidos materiales del Derecho*, integrados por valores éticos, políticos culturales, técnicos incluso...

Todo esto significa, para concluir, que *ética y técnica* en el Derecho no constituyen elementos separados, independientes el uno del otro, sino dos dimensiones constitutivas del mismo, sin las cuales el Derecho no podría existir.

24 de junio de 2005

⁴⁹ *Ibíd.* p. 325.