

MARÍA
DE LA VÁLGOMA

EL
DERECHO

EXPLICADO A LOS JÓVENES



PAIDÓS CONTEXTOS

Sumario

Agradecimientos	11
Introducción. A modo de nota aclaratoria	13
Prólogo. Carta a un alumno	17

1. El origen del Derecho. Un poco de Historia

I. Origen del Derecho	23
I.1. La necesidad del Derecho si existe un grupo social.	23
I.2. La venganza y la compensación	24
I.3. El conflicto de intereses en el origen del Derecho	27
II. Breve recorrido histórico	30
II.1. Un poco de Historia	30

2. Raíces, fuentes, lagunas, ramas (pese a lo poco «natural» que es el Derecho)

I. Fuentes del Derecho.	43
I.1. La ley.	45
I.2. La costumbre	51

I.3. Los principios generales del Derecho.	53
II. Fuentes del Derecho en la actualidad	55
III. Un caso especial (de «no fuente»): la jurisprudencia	58
IV. Una esencial fuente del Derecho: el Derecho comunitario	63

3. Derecho y derechos, o Derecho objetivo y derecho subjetivo. Derecho público y Derecho privado. Las ramas del Derecho

I. La distinción entre Derecho objetivo y derecho subjetivo	67
II. Derecho público y Derecho privado	69
III. Las «ramas» del Derecho	70
III.1. Ramas de Derecho privado.	72
III.2. Ramas de Derecho público.	75

4. La persona como sujeto del Derecho. Los derechos más importantes para la persona

I. La persona natural o persona física	87
II. La capacidad de la persona	89
III. Nacimiento de la persona y comienzo de la personalidad: requisitos legales	90
IV. El concebido no nacido. Protección jurídica del <i>nasciturus</i> . El preembrión	92
IV.1. El preembrión.	92
V. Fin de la personalidad. La muerte	93
VI. La ausencia	95
VII. Estados civiles	96
VIII. Los derechos de la personalidad	97
VIII.1 Derecho a la vida	99
VIII.2. Derecho a la integridad física	101

VIII.3. Derecho sobre las partes separadas o separables del cuerpo	101
VIII.4. Derecho a la libertad personal.	103
VIII.5. Derecho al honor	104
VIII.6. Derecho a la intimidad personal y familiar	105
VIII.7. Derecho a la propia imagen	107
VIII.8. Derecho al nombre e identificación personal	109
VIII.9. Derecho moral de autor	112
IX. La persona moral o persona jurídica	113
X. ¿Tienen derechos los animales?.	114

5. Una categoría especial de derechos: los derechos humanos

I. Origen	120
II. Las declaraciones	121
III. Fundamentación, crítica e importancia	122
IV. ¿De qué derechos estamos hablando?	124
V. Protección de los derechos humanos	128
VI. Los derechos humanos hoy, ¿tienen futuro?	129

6. La realización y aplicación del Derecho. El sistema judicial español

I. La realización del Derecho	137
II. El proceso	139
III. El proceso judicial en la práctica	141
III.1. Procesos judiciales civiles.	142
III.2. Procesos judiciales penales.	142
IV. El poder judicial	144
V. El sistema judicial español.	146
VI. La institución del jurado	148

7. Funciones y fines del Derecho

I. Funciones del Derecho	151
I.1. El Derecho considerado como instrumento de organización social y como factor de cambio social.	152
I.2. El Derecho como regla de conducta para ordenar la convivencia	154
I.3. El Derecho como medio de resolución de conflictos	155
I.4. El Derecho como forma de aplicación de la justicia.	156
II. Fines del Derecho.	158
II.1. La paz	159
II.2. La seguridad jurídica	162
II.3. El bien común	165
II.4. La justicia	167

8. La necesidad del Derecho

I. Necesidad del Derecho	173
II. ¿Qué ocurriría si no tuviéramos esos derechos que nos protegen?	176
III. ¿Puede el Derecho ser injusto?	178
IV. La obediencia a las leyes. ¿Hay que obedecer las leyes injustas?	179
V. Justicia e injusticia. El valor de la experiencia	181
VI. La obligación de actuar en las sociedades democráticas	183
Bibliografía	187

CAPÍTULO 1

El origen del Derecho. Un poco de Historia

I. ORIGEN DEL DERECHO

I.1. La necesidad del Derecho si existe un grupo social

¿Podríamos imaginar una sociedad sin Derecho? Difícil, muy difícil, por no decir imposible. El Derecho es un fenómeno eminentemente social. Por eso los romanos, que en materia de Derecho fueron unos auténticos lince, lo dijeron muy claro: *Ubi societas ibi Ius*. «Donde hay sociedad hay Derecho.» Probablemente Robinson Crusoe en su isla no necesitaba ningún tipo de norma, porque estaba solo. Hubiera bastado que alguien apareciera —lo que en la novela ocurrió, con la llegada de Viernes—, rompiendo así su solitaria existencia, para que ya fuera necesario algún tipo de regla, alguna norma de actuación.

¿Cómo se originó el Derecho? ¿De dónde salieron las distintas normas? Existen muchas teorías acerca del origen del Derecho, pero a mí, la que más

me convence es la que afirma que tuvo su origen en el conflicto, en lo que luego se ha entendido como «conflicto de intereses».

Imaginemos dos hombres prehistóricos que han salido a cazar, para alimentarse (lo de cazar por deporte aún no se había inventado). Uno, llamémosle Grod, lleva una pesada lanza de punta afilada. El otro, Brun, ha construido una honda y ha recogido grandes piedras para lanzarlas con ella. Escondidos tras unas matas esperan a su presa. De pronto aparece un bisonte, como los de las cuevas de Altamira. Ambos lanzan sus armas rudimentarias y el bisonte cae mortalmente herido. Cada uno de ellos asegura que es él el que ha matado al animal y por eso quiere arrastrarlo hasta su cueva. Empieza Grod, pero Brun se resiste con fuerza y ambos tiran del bisonte cada uno por su lado. Ahí estamos ante un conflicto de intereses. Es posible que la contienda la gane el que tiene más fuerza, y esa fuerza debió de ser en un principio, en los albores de la civilización, la que terminaba el conflicto. Lo terminaba, pero no lo resolvía, porque la violencia indiscriminada no resuelve bien el conflicto. El vencido de esta manera tendrá un sentimiento de humillación e injusticia y querrá vengarse de la ofensa. Y así se desatará la violencia en una espiral difícil de detener.

I.2. La venganza y la compensación

Probablemente la venganza empezó siendo un desahogo pasional, derivado de la furia, pero muy

pronto fue limitada por reglas. La limitación de la venganza se convierte así en un sistema de control social de la violencia, ya que casi todas las culturas han tenido miedo de la violencia desatada y descontrolada, por lo que han intentado contenerla de diversas maneras y cada pueblo lo ha hecho como mejor ha sabido. Veamos algunos ejemplos.

Entre los beduinos de Jordania, sólo se permite en caso de estupro (tener relaciones sexuales con menor de doce años, de algún modo forzado por quien tiene autoridad o superioridad sobre el menor o la menor, por ejemplo, un profesor con su alumna) o de daño grave y voluntario a la integridad física de la persona. Los nyamwezis, de Tanzania, sólo la permiten por asesinato o robo de ganado.

También se suele fijar el lugar y el tiempo para llevarla a cabo. Entre los mondangs, tribu del Chad, cuando ocurre un homicidio el clan de la víctima dispone de dos días para matar al asesino o a algunos de sus hermanos. Si la venganza no se consuma en esos dos días, el agravio debe zanjarse con un sacrificio ritual y dar paso a una compensación. En algunas sociedades la costumbre señala los plazos más allá de los cuales la venganza no está permitida. Los georgianos de la montaña tienen tres años de plazo. Entre los ossetes del Cáucaso el asesino puede entrar como hijo adoptivo en la familia del que ha matado. Esto que a nosotros nos parece un disparate tiene su lógica si pensamos que un hijo, además de su valor afectivo, era una fuerza de trabajo. Así se restaura el equilibrio, tan querido a la idea de

Derecho (pensemos en la balanza como símbolo del mismo) y se da una compensación.

La compensación supuso una nueva solución para los conflictos. En la sociedad romana primitiva, el recurso a la violencia estaba prohibido en casos poco graves. Bastaba con compensarlos pecuniariamente (que viene de *pecus*, que significa «pequeño ganado»). Es la compensación pecuniaria lo que marca el paso de la hostilidad a la relación de intercambio. La obligación de aceptar la compensación pecuniaria, en contrapartida por el daño sufrido, constituye la primera expresión de un Derecho penal. *Penal* deriva de *poena*, que en su sentido originario significaba la compensación monetaria, lo mismo que el griego *poine*.

La compensación conduce a la reconciliación, es decir, a la unión de lo que se había roto, y solía tener en los pueblos primitivos un ritual muy preciso: entre los nyamwezis se hace en casa del rey, quien corta una cabra en dos y la reparte entre los parientes del culpable y de la víctima. Pero hay algunos pueblos, como los abchasis del Cáucaso, que rechazan rotundamente las compensaciones pecuniarias. «No comerciamos con la sangre de nuestros hermanos», afirman. La venganza no termina nunca —«la sangre no envejece»—, por lo que se transmite de generación en generación y puede acabar con la aniquilación total de las familias implicadas. Más o menos es lo que ocurre actualmente con las mafias italianas.

Las sociedades han previsto también formas de protegerse de la venganza. Refugiarse en un lugar

sagrado —el precedente de lo que hoy entendemos por derecho de asilo— sería una de ellas. En Constantina, Turquía, cualquier mujer tenía la capacidad de proteger a quien acudiera a esconderse en su regazo, expresando con este gesto una relación madre-hijo.

I.3. El conflicto de intereses en el origen del Derecho

Luis Díez-Picazo, un magnífico civilista que como saben mis alumnos cito mucho, ha dicho que «el Derecho no es otra cosa que un modo de tratar de resolver tales conflictos», refiriéndose al conflicto de intereses. Citando a Francesco Carnelutti, un jurista italiano, dice que «un conflicto de intereses existe siempre que entre dos o más personas se produce una situación de tensión o de incompatibilidad en sus necesidades o en sus aspiraciones, respecto de los bienes vitales que pueden satisfacerlas». «¿Cómo es un conflicto?», se pregunta, y responde: «Un conflicto existe cuando, sobre un objeto idéntico, que es un bien de la naturaleza o un bien cultural, dos o más personas ocupan posiciones y mantienen posturas que son entre sí antagónicas o incompatibles». Pensemos en nuestros amigos prehistóricos y su conflicto con el bisonte.

Los seres humanos somos esencialmente conflictivos, por lo que es utópico pensar que podemos llegar a suprimir los conflictos. Lo importante es saber cómo solucionarlos, ya que el conflicto altera

o puede llegar a alterar la convivencia del grupo o de la sociedad.

a) *Posibles soluciones al conflicto*

Díez-Picazo nos dice que ante un conflicto hay dos actitudes posibles: Una primera consiste en dejar la solución final del conflicto a la espontaneidad de la vida social. No se toma partido y se mantiene la neutralidad sobre la sustancia conflictiva, es decir, que la sociedad o el grupo como tal no hace nada y vela sólo porque ninguna de las partes rompa las «reglas del juego». Él pone el ejemplo de dos individuos que se pelean por una misma mujer (lo dice más finamente, «dos galanes que se pelean por la misma dama»). No hay que hacer nada, simplemente velar porque ambos sean neutrales, respeten las normas, que uno no calumnie, o desfigure, o mate al otro.

b) *La intervención de un tercero*

La segunda actitud posible es la de tomar partido, que puede imponer el triunfo de uno de los intereses frente al otro o puede exigir un parcial y recíproco sacrificio de cada uno de ellos. Si volvemos a nuestros amigos prehistóricos, el jefe de la tribu, al que ambos han acudido para solucionar el conflicto, puede decidir, por ejemplo, que dividan el bisonte en dos mitades exactas. En tal caso el jefe de la tribu, o la persona más anciana de la tribu (cuando la vejez era respetada y su experiencia muy tenida en cuenta) hacían la labor de pacificación que era

necesaria para el grupo. De algún modo fueron los precedentes de la figura del juez, lo que supuso ya un gran progreso jurídico y social.

En un principio, ese juez no tenía que dar explicación alguna de sus decisiones, porque se suponía que tenía una vinculación con la divinidad, y que por tanto su autoridad procedía o le había sido conferida por Dios. En otras ocasiones el juez trata de dar explicaciones sobre por qué ha tomado una decisión y no otra, y puede basarlo en que en una ocasión similar se había decidido de igual forma que él lo ha hecho ahora. Es lo que se entiende por *precedentes*, siempre importantes, pero decisivos en el Derecho anglosajón.

c) *La seguridad, las reglas, las posibles soluciones*

Las convicciones y creencias del grupo, los precedentes, las opiniones generalizadas o intuiciones sobre lo justo o injusto, no proporcionan la seguridad que la sociedad necesita. «La seguridad exige poder predecir o pronosticar, dentro de ciertos márgenes, cuál será el resultado de un futuro litigio», dice Díez-Picazo. Por eso históricamente existe un momento en el que el grupo social que se rige por sus tradiciones y por sus precedentes considera necesario que se fijen los criterios de decisión a fin de que cada uno sepa a qué atenerse. Eso se hará a través de las normas, que no son sino las «reglas del juego» que hemos inventado para solucionar los conflictos cuando se presenten y poder convivir de la mejor manera posible.

En el origen de la moral y del Derecho encontramos siempre un afán solucionador. Los conflictos, en casi todas las sociedades, son muy parecidos, lo que varía son las soluciones que se dan a estos conflictos. Y necesitamos que esas soluciones sean las mejores. Eso, la búsqueda de las mejores soluciones, se fue logrando de una manera lenta pero constante, en un largo proceso de humanización, durante el cual el hombre va alejándose de su lado más animal para hacerse cada vez más humano. La evolución biológica dejó al hombre en la playa de la Historia y la Historia, y la cultura nos fueron configurando. Pero es necesario conocer ese largo y penoso proceso histórico, porque si no lo conocemos podemos muy fácilmente dar marcha atrás y perder muchos de los derechos que conseguimos, como en muchos campos importantes, por ejemplo en el laboral, hoy está sucediendo.

II. BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

II.1. Un poco de Historia

No me interesa hacer una Historia del Derecho. Las hay muy buenas y además yo no soy historiadora. Me interesa sólo poner la Historia, en este caso del Derecho, como ejemplo del progreso moral y jurídico de la sociedad, o en sentido más amplio, de la Humanidad.

En la universidad, por lo general, al explicar la Historia del Derecho se empieza hablando del De-

recho romano, dada su genialidad, su importancia y sobre todo su influencia posterior, que ha perdurado hasta nuestros días. Pero vale la pena remontarse siglos en la Historia para descubrir los primeros balbucesos jurídicos de la Humanidad, cómo nuestros ancestros más remotos ya intentaban regular la convivencia y cómo lo hacían tratando de buscar las mejores soluciones, siendo capaces de evolucionar cuando descubrían que una solución, válida hasta un momento dado, ya no servía, y había que buscar otra. Pondré un ejemplo.

En la historia de la venganza (que en parte conté, con el filósofo José Antonio Marina, en el libro que juntos escribimos, *La lucha por la dignidad*) la famosa ley del talión supuso un gran avance, ya que de la venganza indiscriminada se pasa a un sistema de reciprocidad, una solución mucho más justa: el «ojo por ojo y diente por diente». Si tú me arrancas un ojo, yo te arranco otro. Pero ante un caso particular el ojo por ojo deja de ser válido: ¿qué pasa si el que me ha arrancado el ojo es tuerto? Si yo utilizo la ley del talión no es que yo le quite un ojo dejándole tuerto, como él me dejó, es que le dejo ciego, un daño mucho más grave, así que habrá que buscar otra salida, otro remedio. Es esta evolución, este afinamiento del juicio, esta búsqueda incesante de una mejor solución la que me parece admirable y maravillosa.

a) *La Antigüedad*

Los primeros esfuerzos de la Humanidad por formular reglas de Derecho se encuentran documenta-

damente en la región de Mesopotamia. El primer código conocido (aunque no era tal, como hoy lo entendemos y probablemente no fue el primero) fue el **Código de Ur-Nammu**, fundador de la III dinastía de Ur, nada menos que del año 2040 a. C. Es un texto muy corto con un prefacio y algunas leyes, que distingue dos estratos sociales, hombres libres y esclavos, y que recoge un castigo para cada tipo de crimen. Para algunos crímenes establece compensaciones económicas, pero el asesinato, el robo, el adulterio y el rapto son ofensas capitales que no admiten compensación. Lo guía un afán por precisar precios, pesos y compensaciones. Así dice: «Si un hombre repudia a su primera esposa, pagará un mana [quinientos gramos] de plata». Una primera esposa se ve que tenía más valor que una viuda: «Si un hombre repudia a una viuda pagará media mana [doscientos cincuenta gramos] de plata». La tablilla que lo recoge se encuentra en el Museo de Antigüedades Orientales de Estambul.

Cronológicamente, lo sigue el **Código de Eshnunna**, primer texto legal en lengua acadia, de 1800 a. C., que nos sumerge en el ajetreado mundo del comercio y de los pleitos, las listas de precios y de indemnizaciones por daños cometidos: «Si un hombre le muerde la nariz a otro hombre y se la arranca, pagará una mina de plata. Un ojo una mina; un diente, media mina; una oreja media mina, una bofetada en la cara diez siclos». Conmueve esta minuciosidad, este afán por regularlo todo y buscar cómo indemnizar a la víctima.

Mucho más conocido, y sobre el cual se ha escri-

to mucho más, fue el **Código de Hammurabi** (o Hammurapi), elaborado alrededor de 1700 a. C. por el sexto rey de Babilonia. Es el primer código que recoge la ley del talión (de *talis*, «idéntico»), según la cual la pena debe ser proporcionada al delito cometido, principio que está regulado en los modernos códigos penales. Escrito en babilonio, recoge 282 leyes numeradas, aunque faltan algunas, y tratan de la jerarquización de la sociedad, los salarios, el funcionamiento judicial —el refinamiento llega a tanto, que la justicia la imparten ya los tribunales y se puede apelar al rey—, el robo, la actividad agrícola, los daños a la propiedad y hasta la responsabilidad profesional: por ejemplo, si un arquitecto ha construido una casa que después se desploma sobre sus ocupantes, causando la muerte de alguno, será condenado a pena de muerte.

Estas leyes están grabadas en una columna de piedra negra, de basalto, y aún recuerdo la emoción que sentí al verla por vez primera cuando fuimos en viaje de «paso del Ecuador» al Museo del Louvre de París, donde se encuentra. Todo jurista que se precie debería verla, y también cualquier interesado por cómo se fue construyendo nuestra compleja civilización.

Grecia, su cultura, fue central en muchas cosas, sobre todo en filosofía y en arte, pero también tuvo una enorme importancia para el Derecho. En primer lugar con su «invención» de la democracia (de *dêmos*, «pueblo», y *kratos*, «poder»), en el siglo V a. C., pero sobre todo con la noción de *ley*, separada ya del poder divino y religioso, y discutida

y votada por los ciudadanos (aunque no por todos, sino sólo por los ciudadanos libres y de pleno derecho, lo que excluía a extranjeros, esclavos y mujeres). Dada la diversidad de las polis griegas, la variedad de las leyes era extrema y, a diferencia de lo que harían los romanos, los griegos no intentaron sistematizar ni codificar sus numerosos textos legales dispersos. Las normas establecían los derechos y deberes de los individuos para con la comunidad, las sanciones penales y civiles, el castigo por crímenes contra el Estado, y otros de menor importancia.

Pero donde verdaderamente brilló el mundo jurídico fue en **Roma**. No se trata en absoluto de hacer un tratado de Derecho romano, que los hay magníficos, ya que por su importancia para el Derecho actual, se sigue estudiando en las facultades de Derecho. Las más importantes instituciones jurídicas que tenemos, los principios básicos por los que nos regimos fueron elaborados en Roma. No me parece exagerado afirmar que sin el Derecho romano y su impronta nuestra civilización sería hoy muy distinta, seguramente menos evolucionada. Los romanos, esos genios del Derecho, pusieron las bases de casi todo lo que es hoy nuestro edificio jurídico.

La magnitud del Derecho romano hace necesario para su comprensión dividirlo en etapas.

La primera sería la del *Derecho antiguo*, que abarcaría desde la fundación de Roma hasta el siglo I a. C. El hito más importante es la Ley de las XII Tablas, que es la primera recopilación de leyes escritas, hecha en el 450 a. C., y que a imitación de Grecia se expusieron en el foro romano para darla a

conocer a todos. Contiene numerosas reglas de procedimiento, de Derecho de familia, de Derecho de bienes y de Derecho penal. En muchos casos son leyes rígidas y formalistas.

La del *Derecho clásico*, del 130 a. C., al 230 d. C., es la etapa en la que tiene un gran auge el derecho pretorio, que tenía una función jurisdiccional.

El *Derecho posclásico*, del 230 al 527 d. C., a su vez tuvo varias subetapas que se denominan con el nombre de sus emperadores (etapa diocleciana, constantiniana y teodosiana).

Derecho justiniano es la etapa de un Derecho mucho más perfeccionado, y en la que Justiniano, ya en Bizancio tras la caída del Imperio romano, consigue codificar el Derecho romano que hasta entonces se había creado. La magna obra recibe el nombre de *Corpus iuris civilis* que se componía de cuatro partes:

- El Códex o Código, dividido en doce libros que trataban de Derecho eclesiástico, público, privado (seis de ellos), de Derecho penal, procesal y de lo que hoy entenderíamos como administrativo.
- El Digesto o Pandectas (que quiere decir «lo que comprende todo»), una especie de gran enciclopedia, que contenía las opiniones de los más importantes juristas (Gayo, Ulpiano, Paulo, Papiniano) de todas las épocas desde la fundación de Roma.
- La Instituta. Dada la extensión del Digesto, era muy difícil poder conocer el Derecho, así

que este libro era como un manual dirigido «a la juventud deseosa de conocer las leyes» (¡la misma que yo querría encontrar para leer este librito!).

- Y por último, las Novelas, donde se recogían las Constituciones de Justiniano posteriores a la redacción del *Corpus iuris*.

Gran parte del Derecho romano que estudiamos es el tardío, más doctrinal y abstracto. El de los primeros siglos era, por el contrario, procesal y casuístico, más parecido a lo que hoy se entiende por *Common law* en el Derecho anglosajón, que es un Derecho del caso, un Derecho principalmente jurisprudencial, es decir, que se basa en los casos ya resueltos por los jueces o tribunales, más que —como sucede en el Derecho continental— en las leyes.

b) *La época medieval*

La obra de Justiniano se había perdido y olvidado muy pronto en el Occidente separado del Imperio bizantino. Pero fue redescubierto a finales del siglo XI en el norte de Italia, lo que tuvo importantes consecuencias.

La reaparición de la gran obra del último emperador romano suscitó un inmenso trabajo de interpretación, que llevó a cabo lo que se conoció como la escuela de los glosadores de Bolonia, que había nacido en torno a la recién creada universidad, la más antigua de Europa. Este trabajo fue continuado por los posglosadores en los siglos posteriores.