

EL CONCEPTO DE DERECHO DESDE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

(Con ocasión del centenario del Prof. Luis Legaz Lacambra)

PEDRO ROCAMORA G.-VALLS

SUMARIO:

- A) Ciencia y filosofía.
- B) Polisemia del término Derecho.
- C) Aspectos *emic* y *etic*; concepto excluyente o integrador.
- D) Concepto de Derecho.
 - D1) Derecho como norma; concepto normativo de Derecho.
 - D2) Derecho como hecho.
 - D2.1) Concepto de antropología jurídica.
 - D2.2) Concepto antropológico del Derecho.
 - D2.3) Concepto de sociología jurídica.
 - D3) Derecho como valor. Concepto integracionista de Derecho desde la filosofía jurídica.

A) CIENCIA Y FILOSOFÍA

El análisis del concepto de Derecho requiere una breve reflexión epistemológica previa para intentar responder a las preguntas ¿qué entendemos por ciencia, y por filosofía?, ¿en que se distinguen?, y ¿en qué ámbito se sitúa el Derecho?

Como es conocido, la ciencia describe fenómenos comprobables empíricamente, de forma verificable por experimentación, lo que permite predecir sus consecuencias. Filosofía es el saber que pretende averiguar, por medio del conocimiento racional, los principios, causas o fundamentos, es decir, la realidad escondida tras la apariencia de las cosas. Se trata de un saber racional, teórico y autónomo¹. Filosofar implica actividad del pensamiento y reflexión crítica. Por tanto la ciencia es empírica y la filosofía no, la ciencia tiende a una meta que es el resultado de la investigación, la filosofía supone una actitud permanente.

En tal sentido, señala Legaz Lacambra: «La ciencia, toda ciencia trabaja sobre un objeto determinado, la ciencia existe para conocerlo íntimamente, sabe a qué objeto se va a aplicar, conoce de antemano cuál es el objeto de sus investigaciones. La filosofía comienza por ignorar si tiene objeto propio o, por lo menos, no parte formalmente de la previa posesión de él»². En esa misma línea se afirma que "la filosofía ha sido ante

¹ Ortega y Gasset, J. *¿Qué es Filosofía?* Revista de Occidente. Madrid, 1960, pg. 111.

² Legaz Lacambra, L. *Filosofía del Derecho*. Bosch. Barcelona, 1975, pg. 11.

todo una justificación o esfuerzo mostratorio de la existencia de su objeto. Mientras la ciencia versa sobre un objeto que ya se tiene con claridad, la filosofía es la progresiva constitución intelectual de su propio objeto»³.

Lo cierto es que primero en el tiempo fue el pensamiento filosófico —que nace con la autoconciencia y reflexión del hombre sobre sí mismo—, o mejor, el *saber global en el que estaban unidas ciencia y filosofía como un todo de conocimientos*. Posteriormente, «la separación comienza cuando la ciencia progresa a pasos tan rápidos que la filosofía se va quedando atrás; entonces al no poder detener a la ciencia, ni seguirla, la abandona y la deja ir por su propio camino»⁴.

El carácter general de la filosofía se contrapuso al particularizador de la ciencia. Aunque el despegue del conocimiento filosófico empieza en Grecia, —donde ya se apuntan «intuiciones» sobre la física y saberes de gran importancia en el campo matemático con la Escuela Pitagórica—, las bases o precedentes de la ciencia moderna comienzan en el Renacimiento, cuando se produce una entusiasta valoración del mundo y del hombre presidida por el conocimiento y la admiración hacia el mundo clásico. Desde entonces podría describirse la génesis y evolución de las ciencias⁵ de la siguiente forma:

«A partir del Renacimiento y sobre todo de la transformación radical del «modo de pensar», exacto o científico, que inaugura Descartes, la ciencia será por antonomasia el conjunto sistemático de conocimientos racionales sobre las «leyes» de los fenómenos de la Naturaleza, el complejo intelectual de fórmulas enunciativas de las relaciones necesarias entre las cosas. Esta manera de entender la ciencia iba a imponerse durante tres largos siglos, refrendada por el extraordinario progreso de las ciencias exactas, especialmente las matemáticas —enriquecidas por el álgebra y la geometría analítica—, la física y la mecánica (...) Es históricamente explicable que tras la radical transformación del «modo de pensar científico» iniciado por Descartes y desarrollado por Leibniz, Newton, Spinoza, etc., hasta Kant inclusive, se inclinaron los hombres de esos siglos a tomar como ciencias por antonomasia, paradigmáticas y merecedoras sólo ellas de tal nombre, a las matemáticas, a la física y a otras disciplinas de similar estructura»⁶.

³ Zubiri, X. *Naturaleza, Historia, Dios*. Editora Nacional. Madrid, 1974, pg. 155.

⁴ Bobbio, N. *Teoría de la ciencia jurídica*. Giappichelli. Turín, 1950, pg. 27

⁵ «Con el Renacimiento el panorama de la ciencia va a cambiar. En el Renacimiento, basado en una cultura antropocéntrica (a diferencia de la teocrática medieval), el hombre se siente orgulloso de estar en un mundo que puede dominar. Se crea una nueva mentalidad: el racionalismo. La unidad de los saberes dentro de la filosofía se rompe en la Edad Media, en cuyo mismo inicio comienzan las ciencias particulares a desarrollarse de modo muy rápido y en ocasiones incluso espectacular; así por ejemplo la física queda pronto construida como ciencia con Galileo y Kepler y más tarde perfeccionada por Newton y Maxwell. Un hito importante en el saber científico lo constituye la obra de Francis Bacon, gran teórico del método inductivo, con cuya andadura pone las bases de la moderna ciencia natural y experimental. Bacon habría de conducir al empirismo y al positivismo merced a su concepto pragmático del conocimiento. En el mismo siglo XVII hay que citar a Pascal, matemático, físico y filósofo, quien sienta las bases de la distinción entre filosofía y ciencia natural, y también Descartes, quien además de ser fundador de un sistema filosófico, crea la geometría analítica. En el siglo XVIII la química deja de ser alquimia gracias a las investigaciones de Lavoisier. El siglo XIX contempla el nacimiento de la biología, en base a los descubrimientos de Mendel y Pasteur». Núñez Encabo, M. *Introducción al estudio del Derecho*. Alhambra. Madrid, 1978, pg. 57.

⁶ Ruiz-Jiménez, J. *Introducción a la Filosofía Jurídica*. Espasa. Madrid, 1960, pg. 35 y 38.

La filosofía puede ser un camino para la ciencia pero cuando llega a un dato empírico declina su carácter filosófico prevaleciendo el científico. Por eso la filosofía no es ciencia, aunque tiene relación con ella ya que ambas pueden compartir el mismo objeto; así, por ejemplo, el proceso cognitivo cabe estudiarlo en términos valorativos —es decir filosóficos—, o científicos —neurofisiológicos—.

Sin embargo, la dicotomía radical ciencia—filosofía admite ciertas matizaciones, y nos permite entrar en las relaciones entre ambas formas de conocimiento.

A lo largo de la historia, las posiciones doctrinales mayoritarias en relación con el problema podrían agruparse en tres grandes bloques⁷:

1. Ciencia y la filosofía carecen de toda relación.
2. Ciencia y la filosofía están tan íntimamente ligadas entre sí que, de hecho, son la misma cosa.
3. Ciencia y la filosofía mantienen entre sí relaciones muy complejas. Esta última opción (que podríamos denominar de aproximación sin pérdida de las respectivas identidades) puede dar lugar —como señala Ferrater Mora— a las siguientes posturas:
 - «a) La relación entre la filosofía y la ciencia es de índole histórica: la filosofía ha sido y seguirá siendo la madre de las ciencias, por ser aquella disciplina que se ocupa de la formación de problemas, luego tomados por la ciencia para solucionarlos.
 - b) La filosofía no es sólo la madre de las ciencias en el curso de la historia, sino la reina de las ciencias en absoluto, ya sea por conocer mediante él más alto grado de abstracción, ya sea por ocuparse del ser en general, ya por tratar de los supuestos de las ciencias.
 - c) La ciencia —o las ciencias— constituyen uno de los objetos de la filosofía al lado de los otros: hay por ello una filosofía de la ciencia (y de las diversas ciencias fundamentales), como hay una filosofía de la religión, del arte, etc.
 - d) La filosofía es fundamentalmente teoría del conocimiento de las ciencias.
 - e) Las teorías científicas más comprensivas son teorías de teorías.
 - f) La filosofía examina ciertos enunciados que la ciencia supone, pero que no pertenecen al lenguaje de la ciencia.
 - g) *La filosofía se halla en relación de constante intercambio mutuo con respecto a la ciencia; proporciona a ésta ciertos conceptos generales (o ciertos análisis) mientras que ésta proporciona a aquélla datos sobre los cuales desarrolla tales conceptos generales (o lleva a cabo tales análisis)*»⁸.

Esta última formulación que sostiene el intercambio y complementariedad, fruto de relaciones complejas y variables, entre ciencia y filosofía es la que consideramos más fundada.

El conocimiento filosófico tiene una función muy importante en la sociedad contemporánea, que es paliar, en la medida de lo posible, la excesiva especialización. El psiquiatra anglosajón Hacker decía que "el especialista es aquel que cada vez sabe más

⁷ Siguiendo a Ferrater Mora, J. *Diccionario de Filosofía*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1970, pg. 64.

⁸ Ferrater Mora, J. Ob. cit., pg. 64. La cursiva es mía.

sobre menos cosas, hasta que termina sabiéndolo todo sobre nada"⁹. Frente a eso, la filosofía puede ser esa *especialización en generalidades* —en un sentido Comptiano— que no es otra cosa que la vía principal de la cultura.

En la evolución histórica del conocimiento se producen oscilaciones entre filosofía y ciencia. Se pasa de lo religioso a lo filosófico (tránsito del *mitos* al *logos*), y de lo filosófico a lo científico.

«La filosofía nació como secularización de las concepciones teológicas, como una racionalización del dogma religioso. El hombre primitivo se enfrentó a un mundo lleno de misterios, de fenómenos y de cosas que no entendía, pero le acució inmediatamente la necesidad psicológica de hallar una explicación a ese misterio, y en tal intento recurrió al expediente más simple apelando a la vía sobrenatural: buscar la explicación en las divinidades, que son las que gobiernan el mundo, los hombres, las cosas y sus fenómenos. Todas las mitologías, así orientales como occidentales, son ejemplos de esta actitud. Sólo cuando la humanidad adquirió una mayor madurez intelectual pudo dar el paso de lo teológico a lo filosófico, del *mito* al *logos*, de la explicación sobrenatural a la explicación natural y racional»¹⁰.

Por lo tanto, en la Edad Antigua hay un predominio claro del pensamiento filosófico. En la Edad Media la teología juega un papel preponderante. Con la Ilustración se dará entrada rotunda a la ciencia de la época moderna.

En ese tránsito, la filosofía primero y la ciencia después han conseguido abrir vías al conocimiento aunque con dificultades. Muchos de los que se aventuraron a pensar contra las verdades oficiales de su tiempo por no considerarlas definitivas, sufrieron la incompreensión de aquellos que pretendieron ver una amenaza en la libertad de pensamiento e investigación y en el derecho a la disidencia. Sócrates, Galileo, Giordano Bruno, Descartes, Locke, Jovellanos, constituyen unos pocos ejemplos.

Muchas veces el filósofo, el científico, o más modestamente el que se atreve a pensar por sí mismo, ha de sufrir el precio de la soledad, la difamación o el ostracismo. Incluso, y tal vez esto sea lo más lamentable, de su propio gremio. Sin embargo, la historia de las ideas nos enseña que lo que empieza siendo una heterodoxia, al cabo del tiempo, termina integrando el pensamiento más ortodoxo; hasta que llega un disidente de esa ortodoxia y abre una distinta vía crítica por la que seguirá progresando el nuevo conocimiento.

Por eso en filosofía y en ciencia la fidelidad a un maestro o a una escuela nunca debe implicar pensamiento repetitivo, es decir, la anulación de un nuevo pensamiento original y crítico, porque la lealtad debe ser compatible con la diferencia.

Pues bien, aunque distintas, ciencia y filosofía han de jugar en la interpretación racional de la realidad un papel de complementariedad y colaboración. Para comprender un mismo objeto, son necesarias y convenientes ambas perspectivas, científica y filosófica. Por-

⁹ Hacker, F. *Agresión*. Grijalbo. Barcelona, 1973, pg. 64.

¹⁰ Y sigue diciendo: «Este proceso se realiza en el tránsito del siglo VII al VI antes de J.C., simultáneamente en China, India y Grecia, en cuyas respectivas culturas aparece en esa época, con sorprendente sincronía, un pensamiento que puede calificarse de filosofía». Fernández-Galiano, A. *Derecho Natural, Introducción a la Filosofía del Derecho*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1974, pg. 23 y 24.

que el filósofo podrá apoyarse en la ciencia sobre todo para tratar lo que ésta no alcanza a explicar, pero al mismo tiempo deberá estar al tanto de los avances científicos para reflexionar sobre sus resultados, pero no para resolver lo que ya está resuelto por la ciencia. Esta difícil relación debe basarse en el mutuo conocimiento (que el filósofo tenga más de lo que tiene de científico y el científico esté abierto a enfoques globales para no radicalizar su especialismo) y en la adecuada delimitación de los distintos campos de análisis. A la idea de crear puentes interdisciplinarios, «biologizar la ética para filosofar mejor», se ha referido Ferrater Mora en el texto *Ética aplicada*¹¹ y en su obra *De la materia a la razón*¹².

El concepto de ciencia aparece vinculado al de sistema. Sobre la significación de éste como elemento definidor de aquella, cabe decir que el conocimiento sistemático alude a su incursión en un conjunto coherente de datos verificables que tratan sobre objetos en gran medida comunes y que se apoyan en unas bases también comunes. Por eso el sistema, entendido como «la integración de métodos y conceptos homogéneos desarrollados por la ciencia, de diverso contenido, unificándolos a través de su reducción a modelos formales de validez generalizadas»¹³, es lo que da a ciertos conocimientos el carácter de científicos. Desde una interpretación estricta de la idea de ciencia, cabe entender «más ajustado» o «más próximo» al concepto tradicional, a las denominadas ciencias puras, y algo más alejado —aunque no por ello deban perder su condición— a las llamadas ciencias sociales. Sin embargo, la tendencia actual es considerar una pluralidad de ciencias pero que puedan englobarse —sin menoscabo de su identidad y características particulares— en una misma noción general de ciencia.

Se ha señalado también al definir el concepto científico que éste analiza las *causas próximas* a diferencia del saber filosófico que pretende alcanzar las *causas últimas*. Sin embargo, algunos autores —como Maritain en *Ciencia y Filosofía*— no son muy proclives a definir el saber científico como un conocimiento causal, ya que éste puede darse incluso en el saber vulgar.

En orden a encontrar los elementos definidores esenciales del conocimiento científico, debemos insistir en que éste sea sistemático, con método propio, empírico, y con resultados de validez general. Es decir, conseguir conocimientos de puramente objetivos, insertados en un orden sistemático, válidos y confirmables. La característica del conocimiento científico es pues la existencia de *métodos* rigurosos y de un *sistema* coherente que nos permite la *verificación*, ya que «el objeto propio de esta forma de saber es siempre la realidad física y no las construcciones representativas o simbólicas de la conciencia del sujeto cognoscente»¹⁴.

¹¹ Ferrater Mora, J. *Ética Aplicada*. Alianza Universal. Madrid, 1981. Ferrater en este libro propone «biologizar la ética», es decir, «sacar la ética, siquiera sólo por un tiempo, de manos de los filósofos para ponerla en manos de los biólogos» (pg. 15). «Todo lo que hay, es decir el mundo, o lo que los filósofos han llamado a veces «la realidad», está constituido por entidades materiales o, si se quiere, físicas; estas entidades, agrupadas en ciertas formas, que han empezado con procesos de autoensamblaje, dan origen a los seres biológicos, de modo que puede hablarse de un continuo físico-biológico. He procurado mostrar que el continuo físico-biológico es el contexto dentro del cual tienen lugar los procesos y actividades de seres biológicos, entre los que figuran los humanos, de suerte que el continuo físico-biológico se engarza con un continuo biológico-social». Ferrater, ob. cit. pg. 12.

¹² Vid. Ferrater Mora, J. *De la materia a la razón*. Alianza. Madrid, 1983.

¹³ Núñez Encabo, M. Ob. cit., pg. 54.

¹⁴ Ruiz-Gimenez, J. Ob. cit., pg. 42.

Sin embargo, lo peculiar del conocimiento filosófico es la búsqueda de la raíz misma de las cosas e ideas y su explicación última, rebasando los problemas particulares. En este sentido, Ortega señala:

«Conocer es no contentarse con las cosas según ellas se presentan, sino buscar tras ellas su «ser». ¡Extraña condición la de este «ser» de las cosas! No se hace patente en ellas, sino al contrario, pulsa oculto siempre debajo de ellas «más allá» cuando lo natural sería que, consistiendo primariamente nuestra vida en hallarnos rodeados de cosas, nos contentásemos con éstas»¹⁵.

La aspiración del conocimiento filosófico es lograr un saber integrador y global. Por eso, la filosofía debe abarcar los grandes problemas en un permanente cuestionamiento. Plantearse las preguntas fundamentales es lo decisivo, con independencia de que tengan, o no, respuesta.

La filosofía debe analizar racional y críticamente tanto las cuestiones éticas, como las distintas concepciones del mundo (sistemas de ideas y creencias). Ese saber que tiene un afán totalizador, ha de tratar los temas del ser u ontología, los valores o axiología, e incluir los problemas lógicos, gnoseológicos —teoría de la ciencia, metodología—, así como las cuestiones derivadas del comportamiento humano y de su sentido —antropología filosófica—. Como consecuencia de lo expuesto, la filosofía no puede limitarse a interpretar la realidad y las ideas —con ser este su fin principal— sino que ello debe implicar el cuestionamiento y la transformación de las ideas hasta entonces vigentes, o su sustitución por otras nuevas.

En síntesis, ciencia y filosofía manteniendo cada una su independencia y particularidades, que las configuran como ramas del conocimiento distintas, no han de situarse distantes sino en relación, en constante intercambio de información, entendiéndose, apoyándose, criticándose también, y enriqueciéndose mutuamente (lo que significa aportando distintos puntos de vista sobre el objeto de estudio). La filosofía ha de contar necesariamente con la ciencia, pero ninguna de ambas formas de saber debe estar subordinada a la otra.

Esta interpretación integradora de la dicotomía ciencia/filosofía se corresponde — como veremos — con un concepto *integracionista* del Derecho y por lo tanto no excluyente, en el que se intentará sintetizar o superar viejas dicotomías tal vez excesivamente cargadas de maniqueísmo.

B) POLISEMIA DEL TÉRMINO DERECHO

Uno de los principales problemas previos con el que nos encontramos al tratar el concepto de Derecho es que éste término puede tener varios significados —a veces marcadamente singulares— dependiendo del enfoque, el momento histórico o punto de vista que adopta quién lo define.

La voz Derecho tiene distintas acepciones, algunas de las cuales son sustancialmente diferentes. No es un vocablo unívoco, por eso el Diccionario de la Academia lo de-

¹⁵ Ortega y Gasset, J. Ob. cit., pg. 75.

fine como «facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permita en ella» (acepción 14), «acción que se tiene sobre una persona o cosa» (acepción 16), «justicia, razón» (acepción 17), «conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos por la fuerza» (acepción 18)¹⁶.

Más compleja resulta la valoración de términos sinónimos a Derecho, donde pueden encontrarse palabras tan dispares como acción, facultad, razón, poder, jurisdicción, capacidad, regla, beneficio o privilegio¹⁷.

A los efectos que nos interesan, y a grandes rasgos, el Derecho ha sido entendido:

- a) Como pretensión. Al aludir a la facultad o poder que se tiene para realizar determinadas conductas o para exigir las de alguien. Derecho subjetivo.
- b) Como norma. El término Derecho equivale a ordenamiento jurídico. Derecho objetivo —conjunto de principios, reglas y decisiones—.
- c) Como sinónimo de Ciencia del Derecho. Al utilizar la expresión Derecho referida al análisis científico de la norma jurídica.
- d) Como ideal de justicia. Cuando con la palabra Derecho queremos significar que algo es justo.
- e) Como Derecho positivo o natural.

Detrás de esas acepciones, muchas de las cuales son de saber vulgar, subyacen las ideas de rectitud, corrección, orden, y también una serie de elementos en común cuyos caracteres principales serían los siguientes:

- 1) Describir el Derecho como un conjunto de reglas o normas (que se identifican con el objeto de la ciencia del Derecho).
- 2) La función de esas normas es regular las relaciones de la conducta humana, es decir, el comportamiento humano.
- 3) El fin es posibilitar al hombre su vida en sociedad.
- 4) El medio es la coercibilidad de la norma, es decir la posibilidad de imponer ésta incluso por la fuerza.

Por consiguiente, todas las acepciones terminan convergiendo en unos rasgos generales más o menos comunes, que conducen a una situación en la que: alguien puede exigir de otra u otras personas un comportamiento o conducta, y esa otra puede a su vez recabar una contraprestación. Para que esas exigencias sean formalizables se requiere la existencia de un conjunto de reglas o normas en virtud de las cuales dados unos hechos, o presupuestos de hecho, nazca la posibilidad de reclamar o quedar sujetos a una conducta debida.

En esa colisión o determinación de derechos juega un papel fundamental la libertad. La libertad como esencia propia de la conducta, vinculada inexorablemente a lo humano, pero además respaldada, garantizada, protegida e incentivada por el ordenamiento jurídico-

¹⁶ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Madrid, 1956, pg. 438.

¹⁷ *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*. Casares, J. Gustavo Gili. Barcelona, 1942.

co, por ser su protección la razón de ser del Derecho y del Estado. La defensa y regulación de esa libertad —entendida como capacidad de autodeterminación sin más límite que los derechos de los otros— es la razón de ser fundamental del Derecho. Éste, al garantizar y salvaguardar la libertad y basarse en ella, se configura como un regulador social; es decir, como un factor que aspira a posibilitar una mejor forma de vida social.

C) ASPECTOS EMIC Y ETIC; CONCEPTO EXCLUYENTE O INTEGRADOR

Antes de abordar el concepto de Derecho, debemos señalar desde que ángulo vamos a intentar definirlo, ¿cuál es nuestra posición de partida?

Legaz suscita en su conocido tratado algo que a mi juicio es fundamental: «Todo concepto y definición del Derecho está condicionado por una previa opción metafísica, por una actitud fundamental ante valores, que marca y delimita el texto del pensamiento en que va a moverse». Por eso, «cualquier definición del Derecho es la expresión en términos más o menos operativos de esa previa concepción fundamental que se proyecta en la idea que de él se tiene»¹⁸.

La cita posee dos vertientes; por un lado alude al contenido ideológico del Derecho¹⁹, cuestión de gran importancia. Por otro, se refiere a la situación apriorística que adopta el investigador de la filosofía jurídica a la hora de elaborar su concepto. Esa postura determina y condiciona el punto de salida. ¿Qué quiero decir? que la posición *pura* del investigador respondería a la pregunta ¿veamos que es esto? A partir de ahí, analizar, descubrir, comparar y finalmente definir.

Frente a esa perspectiva, hay otra que yo denomino *condicionada* —a la que alude Lagaz en su cita—, que consiste en partir de un planteamiento previo —no siempre estrictamente filosófico, incluso sesgado ideológicamente—, y adaptar a ese apriorismo el concepto.

Evidentemente el problema es muy complejo porque adelanto que no cabe una posición intelectual previa absolutamente «incontaminada», pues todo pensamiento es autobiográfico y está condicionado; pero habría que pretender, al menos en teoría como propósito utópico de buenas intenciones, hacer abstracción en la posición de partida de lo que en antropología se denomina posición *emic* (punto de vista del actor o del nativo)²⁰.

Es decir, lo que se hace algunas veces es partir de un apriorismo y sobre él desarrollar el concepto. Lo que me propongo —con todas las reservas y como hipótesis experimental de trabajo— es adoptar una posición *etic* (la del observador) y después descubrir, comparar y elaborar, desde una base lo más aséptica posible, mi formulación del concepto.

¹⁸ Legaz Lacambra, J. Ob. cit., pg. 255.

¹⁹ Tema al que dediqué un extenso artículo publicado en el diario *La Razón* el 4 de marzo de 2002.

²⁰ «Los antropólogos han hecho uso de dos enfoques para el estudio de las culturas, *emic* (perspectiva del actor) y *etic* (perspectiva del observador). Un enfoque *emic* fomenta la visión de los nativos como piensan ellos (...) el enfoque *etic* cambia el foco de investigación a las del antropólogo». Kottak, C.P. *Antropología, una exploración de la diversidad humana*. McGraw-Hill. Madrid, 2001, pg. 25.

¿Qué debiera implicar la elaboración del concepto? Una visión lo más global posible. Procuro, por tanto, comenzar de una posición *etic* y desde ella la primera dicotomía es optar por un concepto del Derecho excluyente o integrador. La respuesta es clara. Vamos a abordar la elaboración de un concepto integracionista.

D) CONCEPTO DE DERECHO

La Filosofía del Derecho —como ha señalado Legaz— ha surgido en el pensamiento moderno como un sustitutivo de la antigua *iuris naturalis scientia*. Los supuestos histórico—conceptuales de los que procede son estos tres: la laicización del pensamiento jurídico por obra del protestantismo; la consiguiente separación de los conceptos de Derecho y moral en el pensamiento secularizado del racionalismo; la ontologización del Derecho positivo llevada a cabo por la escuela histórica y el positivismo posterior²¹.

A lo largo de la historia de la Filosofía del Derecho siempre ha habido un modelo dominante que ha pretendido imponer su punto de vista con un carácter que tendiera al monopolio interpretativo. Sin embargo, la realidad jurídica es tan polifacética que admite en vez de excluir compatibilizar, en la medida de lo posible, enfoques, o incluso y superarlos. En tal sentido, apunta Robles:

«Hoy nos hallamos en una situación en la que predomina un pluralismo epistemológico, algo desconcertante para poder hablar de un modelo dominante», por eso coincidimos en que «la tarea de la actual Filosofía del Derecho es precisamente encontrar unos enfoques unitarios que sean capaces, a la vez, de incorporar la problemática del pasado, y de trascenderlos desde la cultura y los esquemas de nuestro tiempo»²².

Por tanto, a efectos de incorporar y trascender la problemática iusfilosófica del pasado se hace necesario buscar concepciones integradoras. En esa línea se ha señalado:

«La Filosofía del Derecho contemporánea va a constituirse en lenta y trabajosa confrontación crítica con las posiciones iusnaturalistas y positivistas (...) En efecto, desde diferentes perspectivas filosóficas se intentará la superación de las viejas antinomias y actitudes extremas irreconciliables derivadas de ambas concepciones, como serían, por ejemplo, algunas de las tesis incorporadas en un iusnaturalismo abstracto, intemporal y universalista, por un lado, y en un estrecho positivismo de carácter rígidamente formalista, por otro»²³.

Esa ambiciosa labor de intentar acotar un concepto integrador del Derecho y superador de viejas antinomias, pasa por el análisis de lo jurídico desde distintas perspectivas. Y esto no quiere decir que se carezca de un concepto propio, o que este sea errático, sino por el contrario que *una realidad compleja y plural como es el Derecho debe analizarse no de forma unidimensional sino pluridimensional*.

²¹ Legaz Lacambra, ob.cit., pg. 21.

²² Robles, G. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Debate. Madrid, 1988, pg. 35.

²³ Díaz, E. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Taurus. Madrid, 1971, pg. 300.

Tal vez no pueda limitarse el concepto de Derecho a una sola definición (salvo que ésta sea abierta y englobe otras) porque cada definición es un punto de vista fragmentario, y hacen falta varias perspectivas para entender la complejidad de lo jurídico (análisis normativo, antropológico, lingüístico, sociológico, histórico, etc.). Finalmente cabrá, desde ese saber con aspiración global que es la Filosofía del Derecho, optar por un concepto de síntesis e integrador.

La posición de partida que adoptamos es la denominada concepción tridimensional del Derecho (aunque con variaciones que amplían su dimensión como veremos más adelante) desarrollada por el profesor de la Universidad de Sao Paulo, Miguel Reale²⁴. Si bien, ya desde el movimiento codificador se destaca la importancia del Derecho como norma, «como pionero de la triple visión del Derecho habría que citar en Alemania a Emilio Lask, aunque el tridimensionalismo sólo aparece programáticamente, sin un estudio sistemático. Lask hace una referencia a lo normativo, lo fáctico y lo justo, haciendo corresponder a cada una de dichas dimensiones un objeto y un orden particular de conocimientos»²⁵.

La teoría tridimensional del Derecho sostiene que este puede ser contemplado como norma, hecho o valor según la perspectiva y el método de investigación sea, respectivamente jurídico, sociológico o filosófico.

El Derecho es en primer lugar un hecho social, es decir, las normas jurídicas nacen de la realidad social, o mejor, son una consecuencia del conflicto social. Por eso el Derecho como hecho social está relacionado con los demás fenómenos sociales y el elemento primario de análisis debe ser la antropología jurídica.

Pero además el Derecho es normatividad, es decir, regla preceptiva o prohibitiva de conductas. Esta es una característica que singulariza lo jurídico de otros fenómenos sociales en los que no se da el carácter normativo. Por último, esas normas intentan implantar unos valores para regular las conductas.

En consecuencia, el hecho (dimensión antropológico—sociológica de lo jurídico), la norma (aspecto a analizar por la ciencia del Derecho) y los valores (objeto de estudio por la filosofía jurídica) son los tres elementos que en distinta proporción subyacen en el universo jurídico. En tal sentido, se ha señalado:

«No se entiende plenamente el mundo jurídico si el sistema normativo (ciencia del Derecho) se aísla y se separa de la realidad social en la que nace y en la cual se aplica (Sociología del Derecho) y del sistema de legitimidad que inspira a aquel, sistema que debe siempre posibilitar y favorecer su propia crítica racional (Filosofía del Derecho). Una comprensión totalizadora de la realidad jurídica exige una complementariedad, o mejor la recíproca y mutua interdependencia e interacción de esas tres perspectivas o dimensiones que cabe diferenciar al hablar de Derecho: perspectiva científico-normativa, sociológica y filosófica»²⁶.

²⁴ –Reale, M. *Filosofía do Direito*. Saraiva. Sao Paulo, 1953.

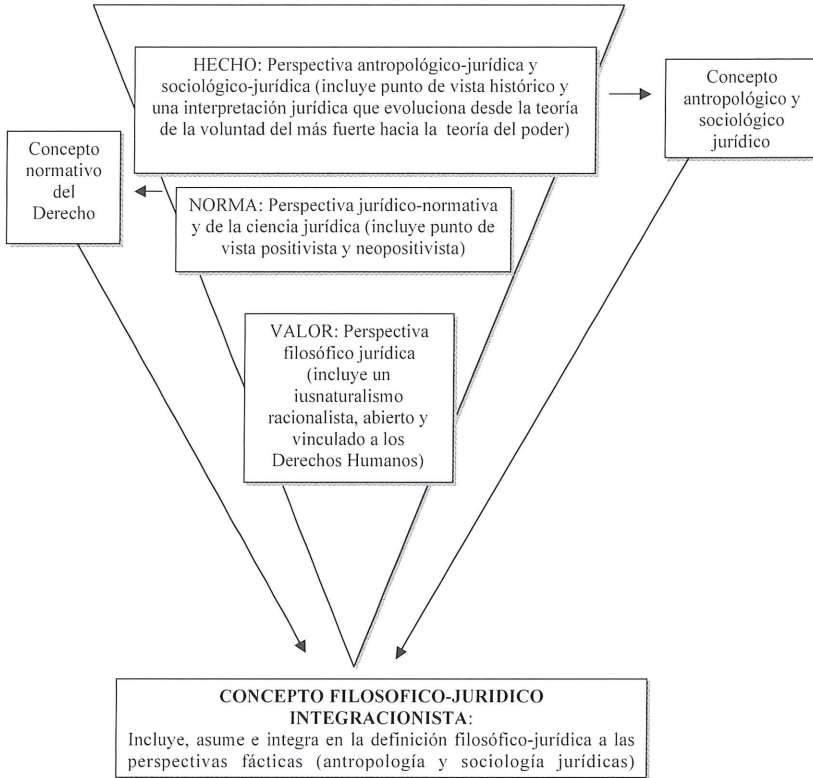
–Reale, M. *Teoría tridimensional del Derecho*. Univ. de Santiago de Compostela, 1960.

²⁵ Núñez Encabo, M. *Ob.cit.*, pg. 23.

²⁶ Díaz, E. *Ob. cit.*, pg. 54.

Por todo cuanto se ha expuesto anteriormente, tiene sentido y coherencia intentar integrar en un concepto globalizador del Derecho tanto una visión normativista, como el punto de vista de la sociología jurídica, es decir aunar el Derecho como norma y como hecho en una definición de cariz filosófico.

Quizá el siguiente esquema pueda ayudar a entender mejor lo expresado hasta aquí en relación con el concepto:



Es evidente, que entre un iusnaturalismo post-Grociano de carácter marcadamente racionalista y profundamente orientado hacia lo que después serán los Derechos Humanos, y un positivismo que cumpla un código ético de carácter racional en línea con lo que Hart denomina *contenido mínimo* del Derecho Natural²⁷, o —con otro planteamiento— Habermas llama *moralidad integrada en el Derecho positivo*²⁸, hay una

²⁷ Que consiste en: "Ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al Derecho y a la moral convencional de todas las sociedades" Hart, H. *El concepto de Derecho*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968, pg. 238.

²⁸ Concepción que cabría resumir en: «Estado de Derecho con división de poderes que extraiga su legitimidad de una racionalidad que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales». Habermas, J. *«Escritos sobre moralidad y eticidad»*. Paidós. Barcelona, 1991, pp. 154 y 159.

distancia mucho menor que la que podría existir entre una posición iusnaturalista radical y un positivismo extremo, exclusivamente formalista y ajeno a cualquier criterio valorativo.

Se trataría, aunque esta aspiración no sea nada nueva en la doctrina, de acortar distancias entre un positivismo historicista no excluyente de valores de carácter racional y un iusnaturalismo abierto de cariz humanista y profundamente comprometido con los Derechos Humanos. Para llegar a una "posible síntesis futura que supere exclusivismos, la Filosofía del Derecho tendrá no obstante que constituirse en este sentido como actitud crítica, tanto con respecto del iusnaturalismo como del positivismo"²⁹.

Desde este enfoque, más relativizador que dogmático que integra lo principal de cada posición, procede ahora definir el Derecho como norma, como hecho, y finalmente intentar unificar lo expuesto en un concepto filosófico del Derecho.

D1) Derecho como norma; concepto normativo de Derecho

El concepto normativo del Derecho o normativismo jurídico es la teoría que sostiene que para definir con exactitud el Derecho, es preciso referirse a la noción de norma.

La ciencia del Derecho trabaja en sentido estricto sobre la norma jurídica. «El Derecho aparece en forma primaria, inmediata y directa como sistema normativo, como conjunto de normas válidas dotadas de una coacción organizada e institucionalizada». Con lo que, desde esta perspectiva, cabría señalar la definición de Derecho como «sistema o conjunto de normas reguladoras de algunos comportamientos humanos en una determinada sociedad»³⁰.

²⁹ Díaz, E. Ob. cit., pg. 312.

En esta misma línea de superación de la antítesis entre iusnaturalismo y positivismo radicales se encuentra Norberto Bobbio quien, aunque positivista, admite la posibilidad de una valoración racional crítica del Derecho y entiende que la filosofía jurídica puede incluir una teoría de la justicia y de los valores jurídicos. Esa visión abierta e integradora, de base positivista, se comprueba cuando escribe: "Creo que el modo más correcto de responder a la pregunta de si cierto autor es iusnaturalista o positivista, consiste en contestar un *!depende!* Depende del punto de vista sobre el cual se juzgue. Puede ocurrir que se sea positivista desde un cierto ángulo de enfoque e isnaturalista desde otro. Por lo que puede valer como ejemplo presento mi propio caso personal: con respecto al plano ideológico, donde no cabe dejar de elegir, pues bien soy iusnaturalista; en relación con el método soy, con la misma convicción, positivista; por lo que se refiere, en fin, a la teoría del Derecho, no soy ni lo uno ni lo otro". (Bobbio, N. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Edizioni di Comunita. Milan, 1962, pg. 145 y 146). "Bobbio se opondrá así a los intentos reduccionistas de uno y otro sentido: al positivismo radical, que implica la obediencia incondicional al Derecho positivo y la imposibilidad e inmutabilidad de los juicios de valor sobre el mismo; y al isnaturalismo extremo, que —además de pretender la imposición de un sistema absoluto de valores— supone, de forma más o menos explícita, una real infravaloración del Derecho positivo y de la misma ciencia jurídica". Díaz, E. Ob. cit., pg. 386.

³⁰ Díaz, E. Ob. cit., pg. 53 y 11.

D2) Derecho como hecho

D2.1) *Concepto de antropología jurídica*

Antes de definir, debemos hacer una breve reflexión previa sobre el porqué de incluir la antropología jurídica³¹ en el estudio del Derecho como hecho, y la razón de ser misma de esa disciplina.

La hipótesis aquí sostenida es que la antropología jurídica es la base de la sociología jurídica. Y eso, porque el hombre en su aspecto social es el problema central de la sociología jurídica. Obsérvese que decimos el hombre, en primer lugar, por tanto la estructura biológica en su dimensión humana, es decir antropológica, y solo después se analiza la relación con otros hombres. El origen, la evolución, la adaptación, y también una parte, al menos inicial, de su proceso de socialización (aquella donde aparece el Derecho) deben ser objeto de estudio por la antropología jurídica. Tras las primeras verificaciones de la antropología jurídica, la sociología general y la sociología jurídica, evalúan, comparan, deducen, interrelacionan, valoran, es decir, entran en escena.

Por eso Gurvitch en su *Sociología del Derecho*, considera a los etnólogos (etnología aquí entendida como antropología, y no en su acepción arcaica y hoy restringida como estudio de las distintas razas) *como precedentes de gran importancia para el desarrollo de lo que después sería la sociología jurídica*³².

Como ya hemos señalado, el Derecho es consecuencia del conflicto humano; por ello cabe estudiar lo jurídico desde esa dimensión agonística del hombre en su relación con sus semejantes. Eso es la antropología jurídica.

El objeto de estudio de esta disciplina es la acción y la elección humanas (el estudio de las conductas e ideas es la base de la antropología cultural) pero en su dimensión y repercusión jurídicas.

Para que haya sociología hace falta sociedad, entendida como comunidad plural; pero para que haya antropología basta con que exista el hombre; y para que esa antropología sea jurídica es suficiente la colisión de intereses entre dos seres humanos —bilateralidad—. No es necesaria en este caso, la generalización de la sociología jurídica. Que duda cabe que tanto la antropología como la sociología del Derecho no solo no compiten sino que se complementan y, a mi juicio, —insisto— la primera es el origen de la segunda.

³¹ El término antropología jurídica (no como antropología forense reducida al campo de la criminología, sino como ciencia que explica el origen, evolución, razón de ser, y fundamentación del Derecho desde el estudio del hombre) esta por consolidar en la doctrina española. En el curso de Doctorado que impartimos en la UNED (2001-2003) hemos pretendido iniciar el camino exploratorio de esta nueva, necesaria (es difícil entender que es el Derecho si no sabemos cuando y como se origina) y prometedora, línea de investigación jurídica. Por eso hemos de reivindicar la paternidad del término y del concepto de *antropología jurídica* de acuerdo a la formulación aquí expuesta.

³² Gurvitch, G. *Sociología Jurídica*. Ed. Rosario. Buenos Aires, Argentina, 1945, pg. 104. La cursiva es mía. Diversos autores están poniendo de manifiesto la necesidad de un mayor conocimiento antropológico por parte de los juristas y filósofos del Derecho.

La antropología puede estudiar al hombre en su condición jurídica, pero no como algo estático, sino proyectado en su dimensión histórica. *Hay un historicismo evolucionista en el enfoque de la antropología jurídica, y hay también una aspiración de esclarecimiento racional y científico de marcado carácter biologicista.*

Estas son las características generales de la antropología jurídica, una disciplina que nace del viejo tronco de la reflexión iusfilosófica pero con vocación de emanciparse como ciencia más que de ser filosofía; con afán de independencia y de valor autárquico.

Tras todo lo expuesto, podemos definir la *antropología jurídica como la ciencia*³³ *que estudia al hombre*³⁴ *como sujeto de Derecho*,³⁵ *es decir, como miembro de una estructura social*³⁶ *normativizada*³⁷; *la motivación*³⁸, *evolución*³⁹ *y diversidad*⁴⁰ *de sus conductas*⁴¹

³³ Ciencia porque describe y analiza hechos comprobables empíricamente, es decir por experimentación, y permite predecir consecuencias. Por eso, la antropología jurídica no es filosofía.

³⁴ El estudio del hombre es lo que hace que sea antropología.

³⁵ El enfoque del estudio humano desde la óptica del Derecho, es lo que califica a la antropología de jurídica.

³⁶ Social alude a vida en sociedad. Porque el Derecho es un fenómeno social, «forma de vida social» decía Legaz. Para que exista Derecho tiene que haber al menos dos partes, dos intereses contrapuestos o enfrentados, es decir en conflicto. Ese conflicto (latente, manifiesto, o potencialmente agresivo) pudiera constituir el origen del Derecho.

³⁷ Normativizada: vida inmersa en un universo de normas, tanto escritas como consuetudinarias o morales, reglada con prohibiciones, estructuras referenciales, modelos sociales, etcétera.

³⁸ La motivación de las conductas es algo esencial, e intenta responder a la pregunta ¿por qué se produce el hecho contrario a Derecho? En esto se diferencia la antropología jurídica del Derecho que juzga fundamentalmente el hecho consecuencial y se interesa menos por la causa desencadenante. Mientras que la antropología jurídica ha de analizar comparativamente no sólo los efectos, sino sobre todo las razones estructurales motivantes (pobreza, necesidad, discriminaciones, carencias educativas y de todo orden, etc.); para, finalmente, desde la antropología jurídica aplicada, proponer soluciones.

³⁹ Los comportamientos varían, en función de la circunstancia histórico-cronológica y de la carga referencial que tenga el individuo. Es fundamental, analizar tanto lo humano como lo jurídico como algo cambiante, porque el hombre y sus ideas evolucionan y también lo hace el Derecho (aunque a veces demasiado lentamente). Comparar la formación y evolución de las conductas es tarea esencial de la antropología jurídica.

⁴⁰ Diversidad es un concepto clave en antropología; tan es así que esta podría definirse como el estudio de la diversidad. Por eso con la antropología jurídica no cabe valorar conductas desde la posición exclusiva y excluyente del área de nuestra cultura (etnocentrismo) sino a partir del conocimiento de lo diferente. Esto tiene una especial importancia actualmente, con la globalización y los grandes movimientos migratorios, a efectos de lograr la coexistencia armónica entre pluralidades étnicas, éticas y religiosas.

⁴¹ La antropología cultural estudia las ideas y conductas. Y, aunque como ha quedado dicho es necesario conocer la motivación y evolución de la conducta, esta es en sí misma la razón de ser central de la antropología jurídica. Dentro de las conductas nos interesan especialmente las conflictivas (porque son las que tienen una mayor relación con el Derecho) y las adaptativas-desadaptativas, por su relevancia con la evolución específica y de comportamiento.

(conflicto, adaptación), y sus relaciones con el poder⁴² (jerarquías, estratificaciones⁴³), la libertad⁴⁴ y la coacción⁴⁵.

D2.2) Concepto antropológico del Derecho

El Derecho, en términos antropológicos, es un instrumento⁴⁶ evolutivo⁴⁷ de control social⁴⁸ de carácter ritual⁴⁹ que surge⁵⁰ hace miles de años en nuestros ancestros⁵¹, para establecer y mantener una jerarquía estable de dominación⁵² intraespecífica en el seno del clan. Probablemente supuso en su origen agresividad ritualizada⁵³.

D2.3) Concepto de sociología jurídica

La raíz de lo jurídico es la sociedad, o mejor, la vida social. Por eso, para entender la evolución del Derecho y del pensamiento jurídico, hay que estudiar con detenimien-

⁴² La relación del hombre con el poder, la libertad y la coacción —y todas sus implicaciones y consecuencias—, son tres de los grandes temas del Derecho. La reflexión sobre el poder suscita la siguiente pregunta: ¿De quién emana el Derecho? Para los partidarios de la teoría del poder, éste es el que da origen al Derecho (o lo que es igual: el Derecho parte del poder). En términos antropológicos, suele controlar más ámbito de poder quien tiene más recursos.

⁴³ Todas las sociedades estatales están organizadas en unas jerarquías de grupos llamadas clases, que están estratificadas por grupos con mayor o menos poder (e incluso sin ningún poder, caso de los parias de la India, o de los excluidos en las sociedades occidentales). En antropología una clase es un grupo de personas que mantiene similar relación con los instalados gobernantes, cuotas análogas de poder, y mayor (grupos de presión) o menor capacidad de influencia en las grandes decisiones; los conceptos de jerarquías, clases y estratificaciones, desde el punto de vista antropológico, están condicionados por la proximidad al poder y la posición económica. (Vid. Harris, M. *Introducción a la antropología general*. Alianza editorial. Madrid, 2001, pg. 108 y siguientes).

⁴⁴ La aspiración o ideal jurídico es la consecución de la libertad. El Derecho puede posibilitar o limitar la libertad. Hasta donde es lícito que alcance ese límite, y las posibles razones legitimantes de esa reducción, constituye uno de los problemas centrales de la Filosofía del Derecho.

⁴⁵ El concepto de coacción es consecuencia de lo expresado en el punto anterior, y conduce a la dicotomía dominación-obediencia, y a las siguientes cuestiones que se plantea Isafías Berlin: ¿Puedo ser coaccionado?, ¿hasta dónde?, ¿por qué razón? (Berlin, I. *Libertad y necesidad en la Historia*. Revista de Occidente. Madrid, 1974).

⁴⁶ Instrumento es lo que sirve de medio para hacer una cosa o conseguir un fin. El Derecho es un instrumento normativo.

⁴⁷ Cambiante.

⁴⁸ Una de las finalidades del Derecho, con independencia de sus fundamentaciones y legitimaciones, es lograr y mantener el control social.

⁴⁹ Que se aplica procesalmente —con arreglo a un procedimiento ritual—.

⁵⁰ Vinculado al conflicto y al poder.

⁵¹ Se pretende decir con esto que hay que dejar abierto el origen del Derecho a las aportaciones de la antropología jurídica paleontológica.

⁵² En las comunidades más primitivas en las que encontramos jerarquía, subordinación, estructura social organizada, agresividad ritualizada, y conflicto, tenemos todos los ingredientes para que existan los primeros mecanismos de control que, depurados por el tiempo evolutivo posterior, terminaremos llamando Derecho.

⁵³ Cabe suponer que el Derecho, en cierta medida y en algunos casos, pudiera ser, desde la denominada concepción retribucionista, la respuesta coactivo-agresiva del ordenamiento jurídico ante un problema de agresión entre los hombres (por ejemplo la pena de muerte).

to la estructura social de cada momento a analizar, porque de ella parte el Derecho. Y sí la vida social es origen del Derecho, el método de la sociología jurídica es la observación de la vida en su dimensión jurídica. Lo primero que la sociología encuentra con la observación de la vida social humana es el conflicto. En ese conflicto está el comienzo de lo jurídico.

Con y desde el conflicto, se articula en la sociedad una estructura de dominación que tenderá a transformarse (generalmente con una serie de autolegitimaciones) en poder. Esa puede ser la evolución: conflicto *versus* dominación *versus* poder. Esos tres elementos son el principal objeto de estudio de la antropología. Por eso hemos insistido en que la antropología es una de las raíces, por no decir la principal, de la sociología; argumento que en gran medida se ratifica al constatar que: "la sociología, en sus primeros tiempos, estuvo muy ligada a la investigación de las sociedades primitivas (lo que hoy llamaríamos antropología social, piénsese por ejemplo en los estudios de Post)"⁵⁴. Por tanto es posible, para quien eso afirma, un concepto sociológico del Derecho, pero matizando que tal concepto sociológico-jurídico es un concepto paralelo al concepto "jurídico" del Derecho, es decir aquel elaborado por la Teoría del Derecho⁵⁵.

En tal sentido, Robles sostiene que *el concepto sociológico del Derecho, define las características sociológicas del Derecho vigente* (positividad y eficacia) *entendido como ordenamiento social, caracterizado por la institucionalización* (el Derecho está organizado mediante un aparato especial, dedicado a darle forma expresa, aplicarlo a la realidad social, y velar por su cumplimiento, que son los operadores jurídicos, órganos de creación y aplicación del Derecho dotados de competencias y procedimientos) y *verbalización* (expresión de normas mediante palabras)⁵⁶.

Se produce una reciprocidad evidente en la relación Derecho-sociedad, que es la que estudia la sociología jurídica; porque como apunta García San Miguel hay "una acción causal de ciertos factores sobre el Derecho" y una "acción del Derecho sobre la realidad social"⁵⁷.

Por todo eso la sociología jurídica es una rama de la sociología general que trata el Derecho como fenómeno social, es decir "el estudio de la interpelación entre Derecho y sociedad, analizando las recíprocas y mutuas influencias entre ambos"⁵⁸.

«Se yerra en la cuenta si no se considera que el Derecho fue en su origen violencia bruta y todavía no puede prescindir de apoyarse en la violencia». Freud, S. *Carta a Einstein, ¿Por qué la guerra?* —1932—. Obras completas, tomo XXII. Amorrortu. Buenos Aires, 2004, pg. 192.

«Cierta individuo puede levantar [presentar] una demanda contra su enemigo, en lugar de intentar asesinarlo; en tal caso tendrá un *cambio en la forma de agresión*». Dollard, J. *Frustración y agresión*. Véase en *Dinámica de la agresión*. Megargee, E. y Hokanson, J. Trillas. México, 1976, pg.46.

⁵⁴ Robles, G. *Sociología del Derecho*. Civitas. Madrid, 1993, pg. 23. "Para los sociologistas el Derecho es una realidad social (...) en el sentido de ciencia de la sociedad (...) incluyendo la antropología social". *Ibidem*, pg. 125 y 126.

⁵⁵ Robles, G. *Ob. cit.*, pg. 131.

⁵⁶ Robles, G. *Ob. cit.*, pg. 132 y 133.

⁵⁷ García San Miguel, L. *Notas para una crítica de la razón jurídica*. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, 1975, pg. 118.

⁵⁸ Díaz, E. *Ob. cit.*, pg. 184. "Ciencia que describe, formula y verifica las relaciones de interdependencia entre el Derecho y los demás factores de la vida social, y más precisamente, como ciencia que explica el modo en que los factores demográficos, religiosos, económicos, y políti-

D3) Derecho como valor. Concepto integracionista de Derecho desde la filosofía jurídica

En las sociedades primitivas antes del Derecho lo que había era agresión. Esa agresión, al principio puramente física, podría acompañarse posteriormente de sonidos dando origen a vocalizaciones impositivas que cabría denominar «gritos normativos». Por eso hemos propuesto que el conflicto en una comunidad primitiva es el origen del Derecho. Esto se estudia desde la antropología jurídica.

Con posterioridad se establecen jerarquías en los grupos y el Derecho nace, como dijo Trasímaco —hace más de veinte siglos—, como *la voluntad del más fuerte*. Esta teoría, ha tenido a lo largo de la historia importantes seguidores⁵⁹, y es plenamente compatible —sino el origen— con la teoría del poder en los términos estudiados y descritos por un amplio sector doctrinal, según el cual el poder es el fundamento de validez del Derecho (así Bobbio sostendrá que el Derecho está fundado en último análisis sobre el poder). Ese poder es tal, por su posibilidad de imponer conductas, pero no ya solo por la fuerza, sino por medio de *decisiones normativizadas* que ordenen esas conductas sociales; es decir, por medio de la creación de Derecho.

Los factores sociales que influyen en el Derecho y en el poder pueden ser analizados desde la sociología jurídica. Por eso es compatible —como antes se ha señalado— la sociología jurídica con una concepción normativa del Derecho, ya que la sociología analiza el hecho social de la norma; es decir, las interacciones entre norma y realidad social. Esas normas tienen que cumplir unos valores, fines, objetivos éticos, ideales de convivencia, etc., entre los que está la justicia, y la realización de los Derechos Humanos.

Finalmente, el Derecho está dotado de valor por sí mismo, es decir, se transforma en legitimidad⁶⁰ legalizada. Quiere esto decir que todo sistema de legalidad —normas vigentes y válidas aplicables— tiene implícitamente algún sistema de legitimidad —valores—; aquella legitimidad representada por los valores que resultan acogidos en un ordenamiento jurídico positivo es lo que algún autor ha denominado legitimidad legalizada, es decir, valores positivizados.

Por tanto, en ese proceso en el que se configura el Derecho como forma de vida social, cabe interpretar su concepto (que incluye la teoría de la voluntad del más fuerte, la teoría del poder, y el normativismo jurídico, entendido como Derecho positivizado pero que incorpora unos valores racionales de carácter ético) desde una perspectiva histórica, integradora de los puntos de vista antropológico, sociológico, científico-normativo y filosófico.

cos influyen sobre los cambios en el Derecho, y viceversa, el modo en que el Derecho influye sobre el cambio de esos valores". Díaz, *ibídem*, pg. 184.

⁵⁹ Trasímaco, Gorgias, Calicles, Spinoza, Hobbes, Freud, Ortega y Gasset; y en alguna medida Olivecrona, Kelsen, y Ross. En tal sentido puede verse: De Castro Cid, B. *Problemas básicos de Filosofía del Derecho*, Universitas. Madrid, 1999, pg. 166.

⁶⁰ Siempre que la norma cumpla los siguientes requisitos: 1º Que el Derecho asuma y respete los Derechos Humanos como su fundamento, y aspire a la realización de la libertad, la justicia y la solidaridad. 2º Que el Derecho sea expresión de la soberanía popular, es decir democrático en su génesis y desarrollo, por haber libre e igual participación de los gobernados en la elaboración de las disposiciones jurídicas. 3º Que exista el mayor grado posible de consenso en la elaboración normativa, y en la aceptación social del Derecho.

Todo lo expuesto lleva a un concepto continuo, abierto, integrador y no excluyente del Derecho, que, con las reservas con las que cabe aceptar toda definición, es decir no como dogma sino como punto de partida, podemos asumir como propio.

Y ese concepto de Derecho al que llegamos es el de mi maestro el profesor Legaz Lacambra que junto con Recasens Siches —ambos con orígenes liberales orteguianos—, y Felipe González Vicen, fueron figuras del mayor relieve de toda una época de la Filosofía del Derecho española.

La conocida definición⁶¹ de Legaz⁶² dice:

"El Derecho es una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico"⁶³.

El concepto citado incluye, aunque sea potencialmente, todo lo expuesto hasta aquí; además, al ser una definición abierta tiene una proyección futurible sobre la que pueden basarse nuevas reformulaciones y planteamientos.

¿Cómo cabe interpretar hoy las diversas partes de esa definición?

1.º *Forma de vida social.* El concepto de "vida social" es clave en la obra legaciana, como subraya Lima Torrado quien afirma: "una teoría crítica que pretenda hundir profundamente sus raíces en la práctica de lo social puede encontrar en este concepto un firme punto de referencia"⁶⁴. Precisamente significar lo jurídico como una forma de

⁶¹ Un interesante estudio del concepto legaciano de Derecho es el de Lima Torrado titulado *La definición de Derecho en Legaz* (Ed. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1993) donde se analiza la definición en su proyección histórica, tratando de ver que hay de superado, que hay de actual, e incluso de futurible en ella. Entiende el autor como superada en la doctrina de Legaz la perspectiva neokantiana, y como vigente y futurible la consideración del Derecho como forma de vida social y como punto de vista sobre la justicia. Aspectos estos básicos de la definición, y sobre los que —a juicio de Lima— pueden basarse nuevas reformulaciones y planteamientos.

⁶² La obra de Legaz ha sido analizada, en estos años, por los más importantes filósofos del Derecho. Sin embargo, su pensamiento se ha adscrito a diferentes corrientes filosóficas —cómo señala Lima Torrado a quien seguimos en las próximas líneas—, así hay quien lo consideró en la línea metafísica tradicional (como el profesor austriaco René Marcic), o quien lo incluye en el pensamiento neokantiano (como hace Rodríguez Iturbe). Otros lo encuadran en el existencialismo (Elías de Tejada), o en la escuela fenomenológica (Michel Villey). Para Wolf la evolución del pensamiento Legaciano llega a la sociologización-historicismo-cientifismo. Sin embargo, coincidimos con Lima en que el pensamiento de Legaz no es susceptible de ser encasillado en una determinada escuela, "más bien podría afirmarse que es un pensamiento crítico propio, no exento de originalidad en el que tomando como punto de partida el humanismo jurídico cristiano y construyendo su existencialismo jurídico la base central de su ontología, pretende integrar aportaciones provenientes de las doctrinas kelsenianas, de la filosofía de los valores, estructuralistas, neo hegelianas etc. Pero todo ello sin desplazar, en ningún momento, el eje central de su ontología jurídica: el concepto de persona en cuanto portadora de una especial dignidad. Con frecuencia Legaz subraya la perspectiva personalista de Ortega y Gasset". Lima Torrado, *J. Luis Legaz Lacambra en el tercer aniversario de su fallecimiento*. Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, nº 69, páginas 7 a 14.

⁶³ Legaz Lacambra, L. Ob. cit., pg. 295.

⁶⁴ Lima Torrado, J. *La definición de Derecho en Legaz*. Edic. cit., pg. 80.

vida social es lo que nos permite valorarlo desde un punto de vista antropológico (pues el humanismo y la persona —su dignidad— constituyen elementos primordiales de la concepción legaciana). Con otras palabras, sostener que el Derecho es una *forma de vida social*, es partir del hombre como integrante del grupo social, y eso implica adoptar una posición antropológica.

Se trata de un concepto influido por el raciovitalismo orteguiano⁶⁵ que entiende la vida como realidad radical de donde parten los valores vitales. Por eso el Derecho es "su circunstancia" (sociológica), porque es vida social. Y también por eso existe una conexión —evidente en este concepto— entre Derecho y realidad social al ser las relaciones sociales entre hombres las que se establecen como necesarias por medio de las normas imperativas⁶⁶.

En este fragmento de la definición cabe incluir, al ser el Derecho forma de vida social, la voluntad del más fuerte, (génesis del Derecho, analizada desde la antropología jurídica) *versus* la teoría del poder.

2.º *En la que se realiza un punto de vista sobre la justicia.* El iusnaturalismo de Legaz era muy personalista, (entendía el Derecho Natural como posibilidad de exigir la libertad que tiene el hombre por ser persona⁶⁷), de cariz racionalista⁶⁸, en el que se incluye la aspiración a valores como la justicia aunque afirma (con gran mérito en ese contexto histórico) como prueba de eclecticismo: «Todo Derecho es una cierta justicia; pero para ser Derecho no necesita ser *la* justicia y porque no lo es ni puede serlo, todo Derecho *puede ser* una cierta injusticia»⁶⁹.

Tal formulación del concepto de justicia en Legaz se ha visto como algo que "puede sugerir tal vez —y esta constituye otra perspectiva de futuro de su definición— la determinación de la especial unión existente ente la ideología y la idea de justicia"⁷⁰. En todo caso, lo que cabe incluir en esta parte de su formulación de Derecho es la institucionalización efectiva de los Derechos Humanos como organización jurídica de la libertad.

3.º *Que delimita las respectivas esferas de licitud y deber mediante un sistema de legalidad.* Exigencia de positivización y por tanto de aceptación de una posición normativista en orden a poder determinar en la práctica que es lícito y que es obligatorio. En este lugar de la definición, y aunque en ella no se determine, hay espacio intelectual para incluir los conceptos de legitimidad legalizada (valores positivizados).

⁶⁵ Vid. Hierro S. Pescador, J. *El Derecho en Ortega*. Revista de Occidente. Madrid, 1965.

⁶⁶ En esa línea está la definición de Derecho de Guasp: "Derecho es el conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias". Guasp, J. *Derecho*. Autoedición. Madrid, 1971, pg. 7.

⁶⁷ "El Derecho Natural consiste en la posibilidad que tiene el hombre, por ser persona, de actuar externamente, con pretensión de eficacia social, aquella libertad suya de afirmar o de exigir aquello sin lo que no puede ser pensado como persona ni subsistir frente a los otros como tal persona". Legaz. Ob. cit., pg. 330.

⁶⁸ "Derecho Natural será la regla establecida por la razón natural de que entre lo que se da y lo que se recibe debe existir una proporción; ahora bien, toda proporción no puede existir más que como realidad positiva". Legaz. Ob. cit., pg., 311.

⁶⁹ Legaz Lacambra, L. Ob. cit., pg. 355.

⁷⁰ Lima Torrado, J. Ob. cit., pg. 80.

4.º *Dotado de valor autárquico*. Esta afirmación, podría calificarse como herencia kelseniana⁷¹. Es decir, la reminiscencia de una "teoría pura"⁷², que de sentido y valor al Derecho por sí mismo, sin necesidad de otras justificaciones.

En conclusión, el gran merito de la concepción jurídica de Legaz y de su definición integradora del Derecho es que incluye armónicamente elementos de teorías aparentemente dispares, y que permanece abierta al normativismo, a la ciencia y la sociología del Derecho, e incluso a la antropología jurídica.

El profesor Legaz supo compatibilizar su altura intelectual con la curiosidad y el respeto por las ideas diferentes. Talento, trabajo, generosidad y tolerancia. Esos son los ecos de su última lección.

⁷¹ Vid. Kelsen, H. *La Teoría pura del Derecho*. Editora Nacional. México, 1979.

⁷² Aunque no desvinculada de otras ciencias, como Kelsen sostuvo, sino abierta a ellas. Una teoría interdisciplinaria de lo jurídico que compatibilice lo normativo con lo antropológico y psicosocial.