

Una introducción al Derecho

SUMARIO: PROLOGO: I. EL NOMBRE (QUID NOMINIS). II. EL TIEMPO (QUANDO). III. EL ESPACIO (UBI). IV. LA ESENCIA (QUID REI).—RECAPITULACIÓN PRIMERA: V. LA EXPERIENCIA (QUID FACTI). VI. LA NORMA (QUID CONCEPTUS). VII. EL VALOR (QUID VALORIS).—RECAPITULACIÓN SEGUNDA: VIII. Los FINES (QUID FINES). IX. CONCLUSIONES.—EPILOGO.—SUGERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

PROLOGO

Buena parte de los juristas de hoy —maestros, profesores, tratadistas, prácticos u «operadores jurídicos»— tiene su propio concepto del Derecho y difícilmente cabe encontrar dos que sean idénticos. Esta paradoja hace que todavía hoy en día sea buena la irónica observación de E. KANT en el siglo pasado:

«... los juristas buscan todavía una definición de su concepto del Derecho».

Esta afirmación sigue siendo cierta hoy, ya que —al contrario de lo que suele ocurrir con otras ramas del saber— el primer contacto con el Derecho *no puede establecerse* a través de una definición del objeto de estudio. De ahí que los autores suelen acudir al recurso de ofrecer *perspectivas* de la presencia del Derecho en la vida de los humanos. De esa manera de hacer voy a hacer uso, introduciendo algunas otras *referencias*.

Referencias que, en aras de mayor claridad expositiva, cabe reconducir a las siguientes *preguntas* en torno al fenómeno DERECHO: *quid nominis, quando, ubi, quid rei, quid facti, quid conceptus, quid valoris, quid fines*. O, de otro modo dicho: ¿qué significa, cuándo y dónde aparece, qué es, en qué consiste, cómo se hace, qué valor tiene, para qué sirve..., eso que llamamos DERECHO?

Estas *preguntas* vienen a ser la concreción de toda una serie de *aspectos* que representan todos los pasos de un itinerario lógico y único en búsqueda

de esa definición inalcanzable del Derecho y que responden a las **cuestiones básicas** en orden a su terminología, a su aparición histórica, a su dimensión territorial, a la esencia del fenómeno, a su dimensión fáctica, a su perfil normativo, a su dimensión estimativa (o valorativa) y a su finalidad última.

Solamente después de haber hecho **un recorrido** por todos esos aspectos podremos estar en condiciones de acercarnos a saber qué sea esa cosa a la que llamamos DERECHO.

I. EL NOMBRE (QUID NOMINIS)

Hay que comenzar el estudio de cada cosa con una referencia al nombre:

«... es necesario que el que determine los nombres sepa cuál es la naturaleza de los objetos sobre que recaen» (PLATÓN: CRATILO O del lenguaje).

Importante es precisar, de una parte, *la significación de la palabra* referida a la cosa «DERECHO», y, de otra parte, la denominación que con otras palabras esa cosa concreta tiene *en otras culturas diferentes* de la nuestra.

Terminología muy variada es la que han utilizado *las diferentes culturas* que *en el mundo* se han ido sucediendo para referirse a lo que —hoy, aquí y entre nosotros— conocemos como «DERECHO». Con una pormenorización detenida y exhaustiva, uno de nuestros más distinguidos historiadores del Derecho, el profesor J. LALINDE ABADÍA, ha recorrido las distintas culturas que en el mundo han sido y ha recogido en su trabajo las manifestaciones producidas. Aquí se exponen tanto las culturas como la idea de «Derecho» respectiva, sintéticamente, como sigue:

<i>Culturas</i>	<i>Nombre</i>	<i>Idea representada</i>
Infraevolucionadas (afronegras, árticas, amerindias, oceánicas...).	ADAT-AADA-FOMBA-TORU-UMUCO-YASA	TEMOR (a los antepasados).
Taobudistas (Extremo Oriente).	CHING	CASTIGO
Cuneiformes. Antiguo Egipto	MEECHARU MAAT	PROTECCIÓN ORDEN (Justicia = Balanza)
Brahmánico-Budistas. Antigua Grecia.	DHARMA DIKE	DEBER DECISIÓN

<i>Culturas</i>	<i>Nombre</i>	<i>Idea representada</i>
Hebreos.	TORAH	ENSEÑANZA
Roma-Bizancio.	IUS	YUGO
Árabes.	CHARIA	CAMINO (Fik = Investigación)
Europa Occidental. Ibero- américa.	DIRECTUM	DERECHO
Alemania y países germá- nicos.	REHT	DERECHO
Hungría.	YOG	YUGO
Europa del Este-Grecia-Paí- ses balcánicos.	PRAWO	DERECHO
Gran Bretaña, USA y países de la «Commonwealth».	COMMON LAW	LEY COMÚN

Buena parte de algunas de estas terminologías y referencias aluden a *aspectos* de ámbitos geográficos, históricos, religiosos, morales, culturales... muy distintos, que por sí solos merecerían una extensión de tratamiento muy superior al aquí meramente indicado.

A la hora de aludir al **origen y porqué** de la palabra aquí utilizada —DERECHO— los tratadistas apuntan la idea de una *trasposición* de la palabra «IUS» a la de «DIRECTUM», debida a la influencia de la Iglesia católica *durante el período visigótico*:

«... la Iglesia se considera regida por el "IUS" y cuida de éste..., lo adopta y lo adapta a sus propias concepciones... pretende que aquél —al igual que la TORAH— se transforme en un camino, vía o senda... (Todo ello) origina que la ordenación eclesiástica aparezca como "dirección" o "directo"... (Directus, eo quod in rectum vadit). ... De esta forma, con un "IUS" teodosiano en decadencia y corregido por una legislación germana, la Iglesia católica crea una versión clerical de aquél, que es el "directum"..." (LALINDE).

Reflexiones similares, si bien situando esta trasposición conceptual *en la Edad Media*, nos presenta L. Díez-Picazo:

«... Se produce (esta) trasposición cuando la idea de "ius" pasa de designar la situación en cuanto situación justa a designar el conjunto de posibilidades que esa justa situación permite a la persona que se encuentra en ella. En ese momento la idea de "ius"

(derecho) pasa a designar una situación de poder. Según MICHEL VILLEY este giro intelectual se produjo durante la Edad Media como consecuencia de la polémica entre los franciscanos y el Papado. San Francisco dio como regla a los hermanos de su orden la de ser pobres. Los franciscanos se encontraron de pronto, como consecuencia de la extensión de su orden y de su inmenso prestigio, poseedores de bienes importantes (iglesias, conventos, donaciones, etc.). Había alguna discordancia entre la regla y la práctica. Por ello, el Papado, que fue durante mucho tiempo protector de la orden y que, además, no había compartido nunca el culto del santo por la pobreza, descubrió un medio de arreglar el caso mediante un compromiso de estilo jurídico, preconizado por los grandes canonistas de la época. La cuestión se resolvió *entendiendo* que los bienes de los franciscanos —sus conventos, sus iglesias, sus huertos y sus jardines— *estaban "in ius et proprietatem Beati Petri"...*»

A la hora de seguir esa trayectoria histórica de la palabra «DERECHO», parece oportuno centrar aquí que *el hito final del término* se corresponde exactamente con el resultado de aquel giro medieval conducente a la adscripción de la idea de «derecho» a *la esfera del poder*: el poder o la potestad que se tiene sobre el bien de que se disfruta. De momento, nos basta esa consideración derivada del análisis terminológico.

II. EL TIEMPO (QUANDO)

El fenómeno humano al que llamamos «DERECHO» es algo que se produce dentro de todo grupo social organizado, en todas las épocas históricas y en todos los lugares.

La *enumeración de textos* que recogen fenómenos jurídicos, sería en verdad laboriosa, de manera que en este lugar tan sólo caben unas concretas referencias demostrativas de lo dicho, v. gr.:

- POEMA DE GILGAMESH, Columna VI, vers. 23-26.
- CÓDIGO DE HAMMURABI, Parágrafos 165 ss.
- LEYES DE MANU: Libro VIII, vers. 27 ss. 55 ss. 47 ss. 197 ss. 201 ss.
- BIBLIA:
 - GÉNESIS, 26, 19 (sobre el disfrute del agua para el riego de tierras o bebida de los ganados):

«Cavaron los siervos de Isaac en la vaguada y encontraron un pozo de aguas vivas. Pero riñeron los pastores de Guerar con los

pastores de Isaac diciendo ambos: "El agua es nuestra". Y se llamó el pozo Eseq, porque había habido riña por él».

- GÉNESIS, 27, 1 a 29, sobre la venta de la primogenitura a cambio de un plato de lentejas y la consiguiente bendición de Jacob por Isaac (lo que comportaba la jefatura del clan familiar y la atribución de los poderes necesarios sobre las personas y bienes de los miembros del grupo).

- ÉXODO: 20, 1-17 y 22-26; 34, 1-27 (Leyes del Decálogo). 21, 1-37 (Leyes acerca de la vida y de la libertad).

- 22, 1-30 (Leyes relativas a la propiedad).

- 23, 1-9 (Leyes relativas a los procesos).

- LEVÍTICO (Leyes acerca de los sacerdotes y los sacrificios).

- DEUTERONOMIO: 5, 1-26; 19, 1-20; y 20, 22, 23, 24, 25 y 26.

— LEY PARA LA COLONIA GRIEGA DE NAUPACTA (S.V. a C): «Si muere un colono sin dejar en su lugar, en Naupacta, pariente con derecho a heredar, los bienes pertenecerán a su pariente más próximo que viva en Locria Hipocnemidia...»

— HISTORIA DE ROMA: Conflicto por motivo de los lindes de la ciudad de Roma, fundada por los gemelos Rómulo y Remo:

«Los dos hermanos fundaron Roma en la margen izquierda, delimitando con un arado la línea de la futura muralla, y se juramentaron para dar muerte a cualquiera que, sin permiso, la traspasase. Remo, fuera inadvertidamente o enojado por haber recibido ciertos malos augurios, lo hizo, y Rómulo, respetando el juramento, le dio muerte» (C. RASCÓN).

— LEYES DE LAS XII TABLAS (S.V. a C), VIII-6.

— DIGESTO: 9-15 ALFENO (acemilero y caballo); 9.2.1 y 2.2 MELA (juego pelota y barbero).

— CORAN: Sura II, versículos 176, 226 y sigs., 233, 241 y 276.

Obsérvese, a la vista de lo expuesto, *cómo desde el principio* de la aparición de grupos sociales humanos organizados *hubo conflictos de intereses* al producirse una situación de tensión o de incompatibilidad en las necesidades o en las aspiraciones de dos o más personas respecto de los bienes vitales que pueden satisfacerlas. Esta situación de la existencia de conflictos dentro de la marcha de un grupo social organizado impone una cierta exigencia social de solución o, por lo menos, de ordenación de los conflictos. La expresión tan nuestra «esto es derecho» significa, en rigor,

que un determinado conflicto debe recibir una cierta solución, porque esta solución es la que se considera la más correcta o la más aceptable.

Habrà, por tanto, que retener esta apretada exposición histórica **en forma diacrónica** de fenómenos jurídicos como prototípica de la convivencia de los hombres en sociedad.

III. EL ESPACIO (UBI)

Interesa ahora hacer una referencia a la presentación **en forma sincrónica** de los citados fenómenos jurídicos, tanto en territorios alejados de nosotros como en nuestra propia tierra. De ello han sido especialmente conscientes nuestros autores más lúcidos, y así, v. gr.:

«... Todas las gentes tienen alguna noticia, más o menos definida, de que en el mundo en que viven hay un registro civil, ayuntamiento, jueces, gobierno, seguros sociales, leyes y reglamentos, abogados y notarios, herencias, policías, sociedades mercantiles, letras de cambio, multas, etc. Para todos es obvio que esas cosas pertenecen al ámbito de lo jurídico...» (RECASENS SICHES).

«En la vida cotidiana realizamos con frecuencia actos o nos encontramos en situaciones que nos ponen en contacto con el Derecho. Subir a un autobús, tomar localidades para una sesión de cine, comprar el periódico, son actos que tienen una trascendencia jurídica, aunque casi nunca reparemos en ello: ... En otros casos el alcance jurídico de los hechos es más claro y manifiesto: nos quitan la cartera y acudimos a la comisaría de policía... compramos un apartamento a plazos... nos ponen una multa por no habernos detenido ante un semáforo en rojo»... (LATORRE).

«... los fenómenos jurídicos son sustancialmente fenómenos vitales o modos de presentarse y de acontecer la vida humana. Es algo que cotidianamente les ocurre a las gentes: un hombre y una mujer se habían casado, pero ya no pueden o no quieren continuar viviendo juntos; un hijo reclama alimentos frente a sus padres; unos sobrinos pretenden heredar a su tía; un vecino o colindante reclama frente a su convecino, porque este último ha usurpado los linderos de la finca o porque ha construido una chimenea de la que se desprenden unos humos excesivos; un comprador reclama frente al vendedor, porque la cosa vendida no le es útil para los fines a que pensaba dedicarla» (DÍEZ-PICAZO).

Mas, una vez presentado este repertorio de ejemplos tomados de la vida diaria, *el problema* consiste en averiguar si *cabe deducir* de todos esos ejemplos cuál sea el elemento común que les otorga su significado jurídico. **Esa es la pregunta clave** a la que debemos de enfrentarnos. Y a una tal pregunta cada uno de los tratadistas y maestros le da su propia respuesta, y así, v. gr.:

«... En todos esos casos (presentados) podemos exigir de otros una conducta determinada u otros nos la pueden exigir a nosotros. Pero para que ello sea posible es preciso que exista *un conjunto de normas o reglas establecidas* por virtud de las cuales, dados unos hechos, surjan esas posibilidades de reclamar o de quedar sujetos a una reclamación» (LATORRE).

«... En la controversia *jurídica* —a la que se puede llamar, *grosso modo, litigio*— al puro conflicto de intereses va unido un conflicto sobre la tutela de esos intereses, de tal manera que es un conflicto de intereses cuya tutela jurídica pretende cada una de las partes. Es un conflicto de intereses cualificado por una contienda sobre la tutela jurídica. ... Cuando uno de los intereses goza de especial tutela, se dice que el interesado tiene "razón" o que tiene "derecho". Desde este punto de vista, *derecho* es un juicio valorativo sobre la tutela de un interés en conflicto con otro, sobre el carácter aceptable de la pretensión sobre la tutela que el interés ha de recibir, y, *por ello mismo, en forma traslativa*, la situación que hace posible o que permite ese juicio de valor» (DÍEZ-PICAZO).

«... (El Derecho) no pertenece a la naturaleza física inorgánica, ni a la materia orgánica, ni se reduce a la pura realidad mental, no es idea pura ni tampoco valor puro: *lo jurídico se localiza en la vida humana*. El Derecho es un producto cultural, *a modo de vida humana objetivada*, y, en tanto que tales objetos culturales son revividos, repensados, reutilizados, reactualizados por nuevas gentes, constituyen vida humana revivida, vida humana reactualizada. *Dentro de ese campo* de la vida humana objetivada o de las nuevas reviviscencias de ésta, aparece determinado el Derecho por las dimensiones de *lo normativo* y de *lo colectivo*» (RECASENS SICHES).

Encontrado, por tanto, *el lugar o espacio* que en el mundo circundante ocupa el DERECHO, como obra humana histórica encuadrada *dentro de los usos colectivos* —en los que el sujeto (hombre individual) vive algo comunal, tipificado, anónimo, genérico—, es dable observar al efecto que ante

el DERECHO no aparece un hombre individual *concreto*, sino categorías abstractas, tipos fijos, cristalizaciones funcionales (extranjero, vendedor, arrendatario, contribuyente, juez, etc.)- De momento nos basta este dato.

IV. LA ESENCIA (QUID REÍ)

Tenemos ya a la vista lo que es el DERECHO *en la realidad*. Pero una cosa es *la realidad* del Derecho y otra cosa es *la esencia* de Derecho. Para llegar a perfilar cuál sea ésta —el **quid rei** del asunto— entiende RECASENS:

En primer lugar habrá que deslindar las propias y verdaderas *reglas jurídicas* de las reglas morales, de un lado, y de las reglas de cortesía (usos sociales), de otro lado, y de las reglas finalistas y estimativas (juicios de valor), de otro lado. Esos deslindes imponen una investigación y un tratamiento efectuado ya con solvencia y autoridad por los tratadistas, y a sus obras me remito.

En segundo lugar habrá que referir la palabra Derecho al conjunto de normas dictadas por el Estado, que obtienen real eficacia y que se encaminan a la realización de los principios valorativos de justicia: o, de otro modo, el Derecho es un objeto cultural que **esencialmente contiene tres dimensiones** recíprocamente unidas de modo inseparable: *a) validez formal* otorgada por la autoridad política; *b) referencia intencional a unos valores;* *c) realidad* en cuanto a su origen en unos específicos hechos sociales, y en cuanto a su efectivo cumplimiento.

A la unidad del proceso de elaboración del Derecho corresponde la *unidad esencial del Derecho*, cuya unidad encuentra su raíz y fundamento en el análisis mismo del hombre y de sus radicales polaridad e historicidad. Entre las múltiples experiencias humanas está la del Derecho que —como toda obra cultural— *es tridimensional*, en tanto que tensión entre hecho y valor, tensión que se expresa en la objetividad de las normas. **Por lo tanto, el Derecho puede y debe ser estudiado desde esos tres puntos de vista: como hechos sociales, como norma y como valor.** Puntos de vista recíprocamente unidos: la consideración sociológica, la normatividad específica y la estimativa (axiología).

RECAPITULACIÓN PRIMERA

Recapitulando en este lugar algunas de las consideraciones precedentes, cabe decir:

1.º Los autores ofrecen variadas *perspectivas o aspectos* de la presencia del Derecho en la vida de los humanos y siguen en la búsqueda de una definición del Derecho.

2.º Las *referencias* por mí introducidas conducen a la previa solución a las *preguntas tópicas* del QUID NOMINIS, QUANDO, UBI, QUID REÍ, QUID FACTI, QUID CONCEPTUS, QUID VALORIS y QUID FINES en orden al fenómeno humano y vital del DERECHO.

3.º La variada *terminología* adoptada por las más diversas culturas del mundo oscila desde las ideas de temor-castigo-deber a las de orden-decisión-enseñanza-camino, y encuentra su más alto desenvolvimiento técnico en el Occidente Europeo [Yugo (vínculo)-Derecho-Ley Común].

4.º El *paso o giro conceptual desde el IUS al DIRECTUM* parece ser obra de los canonistas medievales, quedando adscrita la idea de «derecho» a la esfera de la situación de un poder o potestad sobre un bien que se disfruta.

5.º La *sucesión diacrónica de textos* que recogen fenómenos jurídicos evidencia la frecuencia de conflictos o litigios producidos entre los hombres —individualmente considerados o como formando parte de un grupo social— en su condición de grupo organizado que convive en sociedad con otros grupos similares.

6.º La presentación *sincrónica* de los posibles y numerosos fenómenos jurídicos en el espacio en que nos desenvolvemos, muestra toda una serie de ejemplos típicos y tópicos y permite aventurar la pregunta también tópica de si cabe deducir de todos dichos ejemplos un elemento común que les confiera su significado jurídico.

7.º La esencia del Derecho, previo el deslinde entre las normas jurídicas y las restantes normas morales y sociales, parece conducir a una **configuración tridimensional** del mismo, como realidad histórico-cultural de tres dimensiones: el derecho como hecho, el derecho como norma, el derecho como valor.

V. LA EXPERIENCIA (QUID FACTI)

Entiende RECASENS por **experiencia jurídica** «el conocimiento inmediato y directo de una serie de datos que intervienen en la formación y en el desarrollo del Derecho». La experiencia jurídica *es algo dado* de una manera directa e inmediata; es un conjunto muy complejo, pero unitario, de muchos y diversos datos, entretajidos entre sí de modo recíproco. De entre los más importantes *componentes* de ese complejo que llamamos «experiencia jurídica» cabe aquí mencionar los siguientes:

- La urgencia y el deseo de paz y de orden.
- La conciencia de que el hombre es un ser que ha de tomar decisiones, eligiendo posibilidades y potencialidades, en cada uno de los momentos de su vida.
- La idea de «sentimiento jurídico», intuición *de lo que es injusto* y, en menor medida, de lo que es justo, como vehículo de un juicio de estimación que tiene intrínseca validez.
- *El sentimiento de la injusticia*, mezcla indisoluble de sentimiento y razón, consistente en el hecho —dado de manera inmediata en nuestra conciencia— de reaccionar frente a una situación injusta, hecho que es dinámico e impregnado de un calor emocional de repudio e indignación, v. gr.: reacciones de horror y repugnancia frente a actos terroristas, la toma en consideración de los méritos y deméritos, los requerimientos de igualdad, las reclamaciones de la dignidad de la persona humana, la satisfacción de necesidades perentorias, etc.
- Los datos biológicos, consistentes en la diferencia de sexos, la reproducción, la alimentación, la diferencia de edades, la herencia de ciertos caracteres físicos y mentales, las necesidades de cubrir en grado mínimo alimentación, vestido y vivienda, etc.
- La representación mental del *derecho subjetivo*, entendido *en el sentido* de «estar autorizado a», esto es, de estar autorizado a hacer u omitir un determinado comportamiento y también para reclamar o exigir de otra persona algo, cierta cosa o cierta conducta.
- El sentimiento de «lo merecido», *noción estimativa de carácter ético* no necesariamente ligada a normas de Derecho y que constituye un componente de la justicia.
- El sentimiento del demérito o sentimiento de vindicta, relacionado con la idea de la culpa y de la pena adecuada a la infracción, factor importante en la elaboración y el desarrollo del Derecho Penal.
- Los *deseos sociales básicos*: de seguridad, de progreso o mejora y de nuevas experiencias, de reconocimiento por los demás, de ayuda al prójimo en peligro o necesitado, de ser libre y de autoafirmarse y de no ser constreñido, de afán de conseguir poder y mando sobre sus semejantes —uno de los motores de la **política** en todos los tiempos— y el consiguiente —contrapuesto— de la tendencia gregaria a obedecer, etc.
- El «factor de poder político», **factor que da no sólo validez formal sino también realidad efectiva y vigencia al orden jurídico**, en el sentido de que un orden jurídico *existe como tal*

—esto es, *tiene efectiva vigencia*— en la medida en que sea apoyado, mantenido e impuesto por el poder político. O, de otro modo dicho, es el poder político quien proporciona **realidad** al Derecho positivo. El poder político como institución *está justificado desde el punto de vista de la estimativa (axiología)*: es una instancia real y efectiva de mando coercitivo, *es algo que debe ser* y, además, *algo que forzosamente tiene que ser*.

— *Los factores económicos*, que en conjunto condicionan e influyen en las formas jurídicas, sin perjuicio de que éstas puedan modificar, dentro de ciertos límites, la materia económica, remodelándola. Así, v. gr., ciertos sectores del Derecho tienen un contenido económico evidente, tales como el Derecho mercantil, el Derecho financiero, el Derecho fiscal, el Derecho de la Empresa, el Derecho Concursal, parte del Derecho del trabajo, parte del Derecho Administrativo (actividades de fomento), el Derecho de la seguridad social, etc. En nuestros días es trascendente la implantación de un «mercado común europeo», que está en la base de la Unión Europea derivada de los Tratados de Roma y Maastricht.

— *Las estructuras sociales* —*preexistentes* al Derecho y *coexistentes* con él—, tales como la producción, distribución y consumo de bienes materiales, las relaciones laborales, las relaciones interhumanas ya sean de tipo sexual (hetero u homosexual) ya derivadas de la paternidad y filiación, etc.

— Las enseñanzas derivadas de la «experiencia histórica» que, en sus éxitos y fracasos acumulados en la memoria humana, vienen a constituir uno de los componentes de lo que el mismo RECASENS llama «el logos de lo humano» o también «la lógica de lo razonable».

— *Las intuiciones de valores*, en estrecha vinculación con el *dato normativo* en Derecho porque una norma supone *haber elegido* entre las múltiples y variadas posibilidades de comportamiento y, *como toda elección*, supone una *preferencia*, un *juicio de valor*, una *estimación*. Por consiguiente, una norma de Derecho positivo constituye la expresión de la consecuencia de un juicio de valor.

— *Las estructuras de razón*, dado que en Derecho rige la *lógica de lo razonable* que maneja conexiones —que no se dan en la «Lógica jurídica» racional típica— tales como los argumentos *razonables* o razones de *prudencia* (sin perjuicio de que también a veces coexistan con otras conexiones *racionales* típicas).

— *El factor religioso*, dado que muchas veces se da el *hecho* de que normas de Derecho obedecen a las convicciones de carácter

religioso o equivalente o similar (Ser Supremo, la Razón, Marx-Lenin-Mao, el proletariado y el Estado social sin clases, la raza y el Estado, etc.).

Teniendo en cuenta la precedente exposición —que encarna **la dimensión fáctica del Derecho**— como conjunto unitario pero complejo de obras humanas, aparece en ese conjunto como relevante una serie de *hechos* de relaciones interhumanas en los que va encarnada *una dimensión* (o un perfil) *conflictiva*, esto es, vienen a traducir *un problema práctico, una cuestión de conducta o comportamiento* en la que se produce una confrontación o choque entre aspiraciones humanas diversas. A su vez, tales aspiraciones están cargadas de referencias a *valoraciones*, **lo que presupone**: que ese conjunto de realidades y de valores son vistos *a través* de personalísimos lentes estimativos, que quienes propugnan o profesan tales valoraciones *pretenden* que éstas *concuerdan* con criterios de valor objetivamente válidos, que tal pretensión *implica* también *la intuición* de unos valores a los que se considera dotados de intrínseca validez.

Sabiendo todo esto, cabe decir que es precisamente *en la cuenca de la experiencia en donde* —en términos generales— *se engendra la producción de todo Derecho*. Esta constatación, evidente «per ser», proyecta nuevas luces sobre la tesis moderna de que las operaciones mentales del legislador, juez y jurisconsulto constituyen un verdadero *pensamiento sobre problemas* que arranca del análisis de los problemas prácticos suscitados por la vida social.

VI. LA NORMA (QUID CONCEPTOS)

1. Hay que precisar —como dato previo insoslayable— que la alusión *a la delimitación conceptual* va referida *a la dimensión normativa* del Derecho y no a éste mismo (por lo dicho más arriba en orden a la «definición» posible de DERECHO). En tal sentido, cabe decir que *impone* —**como presupuesto metodológico**— *una diferenciación* entre normas jurídicas y normas morales, entre normas jurídicas y reglas sociales y de cortesía, entre normas jurídicas y normas arbitrarias: diferenciación que no voy a hacer aquí, por sobradamente analizada en tratados y manuales, a los que me remito.

A la norma jurídica se atribuye **como elemento característico esencial** el de la posibilidad de *imponer forzosamente*, de modo inexorable e irresistible, *la ejecución* de la conducta debida o de una conducta sucedánea prevista en la misma norma o de evitar a todo trance un comportamiento prohibido. **El fin de la norma** consiste en lograr que los sujetos cumplan

o realicen la conducta que aparece como ordenada o mandada: consiguientemente, la norma jurídica es el *instrumento* o *medio* elaborado por los hombres para lograr aquel fin, esto es, el fin de que se produzca la conducta deseada (RECASENS).

2. Habíamos dicho anteriormente cómo el DERECHO aparecía ya desde los tiempos pretéritos como un procedimiento de solución de los conflictos de intereses. En este lugar corresponde tratar del DERECHO **como un sistema o un conjunto de normas (reglas)**, normas o reglas que cabe reconducir con DÍEZ-PICAZO a las siguientes *características generales*:

1.º Su implantación y su mantenimiento *procede*, directa o indirectamente, del Estado o de sus órganos, es decir, de personas que ostentan el poder político.

2.º Todas estas reglas se encuentran rigurosamente *textualizadas*, o sea, aparecen reducidas a textos, y *exteriorizadas* mediante la utilización de un lenguaje especializado (y a veces, críptico o hermético, difícilmente comprensible para los legos o los no iniciados).

Al pasar al análisis de **la configuración externa** que revisten las normas jurídicas parece claro que a primera vista admiten construcciones gramaticales de alguna heterogeneidad. Así, entresaca DÍEZ-PICAZO los ejemplos siguientes:

1.º Los textos que expresan una obligación o un deber: «está obligado», «estará obligado», «debe», «deberá»... (vid. arts. 389, 615, 455, 1.910 del Código Civil).

2.º Textos que utilizan la expresión «poder» o «tener derecho» (vid. arts. 412, 461, 761 del Código Civil).

3.º Textos en que las ideas de «deber» o «poder» están enunciadas de modo negativo (vid. arts. 485 y 1.484 del Código Civil).

4.º Textos en los que el sujeto de la oración queda indeterminado (vid. arts. 385 y 387 del Código Civil).

5.º Textos en los cuales lo que se intenta parece que es dejar algo entendido: «se presume», «se entiende» (vid. arts. 108, 571 y 1.407 del Código Civil).

6.º Textos cuyo centro de gravedad péndula en torno a la idea de castigo o de pena (vid. art. 472 del Código Penal).

7.º Textos que enuncian proclamaciones solemnes de valor programático (vid. art. 1.º de la Constitución, art. 2 de la Ley 20/1984, de 19 de julio, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

8.º Textos que pretenden modificar la realidad social y orga-

nizar —dentro de ella— un sistema de relaciones: «se crea», «se establece», «se organiza»... (vid. Reglamentos en materia administrativa...).

De toda esta enumeración concluye Díez-PICAZO diciendo que los textos normativos básicos ligán con una situación dada, una consecuencia que consiste en un deber u obligación, o un poder o derecho.

Mas las normas jurídicas —como recordaba RECASENS— no se corresponden con una «verdad jurídica»: no encierran, ni nunca hacen referencia, a una verdad. En rigor, una regla jurídica no es ni puede ser nunca verdadera o falsa. No pertenece al mundo del *ser*, sino al del *deber ser*: las normas jurídicas son una imposición y constituyen la expresión directa de un poder de mandar en una sociedad determinada (DÍEZ-PICAZO). Al análisis de las tesis voluntarista, normativista, etc., en orden a las proposiciones normativas jurídicas se refieren los tratadistas con solvencia, y a dicho punto me remito.

3. A la hora de tratar de dar respuesta al **problema del carácter jurídico** de esa norma que encierra un «deber ser», hay que proceder al detenido análisis en orden a la estructura y el funcionamiento de las reglas jurídicas. A ello me refiero seguidamente.

A) PERFIL ESTÁTICO (ESTRUCTURA DE LA NORMA)

La dimensión estructural de la norma atiende a un doble género de *cuestiones*: la una, referida al *cómo son*; la otra, referida al *cómo se originan o producen*. Solamente determinando claramente la respuesta a la una y a la otra cabe llegar a entender lo que la norma verdaderamente es y lo que la norma significa.

a) COMO ES (ESTRUCTURA INTERNA o PROPIAMENTE DICHA)

Expone con claridad Díez-PICAZO este punto diciendo:

«El esquema de una norma jurídica presenta, *prima facie*, dos partes claramente distintas. La primera parte puede denominarse supuesto de hecho, traduciendo la expresión alemana "Tatbestand". La segunda parte recibe normalmente el nombre de consecuencia o efecto jurídico.

El supuesto de hecho de la norma jurídica constituye una previsión o anticipación hipotética respecto de una posible o incluso probable realidad futura. Gráficamente se expresa con la proporción: "si es A". El supuesto

de hecho es esta misma realidad futura en cuanto mentalmente imaginada o idealmente configurada (vid. arts. 120, 251, 351, 370 del Código Civil)...

El segundo elemento de la norma es la consecuencia jurídica. La norma trata, se dice, de ligar a un supuesto de hecho (*si es A*) una determinada consecuencia jurídica (*debe ser B*). La consecuencia jurídica, se ha dicho también, no pertenece al mundo de la "facticidad" o de la "realidad", sino al mundo de la "**normatividad**". Producido el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica no adviene sin más en el mundo de la realidad. ... La coordinación de la consecuencia jurídica con el supuesto de hecho no tiene la significación de una declaración sobre una conexión real existente entre ambos. Es la norma jurídica la que guía o establece dicha conexión. ... Cuando se habla de un "efecto jurídico" o de una "consecuencia jurídica" se utiliza una expresión *metafórica*, acuñada en virtud de una actitud de mimetismo respecto de lo que acontece con los fenómenos de la naturaleza. ... acaso sea más exacto hablar de una "**respuesta jurídica**" al estímulo de unos actos o de unos hechos o de un "**tratamiento jurídico**" del caso. ... Para describir el fenómeno puede utilizarse *el término de "sanción"*... (la empleamos) dotándola de una mayor amplitud y *englobando en ella* todo tipo de respuesta, de tratamiento o, si se quiere, de efecto jurídico. *El efecto jurídico o sanción* es una situación nueva que aparece tras la comprobación y la valoración de la situación anterior. ... De algún modo... puede decirse que la consecuencia jurídica o el efecto jurídico es una sentencia en la cual se contiene la afirmación de que una condena o una absolución debe ser pronunciada. *El efectum iuris*, la *respuesta* del orden jurídico o el *tratamiento* jurídico del caso es siempre una condena o una absolución...»

Finaliza DÍEZ-PICAZO el análisis de *la estructura* de la norma jurídica diciendo:

«El concepto primario en el terreno jurídico no es el concepto de **deber**, sino el concepto de **poder** o de tener derecho. Lo cual viene, además, probado por el hecho de que nuestra disciplina se llama precisamente DERECHO. La puesta en marcha de un derecho, poder o facultad es una reclamación o, en general, una "pretensión". Un deber jurídico es la sujeción de una persona a la formulación de una pretensión y a las consecuencias que para ella pueda tener el hecho de que tal pretensión prospere o sea acogida. Esta concepción del sistema jurídico como un sistema de calificación de pretensiones constituye una vuelta a nuestro punto de partida: **el conflicto de intereses como fenómeno jurídico primario...**»

b) *COMO SE ORIGINA* (ESTRUCTURA EXTERNA, ORIGEN O PRODUCCIÓN DE LAS NORMAS)

La doctrina tradicional refiere esta pregunta a la rúbrica relativa a las llamadas «**fuentes del Derecho**», que es de suyo equívoca e insuficiente, como tal metáfora acuática o hidrológica emparentada con mitos animistas y religiosos ancestrales.

Para DÍEZ-PICAZO la moderna teoría de las «fuentes» sólo se comprende a partir de la consagración del *dogma* (siglos xvm-xi) *del imperio de la ley* como expresión de la voluntad general. *Lo que conlleva* necesariamente la limitación de los poderes judiciales y la certidumbre y seguridad del Derecho: esto último se consigue a través de la técnica de la codificación e integración de los sistemas codificados.

Considera DÍEZ-PICAZO que el problema del *origen* de las normas o de las «fuentes del Derecho» es, ante todo, un problema eminentemente *político* y una cuestión de índole *sociológica*, por otra parte. En cuanto a *los poderes en que reside la potestad de creación* de normas jurídicas, cita los siguientes:

— *La solución negociada* (la autocomposición): los pactos o acuerdos entre los interesados (individuales-colectivos).

— *Los «precedentes»*: la heterocomposición o decisión del conflicto por un tercero erigido en árbitro o en juez (en comunidades avanzadas, es de rango primordial). El tercero trata de encontrar una *ratio decidendi* o un criterio de decisión, frecuentemente hallado en una decisión anterior («precedente»). El precedente, en rigor, es un caso ya decidido, que actúa como directriz de la decisión del nuevo caso planteado.

— *La costumbre*. Tema este enormemente debatido y vigorosamente discutido: ¿qué es la costumbre? ¿Cómo puede caracterizarse? Para DÍEZ-PICAZO la costumbre *se forma* por la reiteración de un pacto, de una sentencia o, excepcionalmente, de una orden particular concreta. No cabe detectar con certidumbre su origen y lo que le confiere vigor es su utilización. El «uso», más que vía de creación, es vía de expresión y de justificación.

— *La Ley. En sentido general*, entendida como todas las normas emanadas de los órganos del Estado, dentro de los límites que les permite la Constitución, **que debe ser considerada hoy, también ella misma, fuente del Derecho**, en la medida en que recoge un conjunto de reglas de eficacia inmediata. Un examen completo de las leyes —dice LATORRE— no puede contentarse con conocer su superficie, sino que ha de calar más hondo e indagar *las causas*

y factores reales que han concurrido en su formación, *las fuerzas sociales* que las han promovido y *los móviles y fines* que en ellas alienten.

Como conclusión del análisis de **la estructura externa (producción) de las normas**, entiende DÍEZ-PICAZO que **en el origen** de todas las normas jurídicas existe siempre una fuerza social o un grupo social activo y penetrante que presiona sobre el aparato estatal o sobre la sociedad entorno. *Otra cuestión distinta* es la que consiste en *determinar en qué medida* esa norma —así originada— responde a la conciencia social general y va a quedar efectivamente implantada; pero ello nos lleva al *gran problema de la validez, legitimidad y efectividad de las normas*, a que luego me refiero.

B) PERFIL DINÁMICO (FUNCIONAMIENTO DE LA NORMA) (QUID EFFECTUS)

La dimensión dinámica de la norma apunta a una serie de cuestiones de enorme variedad y complejidad, que tan sólo cabe aquí enumerar muy sucintamente con la consabida remisión a los tratadistas.

La norma jurídica, ya se considere como un mandato, como un imperativo, como una regla de conducta o como un criterio de decisión de conflictos, existe siempre con la pretensión de que la vida social y la realidad social se ajusten a ella: que el mandato o el imperativo sean obedecidos; que el deber-ser contenido en la regla sea cumplido; que los litigios que se susciten sean resueltos o decididos de acuerdo con ella (DÍEZ-PICAZO).

Para cumplir su razón de ser —suele decirse— *el Derecho debe realizarse*, esto es, hacerse real, incorporándose a la vida social. Al conjunto de operaciones o actividades llevadas a cabo para *ajustar* la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas suele definírsele como «**aplicación del Derecho**». A su vez, esta tarea muy compleja de encuadrar el caso concreto en el supuesto de hecho de una norma jurídica conlleva la delicada selección de los criterios para hallar la norma aplicable al caso: es lo que se denomina «**interpretación**» del Derecho. Finalmente, es palpable en el ambiente el fenómeno novísimo del *cambio vital* de nuestro tiempo, cambio radical en el repertorio de comportamientos del hombre, que introduce **la gran aporía de los «cambios sociales»** y su interrelación con las normas jurídicas. A todos dichos problemas me refiero —muy esquemáticamente también—, con la consiguiente remisión a los tratadistas (en especial, a DÍEZ-PICAZO).

a) *Aplicación del Derecho*

Para la doctrina tradicional la aplicación del Derecho viene a ser *una «subsunción»*: se subsume el caso concreto planteado en el supuesto de hecho de una norma jurídica. Rigurosamente, la función sería *una función de constatación o de homologación*: se trata de determinar si la hipótesis de la ley se realiza en el supuesto de hecho, v. gr.: si la norma se reduce a la fórmula «si es A, debe ser B», bastará constatar que el caso sobre el que se opera es A, para que dimanase lógicamente la conclusión de que en este caso debe ser B (vid. art. 407 del Código Penal).

Para DÍEZ-PICAZO, en la operación mental que lleva a la decisión o a la solución del concreto conflicto de intereses planteado cabe diferenciar cuatro fases o etapas diferentes:

1.º *Seleccionar la norma* sobre la cual la operación judicial se va a producir (previas la búsqueda y captura de la norma, y la atribución de una carga de sentido a la misma y a la exclusión de otras normas).

2.º *Fijar los hechos concretos* sobre los cuales está operando, esto es, debe constatarlos y describirlos (es la «re-historificación» del caso).

3.º *Llevar a cabo un contraste* entre el caso —tal y como ha quedado descrito— y el supuesto general de la norma jurídica cuya aplicación se pretende.

4.º *Fijar el sentido y el alcance de la consecuencia* establecida por la norma.

Observa, no obstante, DÍEZ-PICAZO que en numerosas ocasiones *no basta* con todas estas tareas (etapas) de búsqueda y de selección de la norma aplicable a los hechos y *no se obtiene* la sencilla premisa mayor del silogismo judicial (o porque puede haber no una, sino varias normas —arts. 351 y 615 del Código Civil—, o porque lo hallado no son todavía normas sino textos normativos a través de los cuales es preciso una labor de reconstrucción de la norma a aplicar). *La labor judicial o jurídica es entonces una labor de reconstrucción*: se trata de una *reducción* de los textos a normas. Y esta actividad —médula del quehacer jurídico— es lo que suele llamarse «**interpretación**». A ella me refiero a continuación.

b) *Interpretación del Derecho*

Hemos visto que, dentro del conjunto de actividades de la llamada «aplicación del Derecho», la *interpretación* constituye la operación jurídica

básica. Dejando a un lado lo equívoco y genérico del término, cabe decir que en Derecho la interpretación es sobre todo una «atribución de sentido» o «de significado», y que opera sobre la realidad, sobre los fenómenos, sobre los sucesos, sobre las sensaciones y sobre una comunicación significativa ya producida.

La incidencia de la interpretación dentro del campo jurídico va a depender de las diversas concepciones acerca del DERECHO. Para una *teoría imperativista*, la interpretación es la determinación, por medio de signos externos, del mandato contenido en la norma: en rigor, es una «hermenéutica»; en esta tesis sería *la última fase* del proceso de aplicación del Derecho, en el sentido de que vendría a ser la atribución del significado a la norma ya seleccionada y reconstruida. Para quienes —como Díez-Picazo— consideran al DERECHO como un sistema de justa solución de los conflictos o como la determinación de un *iustum* concreto, sería «interpretación» el conjunto de actividades puestas en práctica para llevar a cabo la investigación o la búsqueda auténtica del Derecho o de lo que «es derecho», es decir, del *iustum* concreto: es una difícil tarea de adaptación y readaptación continua de una obra terminada, *de reconstrucción continua*, es una operación *total* no situable sólo en el campo de lo normativo y de la pura atribución de sentido de una norma de aplicación ya decidida. Para Díez-Picazo la labor del intérprete es una labor de *décodage* que puede dar lugar a una cadena enormemente larga: *una cosa es* la interpretación de las normas y la interpretación del Derecho, y *otra cosa es* la pura interpretación de textos.

La interpretación —concebida **como operación total de búsqueda del Derecho**— es una operación que no se produce sólo en el terreno de la decisión de los casos concretos, sino que es una actividad de perfiles mucho más *amplios*: hay interpretación legislativa, auténtica, doctrinal, cautelar... Pero lo cierto es que toda interpretación **jurídica** conduce al intérprete a una serie de variantes o de opciones: la distinción de estas variantes o de estas opciones es siempre una *decisión*. Cuando existen puntos de vista unánimes o mayoritariamente aceptados, es esa unanimidad o esa mayoría lo que da la pauta. En los demás casos, hay que moverse, siempre, en torno de puras probabilidades.

El mejor camino para comprender *la labor interpretativa* y detectar la enorme dificultad de **la tarea de elegir las posibles opciones del intérprete** viene a ser el de *los ejemplos*. Recoge Díez-Picazo algunos de ellos, muy expresivos.

Al final de toda interpretación hay, por lo menos, *una serie* de variantes o de opciones entre las cuales el intérprete debe decidir. *Los problemas centrales* de la interpretación jurídica se plantean, precisamente, en torno a estas opciones y, estrictamente, son éstos: ¿debe el intérprete realizar esas

opciones libre y espontáneamente, o bien debe ajustarse a unas reglas, cánones o criterios establecidos? Si la respuesta fuera esta última, ¿cuáles son estos cánones o criterios?

De los varios **modos de razonamiento jurídico** se han ocupado con intensidad y profusión todos los autores que han tratado del tema, en especial quienes han estudiado *el tema específico de la «Lógica jurídica»*. Destacan las notables y numerosas aportaciones de RECASENS SICHES, quien en uno de sus últimos trabajos reitera la idea de *rechazar* el empleo de *la lógica tradicional* de la deducción silogística en el campo del Derecho, dado que en éste impera **otra lógica diferente**: la lógica material de los asuntos humanos, la lógica no de lo racional matemático sino *de lo razonable* en materia de problemas humanos.

Coincidentes con las argumentaciones de RECASENS, los autores modernos —VIEHWEG, PERELMANN, DíEZ-PICAZO— oponen a la *lógica formal* (lógica simbólica o deóntica) la denominada «*hueva retórica*» o *pensamiento tópico (problemático)*, en que parte de que el razonamiento jurídico no busca una demostración, sino una argumentación. Así, en tanto que el razonamiento *demonstrativo* conduce siempre a una conclusión, el razonamiento *argumentativo* se propone justificar una decisión. Para RECASENS se trata de **la vieja técnica medieval** del pensar sobre problemas, desenvuelta en el seno de *la retórica o arte de la persuasión*: toma *como punto de partida* el sentido común, el cual va tanteando el camino en el campo de las verosimilitudes y se guía por la prudencia humana.

Finalmente, presenta DíEZ-PICAZO una aproximación al tema del razonamiento jurídico al distinguir *tres tipos distintos dentro del mundo de los razonamientos jurídicos*: los razonamientos lógicos en sentido estricto, los razonamientos dialécticos, los razonamientos retóricos o persuasivos.

c) *Cambios sociales-cambios jurídicos*

A este tercer grupo de cuestiones —dentro de la dimensión **dinámica** de las normas— dedicaba su atención hace algún tiempo el profesor DíEZ-PICAZO.

Examinaba, y examina hoy también dicho autor, **la interrelación** «cambio social-cambio jurídico» desde cada uno de los ángulos determinados por los miembros del conflicto y plantea *una doble pregunta*:

- 1." ¿Cómo repercute un CAMBIO SOCIAL en el ordenamiento jurídico? O, de otro modo, ¿cambia o no cambia —y cómo cambia— el orden jurídico como consecuencia de un cambio social?

2.º ¿En qué medida un CAMBIO JURÍDICO es un vehículo o un instrumento idóneo para operar un cambio social?

Para analizar **la primera cuestión** parte dicho autor de las distintas posiciones en orden a la incidencia en el orden jurídico de los cambios sociales, y considera que *el problema no es si el ordenamiento jurídico cambia o no cambia, sino cómo cambia y qué es preciso que ocurra para que cambie*. La respuesta a este nuevo interrogante *es el punto central* de la cuestión: preconiza lo que cabe llamar una aplicación del derecho o una **interpretación evolutiva o adaptadora**, como operación de reajuste del texto jurídico, lo cual no es sino el viaje de regreso a la interpretación **histórica**. A su vez, esa postulada *interpretación evolutiva o adaptadora* va a depender en una gran medida de la tipología del cambio social: cada tipo de cambio requiere una peculiar forma de tratamiento. Cita como **tipos** más relevantes *de cambios sociales*, entre otros: los cambios políticos (constitucionales), los cambios legislativos, los cambios tecnológicos, *los cambios en la dinámica económica*, los cambios ideológicos.

A *la segunda cuestión* (¿Son las normas jurídicas vehículos idóneos para promover o acelerar el cambio social?) refiere el autor citado las concretas experiencias históricas, que motivaron en su día sendas tesis contrapuestas. Considera Díez-PICAZO que no cabe decir que la respuesta deba ser absolutamente pesimista y negativa, y argumenta en torno al papel del legislador y de la ley **en función de la transformación** a modo de *instrumento de dinamización del cambio*.

VIL EL VALOR (QUID VALORIS)

1. Legitimidad de las normas

Importante en este lugar es **la cuestión básica** formulada con claridad por R. DE ÁNGEL:

«¿Cuál es el fundamento, la razón de ser de la obligatoriedad de las leyes? ... ¿De dónde procede la fuerza obligatoria de tales mandatos?»

Desde antiguo se ha planteado el hombre *esta pregunta* acerca del *fundamento del Derecho*. La clave de la cuestión —sigue R. DE ÁNGEL— ha sido siempre la de decidir *si es preciso acatar las leyes humanas*, tal y como de hecho son, por no existir otras por encima de ellas, *o si, por el contrario, existen leyes superiores* a las procedentes de la autoridad huma-

na. Muchas han sido, y muy variadas, *las contestaciones* que ha merecido tan trascendental pregunta, que podrían reducirse a dos grandes corrientes: la *idealista* y la *positivista*.

Muy gráficamente se manifestaba ya en los textos clásicos esta cuestión, y así cita R. DE ÁNGEL el pasaje de la «*Antígona*», de SÓFOCLES, en el que la protagonista —a la que se le ha prohibido enterrar el cadáver de su hermano— increpa al tirano Creonte:

«No, yo no he debido creer que tus órdenes tengan fuerza suficiente contra las leyes no escritas de los dioses... Esas leyes no son de hoy ni de ayer. Ellas han existido siempre y siempre existirán y nadie sabe cuándo surgieron...»

Una pregunta esta *la de determinar si una norma jurídica está o no intrínsecamente justificada* que suele ser conocida con las denominaciones de «axiología jurídica», «estimativa jurídica», «Derecho natural», «idea de justicia», «fin supremo del Derecho», etc. Para RECASENS la justificación de esta tarea radica precisamente en que una norma jurídica significa que, de entre las diversas posibilidades de conducta elegidas, éstas lo son por resultar *preferidas* a otras, y esta preferencia se funda en una *valoración*. Este fundamento —prosigue dicho autor— tiene la enorme ventaja de ser natural respecto de la posible admisión o no de los varios supuestos filosóficos sobre el particular.

Esta tarea aludida por RECASENS es descrita por DíEZ-PICAZO diciendo:

«...para que exista una genuina norma jurídica y para que la norma quede efectivamente implantada como tal, es menester algo más que el deseo, la voluntad o el interés de un grupo social. Es menester algo más que una prescripción o, si se quiere, que un mandato. ... es preciso que tras ella o bajo ella exista algo más. Y es este algo más lo que la legitima y lo que le da valor. El valor normativo de los textos legales, de las costumbres, de los edictos o de los precedentes, *no se encuentra* en ellos mismos, sino que es menester que exista **una instancia superior, que, en definitiva, los legitima: es una "instancia de legitimación"**».

Responder a la pregunta de «¿qué es lo que legitima y da validez a las normas?» es equivalente a hacer un repaso de las respuestas dadas por las teorías del *positivismo*, de un lado, y del *iusnaturalismo*, de otro lado. Ambas soluciones han sido suficiente y exhaustivamente desenvueltas por manuales y tratados, a los que en este lugar remito.

El dilema es planteado modernamente por RECASENS: «O bien *hay algo intrínsecamente válido, una justicia por encima* de todos nosotros, o bien

la justicia es una palabra vana y lo único que hay es el hecho del poder organizado de tal o cual manera, que hipócrita y cínicamente se llama a sí propio Derecho».

Seguramente ha sido la conciencia de las atrocidades de los sistemas totalitarios la que ha determinado *un renacimiento* de múltiples y renovadas *posiciones iusnaturalistas*. Así, v. gr., GARCÍA SAN MIGUEL recoge, *entre otras*, las siguientes: el iusnaturalismo escolástico católico de reelaboración neotomista (VERDROSS, LECLERQ, TRUYOL, RUIZ GIMÉNEZ), el de los teólogos protestantes (BRUNNER, HERMANN WEINKAUF), el de la filosofía de los valores (MARX SCHELER, H. COING, H. REINER, WELZEL), el de orientación marxista (ERNST BLOCH), etc. Sin embargo, entienden los autores *que la línea divisoria* entre el iusnaturalismo y el positivismo es actualmente mucho más imprecisa de lo que muchos creen.

Inagotable este tema del «DERECHO NATURAL» o ESTIMATIVA JURÍDICA a causa de *las repercusiones sociopolíticas* derivadas de la contraposición positivismo-iusnaturalismo (la gráficamente llamada «reductio ad Hitlerum» del problema), hay que retener que los mismos neopositivistas moderados actuales admiten una **función crítica** a la hora de *valorar* un concreto y determinado Derecho positivo y postulan la distinción en todo DERECHO de **tres niveles**: un Derecho válido (Ciencia jurídica), un Derecho eficaz (Sociología Jurídica) y un Derecho Justo (Filosofía Jurídica) (ELIAS DÍAZ).

Tema el del «**Derecho Natural**» que suele ser obviado por autores excesivamente radicalizados al pretender **un «Derecho revolucionario»** con base en «consideraciones oblicuas», a través de las cuales dicen se obtiene una más justa decisión judicial (CAPELLA). La referencia al dramaturgo BERTOLD BRECHT («El Círculo de Tiza del Cáucaso» —juez AZDAK—, «El Círculo de Tiza de Augsburgo» —juez DOLLINGER—) y a su replanteamiento teatral del famosísimo juicio salomónico del litigio entre dos madres en pugna de un hijo (atención: *en el supuesto teatral* poseedor de bienes y heredero de una casa noble y de gran fortuna) es entendida por alguno como una solución al conflicto en base a *una moral revolucionaria*, esto es, con auténtica sabiduría humana del juez. Parece más bien, a mi juicio, que esa decisión emanada de la obra brechtiana se fundamenta en una valoración, en una *preferencia*: de otro modo, lo que el juez brechtiano aprecia es que la relación *afectiva* (juez AZDAK) —o la relación *de fuerza física* (juez DOLLINGER), en el otro caso— *es un valor preferente* al derivado de la relación «biológica» madre-hijo. En consecuencia, no parece que la solución «brechtiana» al conflicto planteado sea en nada diferente en el fondo de la solución salomónica bíblica (basada en otro *valor preferente*, la instintiva del cariño de madre).

Una postura moderna muy moderada y razonable es la que entiende que

el problema en este epígrafe planteado **es una auténtica aporía**, esto es, un problema que se perpetúa como problema (DÍEZ-PICAZO). Como pautas de orientación señala estas ideas:

1." La idea de un Derecho natural permanente e inalterable debe ser rechazada: la experiencia histórica es una evidente experiencia de cambio y de progreso jurídico.

2.º En el orden jurídico hay siempre un factor móvil de evolución.

3.º Históricamente, la apelación a *un conjunto de reglas superiores a las escritas y vigentes y más perfectas que ellas*, lejos de ser un factor de estabilidad y de intangibilidad, ha sido un factor de reforma o incluso un instrumento de la evolución, que justifica la desobediencia a un orden dado en aras de otro orden que se estima más justo o superior.

Al tratar de encontrar un **fundamento** al llamado «Derecho Natural» entiende DÍEZ-PICAZO que sólo puede encontrarse en la conciencia colectiva o —de otro modo dicho— en las convicciones generales o generalizadas de un grupo social. Para DÍEZ-PICAZO **la decisión de un problema jurídico** se ha realizado probablemente, siempre —y todavía hoy se realiza— **dentro de y con arreglo a** un conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios, en los que el material normativo se inscribe. *Compete, por tanto, a la Ciencia del Derecho la tarea, eminentemente sociológica, de constatar cuáles son estas coordenadas*, válidas para el conjunto social, que sirven de soporte y, en definitiva, dotan de validez a las normas, así como averiguar en qué medida cambian o han cambiado. **La razón de validez del orden jurídico** se encuentra, por consiguiente —a juicio de DÍEZ-PICAZO— en el conjunto de las creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social: las normas que responden a ellas son **legítimas**, pues su legitimidad deriva, en definitiva, del *consensus* de la base social (entendido como adhesión, como aceptación y como aquiescencia).

2. *Efectividad de las normas*

Resulta conveniente poner en conexión *el tema* de la validez o legitimidad de las normas con *el problema de su efectividad* (o de su *eficacia*, según otros): *entendida ésta* como la real consideración de la norma como tal norma por parte de sus destinatarios y su real aplicación.

A la hora de poner en relación validez o legitimidad con la efectividad de las normas (en el sentido dicho), *la cuestión clave* consiste en dilucidar

si *la inefectividad* es un síntoma o un efecto de la falta de legitimidad, o bien si uno y otro son fenómenos pertenecientes a planos diversos. Este problema —plantado por DÍEZ-PICAZO— encierra en sí una serie de hipótesis de signo bien diverso: *en unos casos* la inefectividad real sí puede ser un síntoma de la falta de validez y puede ser demostrativa de un cambio social (vid. lo antes dicho al respecto) que exija un nuevo ajuste de la norma a la realidad socialmente vivida; *en otros casos*, en cambio, la inefectividad real lo único que denota es la extensión de las transgresiones de la norma y el carácter colectivo de la culpabilidad.

Efectividad de la norma, por consiguiente, equivale a **Derecho vigente**, esto es, Derecho vivo, Derecho realizado, Derecho que obtiene **eficacia** y, por lo tanto, que constituye una parte de la cultura viva o actual de un pueblo.

RECAPITULACIÓN SEGUNDA

Las consideraciones efectuadas en los epígrafes precedentes nos han permitido avanzar un poco en la búsqueda de un concepto del DERECHO a través del procedimiento de un análisis algo detenido de las *dimensiones* fáctica, normativa y valorativa del fenómeno jurídico. Parece, por tanto, conveniente en este momento el proceder a una **recapitulación** de algunas de las ideas obtenidas en la precedente exposición, en la forma que sigue:

1.º La dimensión del Derecho **como HECHO** viene incapsulada en el complejo de datos denominado «experiencia jurídica», cuyos *componentes* abarcan desde la conciencia del hombre como un ser «in fieri» libre de adoptar decisiones, pasando por el sentimiento de injusticia, los datos biológicos, los sentimientos de mérito o de demérito, los deseos sociales básicos, el factor de «poder político», los factores económicos, las estructuras sociales, las estructuras de razón, la experiencia histórica, las intuiciones de valores y los factores religiosos.

2.º Los datos fácticos precedentes evidencian relaciones interhumanas que vienen a traducir un problema práctico, un conflicto de intereses, que demanda una adecuada solución de manera firme y ejecutiva. Es en esa cuenca de la experiencia donde se engendra *la producción* de todo Derecho.

3.º La dimensión del Derecho **como NORMA** implica la previa diferenciación entre las normas jurídicas y las restantes normas sociales y conlleva los elementos característicos de la coactividad y de la exteriorización.

4.º A pesar de la aparente heterogeneidad de la formulación de las normas jurídicas, cabe deducir que los textos españoles ligan con una situa-

ción dada X una consecuencia Y consistente en un deber (obligación) o un poder (derecho).

5.º El **perfil estático** de toda norma agrupa los problemas del **cómo son** (estructura interna) y del **cómo se producen** (estructura externa u origen).

La **estructura interna** apunta a dos componentes básicos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. De ellos el trascendente *es el segundo*, entendido como *un efectum iuris*, o respuesta que el ordenamiento jurídico da al caso planteado y que se traduce o en una condena o en una absolución.

La **estructura externa** lleva al gran tema clásico de las llamadas «**fuentes del Derecho**», que —por su parte— engloba toda una serie de problemas muy diferentes. La *potestad de creación* de normas jurídicas parece derivar: o de los pactos, o de los «precedentes», o de la costumbre, o de la Ley. **En su origen último** aparece siempre un grupo social activo presionando sobre el aparato estatal o la sociedad.

6.º El **perfil dinámico** de toda norma comprende una serie de cuestiones de gran complejidad y variedad, que cabe reducir a los *efectos* de la realización práctica del Derecho en su inserción en la vida social y que puede reconducirse a estos temas: la aplicación del Derecho, la interpretación del Derecho, y la interrelación cambio social-cambio jurídico.

7.º En la **aplicación del Derecho**, superada la posición tradicional de la subsunción silogística, se entiende hoy que hay cuatro etapas o fases que llevan a la decisión del caso planteado. Y de esas etapas es muy importante la tarea de *rehistorificación* de los hechos del caso a decidir, y es asimismo trascendental la labor de reconstrucción de la norma a aplicar a través de la reducción del texto o textos a normas.

8.º La **interpretación del Derecho** constituye la operación jurídica básica conducente a obtener la solución o la decisión del caso planteado. Distinta de la pura interpretación *de textos*, la tarea del intérprete le conduce a una serie de variantes o de opciones y ante ellas la elección por el intérprete *de una* conlleva una *decisión*.

9.º En orden a la *interpretación* operan variadas **formas de razonamiento jurídico**, que van desde los postulados y proposiciones de la LÓGICA tradicional (formal, simbólica, deóntica) a las argumentaciones de la llamada NUEVA RETORICA o pensamiento tópico o problemático. En esta manera de argumentar prima la LÓGICA DE LO RAZONABLE y el pensamiento sobre problemas.

10.º La **doble interrelación cambio social-cambio jurídico** lleva a la *doble pregunta*: de si un cambio social repercute en el ordenamiento jurídico, y de si un cambio jurídico es un instrumento idóneo para operar un cambio social. *La primera pregunta* lleva a la respuesta de que debe postularse una interpretación evolutiva o adaptadora, de reajuste del texto

jurídico. *La segunda pregunta* lleva a una respuesta no unívoca, sino *variable* en función de la experiencia histórica concreta.

11.º La dimensión del Derecho **como VALOR** conlleva la cuestión básica de cuál sea la *legitimidad* (*validez*) de las normas, y de si debe preferirse una respuesta positivista o bien una idealista.

12.º La pregunta antecedente —incapsulada bajo la terminología clásica de «**DERECHO NATURAL**» (**ESTIMATIVA JURÍDICA, AXIOLOGIA**)— implica debe precederse a una selección, a una preferencia, de unas conductas a otras, preferencia que consiste básicamente a una **valoración**: es la llamada «instancia de legitimación» (DÍEZ-PICAZO).

Esta preferencia, esta valoración última, va de sí contenida también hoy en día en *las modernas posiciones doctrinales* de cualquier tipo, ya sean iusnaturalistas renovadas, ya neopositivistas moderadas, ya pseudo-revolucionarias.

13.º La cuestión de la ESTIMATIVA JURÍDICA parece ser una auténtica aporía, o sea, un problema que se perpetúa como problema.

Históricamente, la apelación a una LEY SUPERIOR a las leyes humanas ha sido un factor de reforma o evolución.

Sociológica y vitalmente, la VALIDEZ (LEGITIMIDAD) del orden jurídico reside en el conjunto de creencias, estimativas y convicciones del grupo social, derivando en definitiva del *consensus* de la base social.

14.º Conectado con el problema de la LEGITIMIDAD de las normas va el tema de la EFECTIVIDAD de la norma jurídica. La cuestión clave es la de determinar si una y otra actúan en planos muy distintos, o si *la inefectividad real* es un síntoma o un efecto de la falta de legitimidad. Parece que la **efectividad** equivale siempre a Derecho socialmente vigente.

VIII. Los FINES (QUID FINES)

Observada con atención toda mi exposición precedente puede detectarse que se ha tratado de ir dando cumplidas respuestas a otras tantas de las *preguntas* inicialmente planteadas en torno al fenómeno DERECHO (*quid nominis*, *quando*, *ubi...*) y que, sin embargo, falta la referencia al **para qué sirve** (el *quid fines*) el Derecho. De esa temática paso a ocuparme a continuación.

1. Hechas las consideraciones de los epígrafes precedentes —y dejando a un lado la mención de que **el fin último del Derecho** consiste en satisfacer unas necesidades sociales de acuerdo con las exigencias de la justicia y de los demás valores jurídicos implicados por ésta (RECANSENS)—, se trata en este lugar de inquirir cuáles son *los tipos generales de necesidades humanas sociales* que todo Derecho intenta satisfacer, por el

mero hecho de su existencia real, e independientemente de su mayor o menor justicia. A esta averiguación es a lo que suele llamarse **finés funcionales (o funciones) del Derecho**: esas *funciones* conciernen a la satisfacción de unos tipos constantes de necesidades humanas sociales.

Interesa señalar, con todo, que *cada jurista tiene su propio baremo o escala de fines* a perseguir por el Derecho, de tal manera que se hace difícil establecer un conjunto de criterios claros y asimilables en un estadio —como el presente— de «**introducción**» al estudio del Derecho.

Me parece conveniente en este momento y lugar proceder a la reseña en forma muy sucinta de cuál es esta **escala de los fines pretendidos por el Derecho**, que nos presentan algunos de los tratadistas y maestros consagrados entre nosotros. Así, por ejemplo:

— Para A. LATORRE:

- La tendencia a la paz y a la seguridad en las relaciones jurídicas.
- La certeza del Derecho.
- La protección de los Derechos fundamentales (el Estado de Derecho).
- La consecución de la justicia, en sus distintas vertientes.

— Para L. RECASENS:

- La función de certeza y de seguridad, al mismo tiempo que la función de cambio progresivo.
- La función de resolución de los conflictos de intereses.
- La satisfacción de la necesidad de organización del poder político, con su correspondiente legitimación y su limitación.
- El aseguramiento de una dosis razonable de orden en la vida de la comunidad.
- El supremo fin del Derecho (y el Estado) es el reconocimiento de la idea de la dignidad de la persona individual humana.

— Para L. DíEZ-PICAZO:

- La función de resolución de los conflictos de intereses por las vías de autocomposición (satisfacción, pacificación) y de heterocomposición (mediación, arbitraje, proceso).
- El establecimiento de los *criterios de decisión* de los conflictos (convicciones y creencias, **reglas fijas**).

— Para R. DE ÁNGEL:

- La función de instrumento de organización social (Derecho = **mandato**).

- La función *primaria* de ordenar o regular el comportamiento o actuación del individuo en sociedad (Derecho = **regla de conducta**).

- La función de medio de resolución de los conflictos sociales.

- La función de ser el instrumento humano de aplicación de la justicia (Derecho = **mandato o regla justos**).

2. Expuestas las variadas posiciones de nuestros autores más representativos parece que podría aventurarse **una posición muy personal** en el sentido siguiente:

1.º *Históricamente* aparece el conflicto de interés como consustancial a la vida humana en colectividad. Así lo hemos visto en los epígrafes iniciales de esta exposición: **en especial, v. epígrafe II**. La exigencia social de solución de tales conflictos lleva a fórmulas jurídicas de carácter mágico-religioso y, en definitiva, al DERECHO, como medio de resolver los conflictos mediante *sus reglas o normas* (o bien, alternativamente, como propone DE ÁNGEL, a través de la *función cautelar o preventiva* del jurista o asesor jurídico que anticipa, predice o sugiere una solución).

2.º A medida que las sociedades humanas van adquiriendo un cierto desenvolvimiento cultural, el grupo social dirigente siente la necesidad **de que se fijen con carácter estable los criterios de decisión de los conflictos** a fin de que cada cual sepa a qué atenerse (DÍEZ-PICAZO) y, en especial, la conveniencia de obtener la mejor seguridad en las relaciones jurídicas tanto interindividuales como frente al poder político (LATORRE).

3.º Los criterios de decisión cristalizan en **reglas de conducta** en las que se toma en cuenta el comportamiento humano y en las que cabe que el Derecho (norma) adopte alguna de estas *posturas*:

- o la *prohibición* de un determinado comportamiento por ser contradictorio con los principios de organización social que caracterizan a cada comunidad;

- o *imposición* de una conducta determinada, por así convenir al interés de la comunidad;

- o la *tolerancia* de ciertos comportamientos y su protección, caso de verse obstaculizados;

- o la *inhibición* por tratarse de conductas irrelevantes para el Derecho.

4.º En un estadio ya avanzado de la civilización, de la propia «experiencia jurídica» (v. **ep.** V) se deduce el papel decisivo del **DERECHO como instrumento técnico de organización social**: cabe observar cómo casi todas las relaciones, situaciones y acontecimientos humanos pueden ser objeto de regulación por el Derecho y que hoy en día son poquísimos los fenómenos sociales que quedan fuera del imperio del Derecho. Así, v. *gr.*, *el DERECHO aparece hoy regulando*: la persona humana (desde su nacimiento hasta su muerte), las relaciones interindividuales a través de los contactos sociales (en lo personal y en lo patrimonial), el destino de los bienes y derechos del individuo después de su muerte (sucesión hereditaria), la organización del poder político (Estado y sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial), las actividades administrativas de fomento y de policía, la recaudación de tributos, la calificación de determinadas conductas como delictivas y la imposición de las penas correspondientes, las relaciones internacionales, y, *en general*, todos los aspectos derivados de los contactos sociales (v. *gr.*, tráfico urbano, espectáculos públicos, deportes, asociaciones, consumo, etc.).

5.º Una exigencia arraigada en la propia naturaleza de la persona y en el mismo sentir popular lleva —desde hace algunos milenios ya— a **la idea básica** de que el **DERECHO es el instrumento humano de aplicación de la justicia**. Plantea R. DE ÁNGEL *la pregunta clave*: ¿Es «Derecho» cualquier tipo de mandato con eficacia organizadora, o, por el contrario, ha de ser dicho mandato **justo**? Recuerda DE ÁNGEL que:

«la historia del Derecho humano es una constante búsqueda de la justicia y que esta búsqueda se hace tanto más necesaria cuanto mayores son las atribuciones y el radio de acción de las estructuras de poder dentro de la sociedad».

Tema éste el de **la Justicia** con significados políticos y de larga tradición en el pensamiento filosófico occidental, con múltiples **sentidos** y aplicaciones y con una conflictiva y clásica interrelación con el Derecho (LATORRE).

3. Tema el de la **JUSTICIA** que aparece desarrollado con rigor y suficiencia por todos los iusfilósofos (v., por todos, RECASENS) y por los civilistas y maestros consagrados, y a ellos remito aquí. En mi opinión, parece conveniente apuntar unas reflexiones finales en torno a esta gran aporía, introduciendo una distinción que atienda a *los perfiles estático y dinámico* de la misma:

— **Estáticamente considerada:**

La Justicia, así entendida, implica llevar a las sutiles *diferencias* entre justicia «conmutativa» y «distribuida» (RECASENS), o bien a las *reflexiones* de LATORRE en tomo a las contraposiciones justicia-legalidad, justicia-igualdad, justicia-proporción, justicia-principios básicos de orden social.

En sentido muy similar, la situación de la Justicia **dentro del Derecho** lleva a R. DE ÁNGEL a efectuar las *precisiones diferenciadoras* siguientes:

1.º El concepto de Justicia *no es* —como a primera vista puede parecer— universal y constante.

2.º La Justicia *absoluta* es inalcanzable para los hombres. O, de otro modo, en la práctica *otros valores o fines diferentes* de la justicia pueden tener mayor importancia que ésta. La idea inicial de que «el Derecho debe ser un instrumento de aplicación de la Justicia» ha de atemperarse con el debido respeto a *otros fines* distintos de aquélla, entre los cuales destacan *la seguridad y el orden*.

3.º El Derecho reglamenta en muchas ocasiones ciertos *extremos* que son *indiferentes* a la luz de la Justicia: o sea, se trata de casos en los que no cabe hablar de justicia o injusticia.

Ha sido RECASENS quien ha llegado a la máxima concreción **en la delimitación de este perfil formal o estático** de la idea de JUSTICIA, al señalar que:

«... el meollo del problema sobre la justicia no consiste en definir **el valor formal de justicia** —igualdad, equivalencia, proporcionalidad—, ni en afirmar, lo cual es correcto, que se debe dar a cada quien lo suyo. *La médula de la cuestión consiste en otra cosa: consiste en indagar la jerarquía de los valores*, según los cuales se deba establecer la equivalencia y la proporcionalidad en las relaciones interhumanas y en las relaciones entre el individuo y las colectividades».

— **Dinámicamente considerada:**

La Justicia así entendida implicará unos *previos análisis de los valores supremos* inspiradores de todo Derecho (v. gr., la dignidad moral del ser humano, la libertad individual, el principio de paridad ante el Derecho), de la determinación de cuáles valores pueden y deben normar el Derecho y cuáles no, de la aclaración de

qué valores en ningún caso y de ninguna manera pueden ser transcritos en normas jurídicas, de la averiguación de las leyes de relación, combinación e interferencia de valoraciones y de la incidencia especial de los modos de realización de *los valores jurídicos* (RECASENS).

4. Hay que aludir, finalmente, al *gran tema fundamental* de este epígrafe, esto es, **el de cuál sea el supremo fin del Derecho**: dicho tema remite a la necesidad de satisfacer las exigencias de la Justicia y de los valores jurídicos a ella conexos. La respuesta unívoca a dicha exigencia por parte de nuestros grandes iusfilósofos —RECASENS, sobre todo— es clara:

... «*La idea básica del HUMANISMO es la idea de la dignidad de la persona humana... La idea de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo, o, lo que es igual, diciéndolo mediante una expresión negativa —que tal vez resulte más clara—, el hombre no debe ser jamás degradado a un mero medio para la realización de fines extraños o ajenos por completo a los suyos propios. El ser humano es un fin en sí mismo, en sí propio; es un auto-fin*».

A esa *exigencia ideal* —imperativo de la ESTIMATIVA o AXIOLOGIA JURÍDICA— del *reconocimiento del valor supremo* de la dignidad de la persona humana, con su corolario de la libertad o autonomía en el orden social, se atribuye por RECASENS la base o el cimiento de los denominados «**derechos básicos, fundamentales o naturales**» de la persona humana. Base situada —en el ámbito del Derecho— en **el Derecho que se debe establecer** (*de iure condendo, de lege ferenda*), con los consiguientes *requerimientos* insoslayables al legislador, al juez y al intérprete del Derecho.

IX. CONCLUSIONES

A la hora de proceder a unas consideraciones *finales o concluyentes*, después de las previas recapitulaciones primera y segunda, parece oportuno cerrar este discurso sentando las **reflexiones** que subsiguen:

1.º A las variadas **perspectivas** que plantean los autores en torno a la idea de DERECHO se intenta por mi parte aportar **una más, abierta y comprensiva** de una *síntesis* de las más modernas consideraciones de los maestros consagrados.

2.º En una *primera recapitulación* se ha tratado, por mi parte, de introducir **concretas referencias a los puntos** del nombre, de la sucesión

en el tiempo en forma diacrónica, de la descripción de casos concretos en el espacio y de la esencia tridimensional del Derecho.

3.º En una *segunda recapitulación* he tratado de dar una visión omni-comprensiva del fenómeno social DERECHO analizando **sus tres dimensiones**: como hecho, como norma y como valor.

4.º La dimensión FACTICA del Derecho va incapsulada en el conjunto de datos que integra la «experiencia jurídica», y es en esas interrelaciones humanas donde se producen problemas prácticos: ahí se engendra la producción de todo DERECHO.

5.º La dimensión NORMATIVA del Derecho comprende los perfiles estático (ESTRUCTURA) y dinámico (FUNCIONAMIENTO) de la norma jurídica.

Bajo el perfil *estático* se han analizado las cuestiones del **cómo son** las normas (estructura interna) y del **cómo se originan o producen** (estructura externa).

Bajo el perfil *dinámico* se han agrupado las complejas cuestiones de la aplicación del Derecho, de la interpretación del Derecho y de la doble interrelación cambio social-cambio jurídico.

6.º La dimensión VALORATIVA del Derecho —la ya clásica cuestión del «DERECHO NATURAL» (AXIOLOGIA, ESTIMATIVA JURÍDICA)— apunta a la necesaria preferencia o *valoración* para dar solución o decisión al caso planteado.

Auténtica aporía, constatable *históricamente, socialmente* va ligada a un conjunto de creencias y convicciones del grupo social.

A la cuestión citada de la LEGITIMIDAD de la norma va conexo el tema de la EFECTIVIDAD de la norma jurídica.

7.º El gran tema de LOS FINES del Derecho **parte de la premisa** de determinar cuáles sean *los fines «funcionales»* del Derecho, de la descripción de las distintas escalas de cada autor elegido, de una personal síntesis en orden a la *sucesión diacrónica* (histórica y socialmente contemplada) de los modos o facetas en que se presenta ante nuestros ojos el Derecho, y de un análisis de los perfiles «estático» y «dinámico» de la gran aporía de la JUSTICIA.

El gran tema fundamental de **cuál sea el supremo fin del Derecho**, en el que va incapsulada la exigencia de la JUSTICIA y los valores jurídicos a ella conexos, conduce inexorablemente a la exigencia del reconocimiento del *valor supremo* de la dignidad de la persona humana.

EPILOGO

Recorriendo cada uno de los puntos del camino que ofrecen las variadas *perspectivas* —todas ellas reales, evidentes, quizá incompletas— de los

diferentes autores, he tratado aquí de dar respuesta a cada una de las **preguntas** típicas y tópicas en torno al fenómeno humano conocido con el nombre de DERECHO. Todas las perspectivas en conjunto nos dan una visión real del Derecho: cada una no excluye a las demás, sino que todas son compatibles entre sí. Por mi parte, se ha cumplido con la labor de ofrecer mi opinión personal en torno a *las cuestiones básicas* que presenta toda «**introducción**» al estudio del Derecho y, por tanto, parece que la tarea encomendada ha quedado un tanto aclarada.

Este recorrido precedente es demostrativo de **la manera de hacer o razonar típica del DERECHO**, en el sentido de que ante un problema dado no suele haber —por parte del legislador, del juez, del jurista u «operador jurídico»— *una concreta solución sino* una argumentación, un «*dictum*» (= dictamen), una respuesta razonable.

Teniendo todo esto en cuenta no parece que sea tan extraño que persista hoy en día aquella dificultad en orden a *la definición* del DERECHO que ya en su día apuntaba KANT, ni tan sorprendente la denuncia de F. CARNELUTTI acerca de las variadísimas «metodologías» (o puntos de partida o de perspectiva) de cada autor al plantearse el tema del DERECHO.

Sería, por mi parte, ilusorio pretender que —en habiendo terminado con la tarea propuesta y encomendada— había ya procedido a dar *cumplida descripción del papel del DERECHO* en la vida de los humanos. Consciente, pues, de esas limitaciones personales, entiendo más exacto configurar mi aportación «*introdutoria*» **en el mismo sentido de búsqueda** que apuntaba tiempo ha L. DÍEZ-PICAZO:

«... mi tarea apasionante ha sido la búsqueda de la inaprehensible esencia del derecho, que cuanto más se intenta encontrar más huidiza es. ... Para mí, el único enfoque posible, tal vez temperalmente, es el problemático. Se trata, incesantemente, de ver el derecho como un problema con alguna dosis de misterio...»

¿Habré resuelto las dudas y preguntas de mis oyentes con esta mi exposición? ¿Habrà sido por mi parte tan sólo una superficial **aproximación** al «contorno» del DERECHO? Al depender la configuración personal («*dintorno*») del Derecho de la perspectiva de cada autor, ello conlleva inevitablemente una cierta dosis de *relatividad* y *variabilidad*. Desde mi punto de vista parece más adecuado entender —con DÍEZ-PICAZO— que el Derecho consiste en la determinación de un «*iustum*» concreto: no es un dato o algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que ir buscando incesantemente, y *las normas* no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda.

Ante el gran problema de *la determinación de cuál sea el valor de la persona individual* en relación con **los demás valores** que debe tomar en consideración el Derecho —o, de otro modo, ante el *dilema* de las contrapuestas posiciones del *personalismo* (HUMANISMO) y del *transpersonalismo* (ANTI HUMANISMO)—, parece que un jurista de hoy solamente puede tomar partido por el HUMANISMO y considerar que *la idea directriz* que debe guiar al DERECHO es el principio de la dignidad y de la autonomía de la persona humana. Es ese **el valor supremo para el Derecho** —que le hace *cualitativamente diferente de los demás valores*— y a través de él la persona *es un fin*, no sólo frente a todas las cosas exteriores, sino también *frente a los componentes no personales* (físicos, biológicos y psíquicos) del propio «ser» del hombre.

Cerrando esta exposición, volvamos al principio y recordemos otra vez a E. KANT, pero esta vez con su conocida afirmación:

«EN EL MUNDO TODAS LAS COSAS TIENEN UN PRECIO, EXCEPTO EL HOMBRE, QUE NO TIENE PRECIO, PORQUE TIENE DIGNIDAD».

JOSÉ CERDA GIMENO
Notario

SUGERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras específicas sobre el tema

- ATIENZA, MANUEL: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Imprenta Taravilla, Madrid, 1991.
- AUBERT, JEAN-LUC: *Introduction au Droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 2.^a édition revue et mise à jour, Editorial Armand Colin, París, 1984.
- CARBONNIER, JEAN: *Derecho flexible (para una sociología no rigurosa del Derecho)*, traducción de la 2.^a edición francesa, revisada y ampliada de L. DÍEZ-PICAZO, ed. Tecnos, Madrid, 1974.
- CARNELUTTI, FRANCESCO: *Teoría general del Derecho*, traducción de CARLOS G. POSADA, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- CASALS COLLDECARRERA, MIGUEL: *Metodología de la aplicación del Derecho*, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Altes, S. L., Barcelona, 1983.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: «Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1947.
- *La noción del Derecho a través de los sistemas filosófico-jurídicos tradicionales y modernos*, Madrid, 1947.
- «Aplicación y elaboración del Derecho (esquema doctrinal y crítico)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, años 1944-1947.

- *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, ed. Reus, Madrid, 1947.
- *La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2.^a ed., ed. Reus, Madrid, 1954.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO: *Una teoría del Derecho (una introducción al estudio del Derecho)*, 6.^a ed., 1.^a ed. en Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- D'ORS, ALVARO: *Una introducción al estudio del Derecho*, ed. Rialp, Madrid, 1963.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, ed. Ariel, 3.^a ed., corregida y puesta al día, Barcelona, septiembre 1933.
- ENGISCH, KARL: *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de E. GARZÓN, con presentación, revisión y adaptación de L. GARCÍA SAN MIGUEL, ed. Guadarrama, Madrid, 1967.
- FIGA FAURA, LUIS: *Lógica, tópica y razonamiento jurídico*, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Imprenta Aguirre, Madrid, 1993.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO: *Teorías de la tópica jurídica*, ed. Civitas, 1.^a ed., Madrid, 1988.
- GARCÍA MAYNEZ, E.: *Introducción al estudio del Derecho*, ed. Porrúa, 21.^a ed. revisada, México, 1973.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE y otros varios: *Introduction a l'étude du droit*, París, 1951.
- LARENZ, KARL: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de E. GIMBERNAT ORDEIG, ed. Ariel, Barcelona, 1966 (**nueva versión** de MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, ed. Ariel, 1994).
- LATORRE, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*, ed. Ariel, Esplugues de Llobregat (Barcelona), 2.^a ed., 1968.
- RECASENS SICHES, LUIS: *Introducción al estudio del Derecho*, ed. Porrúa, S. A., México, 1.^a ed., 1970 (un **comentario crítico** a dicha obra en J. CERDA GIMENO: «Aproximación al pensamiento de Recasens Siches», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, en el núm. 491, 1972, pág. 825 y sigs.).
- «La concepción tridimensional del Derecho», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 71, 1971, pág. 153 y sigs.
- «La naturaleza del pensamiento jurídico», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1971, pág. 15 y sigs.
- VIEHWEG, THEODOR:
- *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de L. DÍEZ-PICAZO, ed. Taurus, Madrid, 1967.
- *Tópica y filosofía del Derecho*, traducción de JORGE M. SEÑA y revisión de E. GARZÓN VALDÉS y RUTH ZIMMERLING, ed. Gedisa, 1.^a ed., Barcelona, 1991.
- VINOGRADOFF, PAUL: *Introducción al Derecho*, traducción de VICENTE HERRERO de la 2.^a ed. inglesa de 1946 revisada por H. G. HAMBURY, FCE, México, 1967.

Obras recomendadas especialmente

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, 11.^a ed., ed. Bosch, Barcelona, 1989.

- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT: *L'interprétation dans le droit*, Tomo XVII, ed. Sirey, París, 1972.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN: *Les orígenes doctrinales du Code Civil Français*, París, 1969.
- *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français (La règle du jeu dans la paix bourgeoise)*, ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichón et R. Durand-Auzias, París, 1973.
- BODENHEIMER, E.: *Teoría del Derecho*, traducción de V. HERRERO, 3.^a ed., ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- CAPELLA, J. R.: *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, ed. Fontanella, Barcelona, 1970.
- CARBONNIER, JEAN: *Droit Civil*, Tomo I: «Introduction - Les personnes», 15.^a ed., París, 1984.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ (revisión de J. L. DE LOS MOZOS): *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I: «Introducción y parte general. Volumen primero. Ideas generales, teoría de la norma jurídica», 11.^a ed., ed. Reus, Madrid, 1975.
- DABIN, JEAN: *Teoría del Derecho*, traducción de F. J. OSSET, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DE BUEN, DEMÓFILO: *Introducción al estudio de Derecho Civil*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s.f. (pero 1932).
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *Derecho Civil de España. Tomo I. Parte General*, ed. Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1955.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *Derecho Civil Español. Tomo I. Parte General. Volumen 1 (Introducción al Derecho Civil)*, **Imprenta KADMOS**, Salamanca, 1977.
- *Derecho Civil (Método, sistemas y categorías jurídicas)*, ed. Civitas, S. A., 1.^a ed., Madrid, 1988.
- DELL'AQUILA, ENRICO: *El Dharma en el Derecho Tradicional de la India*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994.
- DÍAZ, ELÍAS: *Sociología y Filosofía del Derecho*, ed. Taurus, Madrid, 1971.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tomo I, ed. Tecnos, Madrid, 1966.
- DIGESTO DE JUSTINIANO: *Traducción española de los profesores A. D'Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García Garrido y J. Burillo*, tres tomos, ed. Aranzadi, Pamplona, 1968.
- ESSER, JOSEF: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, traducción de la edición alemana de 1956 por EDUARDO VALENTI FIOLE, ed. Bosch, Barcelona, 1961.
- FRIEDMANN, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación*, traducción de la edición inglesa de 1959, edic. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1966.
- GOLDSCHMIDT, WERNER: *Introducción filosófica al Derecho (la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes)*, 6.^a ed. (reimpresión inalterada), ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.
- HABA, ENRIQUE PEDRO: «Pre-compréhension et rationalité dans le travail du juge (A

- propos de "Vorverstandnis und Methodenwahl" de Josef Esser)», en la revista *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 20 («Reformes du Droit de la famille»), ed. Sirey, París, 1975, págs. 385-400, espec. pág. 396 y sigs.
- HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, traducción de G. R. CARRIO, ed. Perrot, Buenos Aires, 1963.
- HECK, PHILIP: *La creación del Derecho*, traducción de M. ENTENZA, ed. Ariel, Barcelona, 1961.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *El concepto del Derecho Civil*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 3 vols., Madrid, 1971.
- JHERING, RUDOLF VON: *Bromas y veras en la jurisprudencia*, traducción de la 9.^a edición alemana de 1904 por TOMÁS A. BANZHAF, Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), Buenos Aires, julio 1974.
- KALINOWSKI, G.: *Introducción a la lógica jurídica (elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica)*, traducción de J. A. CASAUBON, Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba), Rivadavia (Argentina), 1973, págs. 10 y sigs., espec. 27 y sigs. y 59 y sigs.
- LALINDE ABADÍA, JESÚS: «La creación del Derecho entre los españoles», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1966, pág. 318 y sigs.
- *Las culturas represivas de la humanidad (H. 1945)*, 2 tomos, edita Universidad de Zaragoza, Prensa Universitaria de Zaragoza, Servicio de Publicaciones, Zaragoza, I.¹ ed., diciembre 1992.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.
- LARA PEINADO, FEDERICO: *Poema de Gilgamesh*, Editora Nacional, Madrid, 1980.
- *Código de Hammurabi*, Editora Nacional, Madrid, 1982.
- LARENZ, KARL: *Derecho Civil. Parte General*, traducción de la 3.^a ed. alemana de 1975 por MIGUEL IZQUIERDO y MACÍAS-PICAVEA, editorial R.D.P. (Edersa), Madrid, 1978.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Derecho de la persona*, ed. Trivium, S. A., Madrid, 1.^a ed., septiembre 1992.
- LEGAS LECAMBRA: *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1953.
- «La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1957, pág. 1 y 1958-59, pág. 1.
- LOISELEUR DESLONGCHAMPS, A.: *Lois de Manou (Manava-Dharma-Sastra)*, Editorial Editions d'Aujourd'hui, L'Imprimerie de Provence, París, 1976.
- MARTY, GABRIEL y RAYNAUD, PIERRE: *Droit Civil. Tome I. Introduction Générale a l'étude du droit*, 2.^a ed., Editorial Sirey, París, 1972.
- NAWIASKY, HANS: *Teoría General del Derecho*, traducción de J. ZAFRA, ed. Rialp, Madrid, 1961.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Editorial Edersa, Madrid, octubre 1986.
- OERTMANN, PAUL: *Introducción al Derecho Civil*, traducción de la 3.^a ed. alemana de L. SANCHO SERAL, ed. Labor, Barcelona-Buenos Aires, Talleres Tipográficos Galue, Barcelona, 1933.
- PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Introducción al Derecho Civil*, ed. Bosch, Barcelona, 1981.

- RASCÓN GARCÍA, CÉSAR y GARCÍA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: *Estudio preliminar, traducción y observaciones a la obra «Ley de las XII Tablas»*, ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- SANTI ROMANO: *El ordenamiento jurídico*, traducción de S. y L. MARTÍN RETORTILLO, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: *Metodología jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1.^a ed., 1988.
- *Metodología de la determinación del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Imprenta Campillo Nevado, S. A., Madrid, 1994.
- VAN DE KERCHOVE, MICHEL: «Jurisprudence et rationalité juridique», en *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 30 (La Jurisprudence), Editorial Sirey, París, 1985.
- VON THUR, ANDREAS: *Parte General del Derecho Civil*, traducción de W. ROCES, ed. Librería de BRUNO DEL AMO, Madrid, 1925.

Obras de interés general

- CALASSO, FRANCESCO: *Introduzione al diritto comune*, ed. Giuffrè, Milano, 1951.
- *Medioevo del diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1954.
- *Storicità del diritto*, ed. Giuffrè, Milano, 1966.
- CARBONNIER, JEAN: *Essais sur les lois*, ed. Répertoire du Notariat Defrénois, Impr. Hérissey, Evreux (Eure), 1979.
- DEL VECCHIO, GIORGIO: *Filosofía del Derecho*, traducción de Luis RECASENS SICHES, ed. Bosch, 6.^a ed., Barcelona, 1953.
- DUALDE, JOAQUÍN: *Una revolución en la lógica del Derecho (concepto de la interpretación del Derecho privado)*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1933.
- Eco, UMBERTO: *LOS límites de la interpretación*, traducción de HELENA LOZANO, Editorial Lumen, 1.^a ed., Barcelona, 1992.
- ENGISCH, KARL: *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica actuales*, traducción y estudio preliminar de JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1968.
- FALCÓN Y TELLA, M.^a JOSÉ: *El argumento analógico en el Derecho*, ed. Civitas, 1.^a ed., Madrid, 1991.
- FRIEDRICH, C. J.: *La filosofía del Derecho*, traducción de M. ALVAREZ FRANCO, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1964.
- FROSINI, VITTORIO: *La estructura del Derecho*, traducción de A. E. PÉREZ LUÑO y MARÍA JOSÉ MAGALDI PATERNOSTRO, ed. Publicaciones del Real Colegio de España (Studia Albonotiana, dir. por E. VERDERA TUELLES), Impr. Cometa, S. A., Bolonia (Zaragoza), 1974.
- GRZEGORZYK, CH.: «La rationalité de la décision judiciaire», en *Archives de Philosophie du Droit*, T. 23, ed. Sirey, París, 1978, pág. 237 y sigs.
- KELSEN, HANS: *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de E. GARCÍA MAYNEZ, ed. Imprenta Universitaria, México, 1949.
- KELSEN, H. y otros varios: *Crítica del Derecho Natural*, traducción de ELÍAS DÍAZ, ed. Taurus, Madrid, 1966.

- KOSCHAKER, P.: *Europa y el Derecho Romano*, traducción de JOSÉ SANTACRUZ TEIJEIRO, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- LIPARI, NICOLÓ: *Derecho Privado (un ensayo para la enseñanza)*, Publicaciones del Real Colegio de España (Studia Albornotiana, dir. de EVELIO VERDERA TUELLS), traducción de la edición italiana de 1974 a cargo de P. SALVADOR CODERCH y otros varios, Impr. Cometa, S. A., Bolonia-Zaragoza, 1980.
- RECASENS SICHES, LUIS: *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ed. Porrúa, 4.^a ed., México, 1970.
- *Iusnaturalismos actuales comparados*, ed. de la Sección de Publicaciones e Intercambio de la Universidad de Madrid (Facultad de Derecho), Madrid, 1970.
- RIPERT, GEORGES: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2.^a ed., edit. L.G.D.J., París, 1951.
- *Les forces créatrices du droit*, edit. L.G.D.J., París, 1955.
- SALVADOR CODERCH, PABLO, y otros varios (GRETEL): *La forma de las leyes (diez estudios de Técnica Legislativa)*, ed. Bosch, Barcelona, 1986.