

BALANCE DE LAS DEFINICIONES DE LA PALABRA DERECHO, EN SU SENTIDO OBJETIVO, EXPRESADAS EN EL SIGLO XX

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Juan Bms. Vallet de Goytisolo *

1. PERSPECTIVA INICIAL, A FINALES DEL SIGLO XIX Y COMIENZOS DEL XX

Es de notar que a primeros del siglo XIX la definición de la palabra derecho, en su sentido objetivo, sería reafirmada, con empaque científico, como mandato coercitivo por *Kant*; la impuso la escuela de la exégesis y, después del paso del método dogmático científico al dogmático legislativo, dado por *Windscheid*, se impondría —a pesar del malestar mostrado por algunos autores— en tratados y universidades francesas y alemanas, y que, de ellos, irradiaría a los demás Estados europeos continentales y a los iberoamericanos.

Esta equivalencia —que la práctica jurídica nunca aceptó plenamente—, hoy es rechazada, en general, tanto en filosofía del derecho como por los más profundos estudios de derecho civil e incluso en algunos de los más avanzados de derecho administrativo.

Pienso que para ver la génesis de este retorno hacia la genuina definición de derecho, cómo aquéllo que es justo, es de interés destacar que, a finales del siglo XIX, *Joaquín Costa*, en España, y *François Gény*, en Francia; y, ya a principios

* Sesión del día 4 de abril de 2000.

del siglo xx, *Eugen Ehrlich*, en Alemania, se habían rebelado con notable vigor en contra de esta equivalencia.

Los tres autores lo hicieron desde perspectivas diversas. *Joaquín Costa*, que había mamado y vivido el derecho consuetudinario del Alto Aragón, nunca admitió el concepto de derecho acuñado por el positivismo legalista; pues veía el derecho en la vida, en los hechos, estimados con sentido y razón naturales.

Gény, en cambio, se hallaba condicionado por la terminología y los conceptos jurídicos difundidos en el siglo xix, y tuvo que luchar a brazo partido, con toda su fuerza intelectual, para hacer estallar la equivalencia derecho = ley que, por otra parte no veía aceptada por la práctica de los tribunales franceses.

Y, finalmente, *Ehrlich* observó críticamente la definición del derecho desde la perspectiva que le brindaba la sociología, aplicada al campo de lo jurídico, al estudio de la cual se consagró.

a) El altoaragonés *Joaquín Costa Martínez* se apartó de las definiciones normativistas de derecho (anticipándose en esto treinta años a *Eugen Ehrlich*), así como de las definiciones positivistas, materiales o formales, basadas en su coercibilidad; y situó el derecho en el ámbito de las relaciones —como había hecho *Montesquieu*— o de las ordenaciones racionales —conforme lo había definido *Santo Tomás*—; y, además, como el mismo *Aquinate*, lo centró en la concreción del derecho justo, como *res iusta*, sea efectuada en un hecho particular o bien determinada en un hecho normativo.

Define el «concepto absoluto» de derecho como «la relación establecida racionalmente entre fines condicionales y condiciones o medios útiles», o «*el orden de la libre condicionalidad en vista de fines racionales*». Relación y ordenación que no se dan en abstracto, sino «*para la vida*», a fin de que ésta sea «vida jurídica del ser racional». De modo tal que el derecho «es la libre condicionalidad» que halla en la vida «la realización e información de su esencia eterna en el tiempo».

Las notas categóricas de esta definición son las siguientes:

1.^a «El derecho es un principio de *dirección* de la voluntad y, por tanto, independiente de la voluntad y superior a ella».

2.^a «Es también un principio de *libertad*; su realización no depende de la fuerza exterior, sino de la libre aceptación del sujeto racional; la coacción es un

factor accidental de la vida del derecho pero no entra en él como un elemento componente».

3.^a Consiste «en ejecutar libremente algún bien».

4.^a «Es también un principio de *condicionalidad*; y en esto se separa ya de la moralidad: no ejercita el bien sustantivamente por el bien mismo, sino con la mira de servir a otro bien esto es, como medio o condición para cumplir algún fin a que el hombre viene obligado por su misma naturaleza».

5.^a «Es un principio *racional*, y en eso se diferencia de la mera relación de utilidad; no todos los medios ni todos los fines son jurídicos: no es el derecho la prestación de medios malos, ni tampoco la prestación de medios buenos a un fin malo».

Costa distingue derecho ideal o natural y derecho histórico o positivo, la justicia y validez del cual depende de su adecuación a aquél. Esta relación, es concretada —a su juicio— en la realización de hechos jurídicos, ya sea en una relación directa o bien con mediación de una norma jurídica, previamente elaborada en otro hecho mayor. Sin embargo, a su juicio, «la relación es siempre directa —del derecho natural al hecho—, establecida por el propio sujeto», sin otra diferencia, sino que en la relación regulada por ley o costumbre «determina su actividad en la dirección que encuentra trazada, y que acepta y hace propia», mientras que cuando acude a la equidad actúa en «una dirección nueva que él originariamente se abre, por no existir otra o no convenir a sus fines la existente».

En la perspectiva de *Costa* es de notar que derecho natural y derecho positivo no son sino un único derecho; pues: «pensamos al uno como infinito y como finito al otro, no existiendo más que una clase de derecho siendo enteramente homogéneo en toda su naturaleza». Por lo cual, la relación existente entre ellos «parece en rigor» que es «la misma existente entre la causa y sus efectos; es una relación de identidad cualitativa por lo tocante al fondo»; y así, «el derecho positivo, encerrado en nuestra vida», no es sino «una determinación concreta» de aquél.

En las relaciones de *derecho necesario*: «Las reglas consuetudinarias, que el estado común expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa, o, en su nombre la judicial, ha de revisarlas, y si no las encuentra conformes a los principios eternos del derecho debe interrumpirles la posesión, perseguirlas, corregirlas o erradicarlas; las reglas legales o de otro género, dictadas por el *Estado oficial*, los súb-

ditos, a quienes van dirigidas deben contrastarlas con las reglas de toque de la razón; y si encuentran que no es lícito en conciencia obedecerlas sin infringir o lesionar en derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, o siendo bueno el fin son malos los medios, es deber de ellos, cuando menos, suspender el cumplimiento».

En cambio, en el ámbito del *derecho voluntario*, en todo lo que «no sean condiciones y formas necesarias», prevalece la libertad del individuo, la familia, el municipio y la provincia, que «tienen que expresar en él su original personalidad», a los que —según entiende *Costa*—, el Estado superior oficial «debe abandonarlo». En esta esfera del derecho voluntario estatuido por el sujeto de la relación —precisa el *León de Graus*— se aplican los apotegmas: «*la voluntad del fundador es ley*», «*la voluntad del testador es ley*», «*el contrato constituye ley*». Es el ámbito de la *libertad civil* del individuo y de la familia, donde —dice *Costa*— rige el denominado, en Aragón, principio *standum est chartae*, que «es una consagración derecho individual enfrente al derecho público, y el reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de las relaciones privadas».

b) *François Géný* ha sido uno de los autores que desde finales del siglo XIX más ha luchado contra la dictadura del positivismo legalista, que en el siglo XIX se había impuesto en Universidades y tratados franceses; y, desde luego, el éxito de *Géný* en Francia frente la escuela de la exégesis fue evidente.

Ahora bien, en el ambiente en el que estudió y vivió, en el que la confusión del derecho con la ley positiva era plena, emprendió su lucha en los frentes de las fuentes y del método. Es decir, atacó desde dentro el positivismo legalista de la escuela de la exégesis y, efectivamente, lo hizo estallar. Éxito que, tal vez, no hubiere conseguido atacándola desde fuera, a partir de conceptos fundamentales diferentes de los que eran aceptados abrumadoramente en el ambiente universitario francés.

Unos setenta años después de que apareciera *Método de interpretación y fuentes del derecho civil positivo* de *Géný*, *Jean Carbonnier* escribe: «En el siglo XIX, reinando la escuela de la exégesis podía establecerse la ecuación: derecho igual a ley. Luego vino *Géný* (1899), la escuela moderna: la ecuación se ensancha. En la concepción dogmática del siglo XX, derecho es igual a ley más costumbre, más jurisprudencia (que es, por otra parte para algunos, una especie de costumbre), más práctica extrajudicial (los formularios notariales, los contratos de las grandes empresas, se admite de buen grado que deben entrar en una visión global del derecho). El ensanchamiento de las fuentes del derecho es potente».

Sin embargo, creo yo que *Gény* hizo algo más; pues, minó la misma ecuación derecho igual a ley, al sostener que la naturaleza de las cosas podía determinar el derecho, y al admitir que existía un derecho natural muy distinto del idealista propugnado por la escuela del derecho natural y de gentes.

c) *Eugen Ehrlich*, a juicio de *Carbonnier*, da un segundo paso, después del primero dado por *Gény*, y lo explica así: «Si es que existe una relación entre el derecho en sentido sociológico y la teoría dogmática no hay que buscarla por el lado de las fuentes formales —para emplear la terminología de *Gény*— sino más bien en las fuentes reales del derecho, en una serie de *données* que resultan «objetos adecuados para la observación sociológica. Pero, para *Gény*, las fuentes reales si bien pueden aprovisionar, nutrir el derecho, en el fondo no eran el derecho mismo. No se convertían en derecho verdadero, en derecho positivo, sino una vez filtradas, aceptadas, por las fuentes formales. La sociología jurídica, por su parte, rechaza esa identidad fundamental del derecho con *alguna* de sus fuentes formales. Del *Méthode de interpretation et sources en droit privé positif* (1899) a la *Grundlegung der Sociologie des Rechts* (1913) hay un innegable salto», que lleva de *Gény* a *Ehrlich*.

Según *Ehrlich*, «no es una característica esencial del concepto de derecho el de ser creado por el Estado; ni que sea la base de las decisiones de los tribunales o de otras autoridades; ni que constituya el fundamento de la sucesiva coerción jurídica».

Así, en *Ehrlich* el concepto del derecho abarca todo el derecho no estatal vivido en la práctica extrajudicial y judicial, especialmente en aquélla.

Hay, sin embargo, una evidente carencia en la perspectiva de *Ehrlich*, pues no emplea patrón alguno de justicia sustantiva, realista ni idealista, y procede —como ha notado *Karl Larenz*— de un modo científico-causal, sin tener en cuenta la perspectiva finalista propia de lo justo material.

2. ENSAYO DE CLASIFICACIÓN DE LAS DEFINICIONES Y CONCEPTO DE DERECHO DESDE FINALES DEL SIGLO XIX Y A LO LARGO DEL XX

Cabe enfocar desde varias perspectivas las definiciones de derecho formuladas o explicadas en el siglo xx. Creo que las dos principales perspectivas son: la que las enfoca en la distinción de definiciones positivistas y no positivistas; y la

que diferencia definiciones normativistas y no normativistas. Ambas perspectivas se interfieren en parte. Las positivistas, por su lado, pueden ser normativistas, judicialistas y sociológicas. La primera subdistinción se difumina si se tiene en cuenta que algunos autores hablan de la existencia de normas individuales. En la distinción entre definiciones normativistas y no normativistas existen una serie de definiciones mixtas y complejas. Y combinando ambas perspectivas: observamos definiciones normativistas positivistas y no positivistas; y lo mismo ocurre en las judicialistas y las sociológicas. Y, en fin, las definiciones normativistas y positivistas pueden ser de carácter formal o bien de carácter material.

La complejidad es aún mayor si diferenciamos: definiciones referidas al significado de la palabra derecho; definiciones basadas en la experiencia jurídicas, y definiciones conceptuales.

Con este panorama general cabe examinar sucesivamente:

- a) Definiciones normativistas y positivistas de carácter formal.
- b) Definiciones normativistas-legalistas de carácter material cerradas al propio ordenamiento, como las de algunos autores de la escuela de la exégesis, o sólo abiertas al arbitrio judicial a falta de otro recurso, como estimó *Laurent*.
- c) Definiciones judicialistas de diversas características.
- d) Definiciones normativistas que incluyen normas no estatales sin requerir que todas tengan carácter coercitivo.
- e) Definiciones normativistas iusnaturalistas.
- f) Definiciones tridimensionales.
- g) Definiciones normativas pero informadas por los principios generales, en aras de su justa realización, o moderadas por los valores supraleales, o por la equidad en relación con los hechos.
- h) Definiciones combinatorias de elementos idealistas y normativos.
- i) Definiciones complejas que combinan elementos ideales, valorativos o estimativos, con la naturaleza de la cosa, con las normas legales y con la aspiración a una sentencia justa.

j) Definiciones centradas en las respectivas tradiciones históricas y en sus principios.

k) Definiciones no normativistas de diversas características y de distintas orientaciones.

l) Definiciones centradas en lo que es justo.

Estos grupos de definiciones forman series de tipos fluidos y muchas de esas series, a su vez, son fluidas, pues algunas definiciones tienen puntos de contacto con más de una de las series enumeradas.

3. DEFINICIONES POSITIVISTAS Y NORMATIVISTAS DE CARÁCTER FORMAL

El prototipo de estas definiciones se halla en *Kant*, y entre ellas, en el siglo xx, destacan las de *Kelsen*, *Ross*, *Hart* y *Bobbio*.

a) El vienés *Hans Kelsen*, en su *Teoría pura del derecho* formuló la más acabada definición de esta serie. Según él, el derecho es «un conjunto de normas» que implican «un orden de la conducta humana y constituyen un ordenamiento jurídico». Para entender lo que expresa esta concisa fórmula, es preciso observar que, según el mismo *Kelsen*:

1.º Una norma para ser jurídica debe nacer de un acto volitivo y ha de ser coactiva, en el sentido de hallarse dotada de la sanción correspondiente. En su obra póstuma, *Allgemeine theorie der norme*, lo explica: «El derecho es la norma que establece la sanción por el incumplimiento de la norma que prescribe la conducta que evita la sanción que es efectivamente *superflua*, puesto que está [...] implícita en la norma que establece la sanción». Entre las normas incluye la *norma individual*, como *individualización* de la *norma general* que es aplicada.

2.º Toda norma jurídica se halla integrada en un ordenamiento jurídico, que «consiste en una cadena de actos de creación, cuyo grado supremo es la constitución», formando, a partir de ella, «una estructura escalonada», «en proceso perpetuamente renovado de autocreación».

Según *Kelsen*: «El dualismo Estado y derecho es una duplicación superflua de los objetos de nuestro conocimiento y resulta de la tendencia a personificar e

hipostasiar nuestras personificaciones». Por eso, se opone a la consideración de que el Estado «crea el derecho, su derecho, para luego someterse al mismo».

Con razón se ha dicho que, conforme *Kelsen*, cuanto ordena el Estado se convierte en derecho, como el rey Midas convertía en oro cuanto tocaba. Pero observo una diferencia: el oro era extrínseco a Midas, mientras que para *Kelsen* el derecho se confunde con el Estado, del mismo modo que, según el panteísmo, Dios y el mundo se identifican.

b) El máximo representante del realismo escandinavo, *Alf Ross*, ha escrito: «El concepto «derecho vigente» (de Illinois a California, etc.), puede ser en principio explicado y definido de la misma manera que el concepto «norma vigente de ajedrez» (para dos jugadores cualquiera). Es decir, «derecho vigente» significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias». A su juicio: «un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado». Y normas de derecho son las que rigen y se imponen como derecho vigente en cada Estado, según cual sea su sistema jurídico, sea el del precedente judicial o bien el legislativo.

c) El angloamericano, profesor en Oxford, *H. L. A. Hart*, entiende que «los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes respaldadas por amenazas de la persona o personas soberanas, quienes, a su vez, no obedecen habitualmente a nadie». Requiere: reglas de conducta y reglas de reconocimiento que «especifican los criterios de validez jurídica». Entre las primeras, considera que «las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho».

d) El italiano *Norberto Bobbio*, entiende el derecho «como un hecho y no como un valor», definido «en función del elemento de la coacción», con la legislación como fuente preminente; y que cada norma es un mandato imperativo incluido en un ordenamiento jurídico, coherente y completo, que debe ser interpretado mecánicamente y absolutamente obedecido.

Las principales particulares que ofrece el positivismo de *Bobbio* se refieren a la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico y al formalismo del positivismo que él sigue:

1.º La unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, las resuelve *Bobbio* mediante dos normas generales presupuestas: la *exclusiva* «que califica de lícitos los comportamientos no expresamente regulados», y la *inclusiva*, «que somete los casos no expresamente regulados, pero similares a otros regulados, a la normativa de estos últimos».

2.º Respecto de la concepción formalista del derecho, distingue tres aspectos: científico, ideológico y metodológico. Sólo en aspecto ideológico atenúa el positivismo, pues la versión que califica de *positivismo ético*, a su juicio: «nos lleva de hecho a la estatolatría o al totalitarismo político», cuando los valores aceptados sean los de un Estado tiránico. Por ello, concluye declarándose «favorable en tiempos normales a la versión débil o positivismo moderado».

Como colofón a este positivismo jurídico, puede decirse que ha tenido el máximo desarrollo en este siglo, y sigue teniendo vigencia en la mente de la mayoría de los políticos y en la de algunos profesores, así como en la actitud de muchos funcionarios administrativos, a pesar de que nunca ha calado en los más altos tribunales de justicia ni en los principales civilistas, y de que hoy —según ha escrito quien fue un positivista serio y riguroso, como *Gregorio Robles*—: «Tras el agotamiento del positivismo jurídico hacia el comienzo de los sesenta, que es cuando ven la luz sus postreras obras (segunda edición de *Reine Rechtslehre* de *Kelsen*, en 1960, *The concept of Law* de *Hart*, en 1961, *On law of justice* de *Ross*, en 1963), comienza una fase de saludable crisis de búsqueda de nuevos derroteros que pueden fructificar en un nuevo estilo de filosofía del derecho».

4. DEFINICIONES JUDICIALISTAS DE DIVERSOS TIPOS

Las definiciones del derecho de tipo judicialista las podemos dividir en positivistas y no positivistas, en una graduación que va de más a menos.

a) *Definiciones judicialistas positivistas*. De este tipo es la de *Hermann Kantorowicz*, cuando, con el pseudónimo de *Gneus Flavius*, formuló en 1906 su posición en el *movimiento del derecho libre*, con rechazo del dogma de que no existe otro derecho que el reconocido por el Estado, seguido por los positivistas del siglo XIX. Él, por el contrario, opinaba que existe un «derecho libre», en el sentido de que es independiente del poder estatal, que «constituye el *suelo* del que el derecho estatal dimana»; de él brotan todas las críticas del derecho estatal y emana el progreso de éste. A su juicio, «la jurisprudencia no puede ya fundarse en el derecho estatal», y ha de hallar en ese derecho libre «su fuerza creadora». «El juez pue-

de y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil, con arreglo a su libre y concienzuda convicción, que el poder estatal existente en el momento del fallo no habría dictado la resolución que la ley reclama».

Más radical aún es, sin duda, el judicialismo positivista del *legal realist* angloamericano, formulado por el juez *Oliver W. Holmes* al decir: «Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho y no otra cosa más ambiciosa, es lo que se entiende por derecho».

b) *Definiciones judicialistas no positivistas* son: las de *Josef Esser* —que señala como pautas la *naturalis ratio*, la naturaleza de la cosa y la *aequitas*—; *José Puig Brutau* —quien entiende que la sentencia «concreta los principios generales y todo el derecho que la ley no capta en la solución del caso concreto planteado»—, e incluso *Alvaro d'Ors* —pues, al decir que derecho es «todo lo que aprueban los jueces, define el derecho positivo en contraposición al derecho natural.

5. DEFINICIONES NORMATIVISTAS QUE INCLUYEN NORMAS DE ORIGEN NO ESTATAL Y NO COACTIVAS

Paradigma de este tipo es la contenida en el libro *The definition of law* que el mismo *Kantorowicz*, en 1938, escribió por encargo de la Universidad de Oxford. Entre las normas jurídicas incluye *mandatos*, *preceptos* y *dogmas*.

1.º *Mandatos* son «las normas que son reconocidas como vinculantes no porque su contenido sea justo, sino porque son puestas por la voluntad de una persona por una autoridad reconocida a la que se tiene el deber de obedecer».

2.º *Preceptos* «son normas reconocidas como vinculantes no por el hecho de ser puestas por una autoridad reconocida, sino porque la conciencia jurídica nos impone que su contenido tiene un valor tal que es deber conformarse con ellas».

3.º *Dogmas* son aquellas normas «reconocidas como vinculantes no porque sean mandatos de una autoridad personal o preceptos de conciencia, sino porque así lo implican otras normas de validez ya reconocido». Vienen a constituir «un conjunto de normas que hallan su garantía en su conexión», en «un proceso de mutua adaptación, de integración y de iluminación que continua hasta el infinito, dirigido a producir un sistema en sí mismo completo».

Advierte *Kantorowicz* que las normas pueden ser de cualquiera de estas tres clases o bien cabe que en una sola reúnan los caracteres de las tres.

Para él, lo que caracteriza al derecho es el dato de ser «*considerado aplicable por el juez*», «no en cuanto a las normas sino en cuanto a las controversias», mediante un determinado procedimiento. Por ello, propone denominar derecho a «un conjunto de normas sociales que prescriben una conducta externa y son consideradas aplicables por el juez».

6. DEFINICIONES NORMATIVISTAS DE AUTORES IUSNATURALISTAS

Estos autores iusnaturalistas en lugar de centrar la definición del derecho en lo justo y lo equitativo en concreto, la basan en principios o en normas naturales de justicia. Entre quienes las siguen se cuentan muchos neotomistas, que en lugar de basarse en los tratados *De iure*, *De iustitia* y *De iudicio* de la *Suma Teológica* del *Aquinatense* (2.^a-2^{ae} 57-60), parten de su tratado *De legibus* (1.^a-2^{ae}, 90 y sigs.).

7. CONCEPTOS DE DERECHO NORMATIVISTAS E IDEALISTAS

Prototipo de estos conceptos es el formulado, en el neokantismo de la escuela de Marburgo, por *Rudolf Stammler*, siguiendo un método teórico-crítico.

Según él, derecho «es la ordenación *permanente* de la vida social, que *como tal* derecho debe mantenerse inmovible, y no disponer una regulación *nueva* para cada caso, a merced de las veleidades del que ocupa el poder, como una serie de órdenes conminadas al azar y tan pronto dictadas como irrevocables, sin asiento sólido alguno». Por lo cual, define el *derecho* como «*la voluntad vinculadora, autártica e inviolable*».

Partiendo de este concepto general, diferencia el *derecho positivo* y el *derecho justo*, concepto éste propiamente *stammleriano*.

Este derecho justo es el constituido por normas jurídicas «*orientadas*, en cuanto es posible, dentro de su campo limitado hacia la suprema noción de comunidad pura», diferenciándolas de las que no cumplen debidamente su misión de *orientarse* hacia este punto ideal».

Comunidad pura es un concepto *idealista* kantiano que, según *Stammler*, «refleja intrínsecamente la *idea de una comunidad de hombres de libre voluntad*». Libre en sentido nouménico, es decir, libre de apetitos fenoménicos.

Así, para *Stammler*, la vinculatoriedad abstracta del derecho para ser *derecho positivo* ha de llenarse de *contenido concreto*; y para ser *justo* se precisa que ese contenido responda a la *idea del derecho*, como «punto de mira», «determinante del concepto de *justicia*», que se obtiene en cuanto halla la «*orientación de una determinada voluntad jurídica en el sentido de la comunidad pura*».

En consecuencia, entiendo que para ser el *derecho justo* se requiere «elegir aquella *norma de derecho* que se ajuste, en el caso dado, a la noción a la *comunidad pura* como idea de orientación». Y, por ello, en la *jurisprudencia práctica*, «será admisible el recurso de *revisión* siempre que se manifieste algún vicio en cuanto a la elección de normas jurídicas de ese género»; y —según añade más adelante— una decisión jurídica «sólo es *fundamentalmente justa* cuando se halla orientada por la idea del derecho».

8. CONCEPTOS DIALÉCTICOS DEL DERECHO

Entre los conceptos del derecho de esa clase tenemos los expuestos por *Sauer* y por los neohegelianos.

a) *Wilhelm Sauer* diverge de *Stammler* porque en lugar de centrar el concepto de derecho en la forma, que históricamente se llena de contenido *material*, lo concibe equilibradamente: *formal*, en su estructura interna, y *social*, por su carácter sociológico. Ambos elementos operan dialécticamente.

A su vez, diferencia *infraestructura social del derecho* y *superestructura social del derecho*.

La *infraestructura social del derecho* es de *carácter sociológico*, desde cuyo punto de vista «el objeto jurídico es la tendencia valorativa, es la manifestación real, social, de las mónadas de valor».

La *superestructura social del derecho*, es el orden jurídico que completa, de modo paralelo, la *infraestructura social del derecho*.

Con esta doble perspectiva, *Sauer* define: «derecho es el derecho vivo que late en el fondo de la conciencia popular y que es engendrado incesantemente por

el pueblo; pero no es la suma de preceptos contenidos en leyes y tratados. El derecho es la suma de las tendencias valorativas del pueblo que sirve de base al Estado, que satisfacen la ley jurídica fundamental. Derecho son las mónadas de valor que, dentro del Estado, se afanan por realizar y acercarse a la ley jurídica fundamental».

b) El *neohegeliano jurídico*, iniciado en Alemania a primeros de la década de los años veinte, parte como el neokantismo de la «idea del derecho» pero, como dice *Binder*, a diferencia de lo que dijo *Stammler*, «no sólo significa un “punto de mira” formal, sino la profusión de sentido que se configura y desarrolla constantemente en el derecho como un proceso vivo espiritual e histórico».

Considera el derecho como un concepto general-concreto-histórico; por lo cual, no cabe la deducción silogística, sino que —como advierte *Larenz*— el juez deberá superar la oposición que existe entre positivismo legalista y derecho libre, en una relación *dialéctica* entre norma y praxis judicial. En esa misma línea, *Walter Schönfeld*, había entendido esa praxis como *individualización*, hasta cierto punto, de la *pauta*, que no consiste en «subsumir» en ella el hecho, sino en un «concretizar» aquélla de conformidad a éste.

Por ese camino, ciertamente se sale del positivismo legalista sin caer en el sociologista ni en el judicialista; pero, no se logra elevarse más allá de la atmósfera de las ideas, valores y principios del momento histórico vivido.

9. EL CONCEPTO TRIALISTA DEL DERECHO DEL ÚLTIMO GUSTAV RADBRUCH, ABIERTO A LA JUSTICIA MATERIAL

Gustav Radbruch militó en el neokantismo sudoccidental alemán de la escuela de Baden. En ella, desde el último tercio del siglo XIX, con *Windelbold* y *Rickert*, se venía admitiendo los valores como moldes mentales. Pero, desde *Husserl*, la fenomenología sostendría la realidad objetiva de los valores —como objetos ideales— obtenidos por intuición eidética. Pues bien, el primer *Radbruch* trató de superar el *dualismo* de *Stammler*, con su trialismo que examinaba culturalmente la realidad «con una referencia a los valores».

La evolución de su pensamiento después de la segunda guerra mundial queda patente en su *Propedéutica para la filosofía del derecho*, aparecida estando ya muy próxima su muerte, ocurrida en 1949 en Heidelberg, y asimismo en la edición póstuma de su *Introducción a la ciencia del derecho*, reelaborada por el pro-

fesor de la Universidad de Hamburgo *Konrad Zweigert* conforme las instrucciones dejadas por el autor.

También el último *Radbruch* incide en la doctrina del derecho justo, modificando los criterios que había mantenido en sus etapas anteriores, volviendo los ojos hacia la doctrina del derecho natural. A su juicio: «Posible es sólo un “derecho natural de contenido variable” (*Stammler*). En efecto [y aquí da un paso adelante] el derecho se funda en parte en la “naturaleza del hombre”, en parte en la “naturaleza de la cosa”. Si la naturaleza del hombre es el factor constante, la naturaleza de la cosa es el factor variable que se opone a un derecho natural fuera del tiempo y del espacio». La *naturaleza de la cosa*, «en la forma del pensamiento científico, significa la materia, el material del derecho, las “cosas reales de la legislación”, por ende, las condiciones naturales y sociales para entender las preformas sociales de las relaciones jurídicas en su esencia, en su sentido objetivo, relevante en fin de las condiciones de las relaciones de la vida. La “naturaleza de la cosa”, por lo tanto, da respuesta a la pregunta de cómo esta relación de la vida, en su realidad, puede ser pensada significativamente como realización de un determinado concepto de valor. Pero, ¿hasta que punto —en el aparente contraste entre las relaciones de valor y de realidad, de ser y deber ser—, con el “dualismo metódico”, el sentido, la idea de valor de una situación existente en la vida puede ser norma del derecho justo? La naturaleza de la cosa aparece, a primera vista, normativa en el sentido de la posibilidad de traducir en la realidad determinadas ideas jurídicas. En ese sentido naturaleza de la cosa significa la resistencia del mundo opaco al cual las ideas jurídicas deben adaptarse, más o menos, en aras de su *realizabilidad (ratione tempororum habita)*...».

«Pero —sigue *Radbruch*— la naturaleza de la cosa no sólo aparece bajo la forma de un obstáculo, para la realización de lo jurídico en concreto, sino que, más bien, ella misma ya se hace valiosa en el origen del concepto jurídico. Todo concepto jurídico conlleva necesariamente, en sí mismo, los *caracteres distintivos del “clima histórico”* en el que se forma; por lo menos queda relativamente inscrita conscientemente en los confines de lo históricamente posible y, en ese sentido, vinculado a la naturaleza de la cosa».

10. DESCRIPCIONES TRIDIMENSIONALES DEL DERECHO

Inspiradas en el trialismo de *Radbruch*, proliferaron las teorías tridimensionales en *Europa* e *Iberoamérica*, donde han destacado las del argentino *Carlos Cossío*, con su *teoría egológica*, el brasileño *Miguel Reale* y el mexicano *Eduardo García Maynez*.

El más paradigmático de ellos es *Miguel Reale*, que diferencia el *tridimensionalismo genético* o abstracto, que es «vacilante entre una yuxtaposición extrínseca de perspectivas y una confesada antinomia o aporía entre tres puntos de vista posibles suscitados por la experiencia jurídica», y el *tridimensionalismo específico*, que tiene la «*comprensión dialéctica* de los tres factores», y con el cual la forma tridimensional no pierde «su esencial *unidad y concreción*, que sólo puede ser unidad del proceso dialéctico», «en el marco general de una diversa comprensión del hombre, de la sociedad y de la historia».

El tridimensionalismo específico, según *Reale*, presupone «la superación de la reflexión fenomenológica husserliana por una reflexión trascendental de tipo histórico-crítico, basada en la correspondencia y el significado de las “intencionalidades objetivadas” por la especie humana en el proceso de experiencia histórico-cultural».

Hace años, acerca del tridimensionalismo, acoté que la solución justa es la solución conforme a derecho, aunque no haya norma positiva que la ordene ni conducta social que la viva. Pero, con ello, sólo quise mostrar que el ser del derecho implica la tensión hacia la justicia, que es su fin.

Lo cierto es que la *justicia* es el *fin* del derecho; la *conducta social* es su *objeto*, la materia a la cual debe aplicarse, y las *normas* son un *medio* para lograrlo.

La distinción parece muy clara teóricamente, pero su segmentación nos puede resultar engañosa en cuanto disequemos el contenido de cada término y hagamos abstractas las tres expresiones:

1.^a Porque la norma, en cuanto regla, ha de ser racional, aunque debe existir un poder de voluntad competente que la dote de su fuerza coactiva; y, además, ha de ser vivida, pues: *leges sine moribus vanae proficiunt*;

2.^a Porque la conducta social debe ser conforme a los cánones de justicia, y, para hacerla más asequible conviene que tenga formuladas unas normas, consuetudinarias o legisladas, dirigidas a ese fin;

3.^a Y porque, si la justicia ha de concretarse en la realidad, no sólo han de ser salvaguardados los principios generales, sino que los casos concretos se han de contemplar, con ponderación, en la realidad histórica viva y con el conocimiento mejor posible de las normas dirigidas a lograrlo.

Debe reconocerse, que, en su formulación específica, *M. Reale* destaca el carácter inescindible e interdependiente de esto tres elementos y su vinculación a la realidad vivida.

**10. DEFINICIONES NORMATIVISTAS PERO INFORMADAS
POR LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN ARAS A SU JUSTA
REALIZACIÓN, O MODALIZADAS POR LOS VALORES SUPRALEGALES,
POR EL DERECHO INSTITUCIONAL, O POR LA EQUIDAD
EN RELACIÓN CON LOS HECHOS DEL CASO**

Son muchos los autores que, por su concepción del derecho, cabe situar en esta rúbrica, entre ellos, en Italia, *Carnelutti* y *Betti* y, en España, *De Diego*, *Castán Tobeñas*, *Roca Sastre*, *De Castro* y *Bravo* y *Hernández Gil*.

Francesco Carnelutti consideró el derecho como una determinación o concreción realizada mediante la integración interpretativa de ley y hecho, que culmina en la equidad, en un recorrido que transcurre desde el orden universal de la justicia hasta la realización de la equidad apoyándose en dos pilares mediadores constituidos: uno por la norma legislada —que compara con la partitura musical—, y otro por la interpretación.

Emilio Betti modula las normas legales por los *principios generales* de contenido deontológico y axiológico, constituyéndolas en sistema.

Felipe Clemente de Diego integra las leyes positivas con los principios generales del derecho mediante la *analogía iuris*.

José Castán Tobeñas considera la *equidad* «un punto de vista para la aplicación, no sólo de la ley positiva, sino también del derecho natural y de los principios generales del derecho, impuestos por la propia naturaleza de las normas que exigen la realización práctica del derecho», y requiere que ésta se efectúe humanamente de un modo realista, en consideración a la realidad del caso y a la trascendencia humana de la relación», «en consideración a la realidad y circunstancias del caso», para dar una solución «de justicia adaptada al caso concreto».

Luis Recasens Siches ha abogado para que la determinación del derecho se opere por la *experiencia jurídica*, la *naturaleza de la cosa* y el «*logos*» de lo «razonable».

Ramón María Roca Sastre acude a lo que denomina *derecho institucional*, partiendo de «la idea básica de que el derecho no se crea sino que sólo se descubre», sostuvo que «en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie concreta de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre los que el legislador elige las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo», o bien la sociedad las obtiene «mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas».

Federico de Castro y Bravo ha dicho que los *principios generales del derecho* «son la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica»; ellos «informan todas las normas formuladas, las convierten de *flatus vocis*, o de pintados signos, en mandatos y reglas de conducta, y hacen un conjunto orgánico de las frases descosidas de un inconexo articulado. Determinan el modo como lo jurídico actúa sobre la realidad social y como ésta, a su vez, influye sobre las normas jurídicas».

Antonio Hernández Gil, considera que la Constitución «supone abrir el derecho, por arriba, hacia los valores», a la par, que la reforma del título preliminar del Código civil de 1974 lo abrió por abajo «a los hechos, a la experiencia histórica, a la vida».

11. DEFINICIONES COMPLEJAS QUE COMBINAN ELEMENTOS IDEALES, VALORATIVOS O ESTIMATIVOS, CON LA NATURALEZA DE LA COSA Y LAS NORMAS LEGALES, CON ASPIRACIÓN A UNA SENTENCIA JUSTA

De este tipo son paradigma las descritas por los seguidores de la *Wertungsjurisprudenz*, con ligeras variantes entre ellos: *Coing, Henkel, Larenz, Maihofer, Arthur Kaufmann, Windfried Hasemer* etc.

Ofrezco por modelo la exposición de *Heinrick Henkel* que atiende:

a) A los *datos previos precisos, como puntos de partida para la formación del derecho* siguientes: la *imagen del hombre*, las *estructuras sociales*, el *fin (el interés) en el derecho*, el *orden social de los valores*, las *instituciones*, las *estructuras lógico reales* y la *naturaleza de las cosas, entendida como elemento ordenador y estructurador*, que determina *preformas del derecho*.

b) La significación de la *idea del derecho*, que representa las tres tendencias valorativas fundamentales: *justicia, oportunidad y seguridad jurídica, preordenadas y supraordenadas al derecho positivo, reguladoras de él*, que se complementan entre sí y están mutuamente referidas y vinculadas; y la *equidad* que «en relación de tensión con la tendencia generalizadora», «*empuja a un tratamiento adecuado del caso concreto*».

Engisch y Larenz, en esta zona ideal del derecho, acuden a los *principios ético-jurídicos*, básicos para todas las *valoraciones* que deben efectuarse mediante una consideración *tipológica* de las cosas, y de las *pautas de valor*.

12. PERSPECTIVA DEL DERECHO CENTRADO EN LA TRADICIÓN HISTÓRICA DE CADA PAÍS Y EN LOS PRINCIPIOS DE LA MISMA

Mientras en Alemania la escuela histórica del derecho consideró el derecho inmanente al espíritu de cada pueblo, retrocediendo primero hacia sus orígenes, para purificarlo y, luego, en un cierto grado de desarrollo, consideró a los juristas cultos como representantes del pueblo en esa labor; y la escuela histórica propiamente dicha se encerró en su propia atmósfera cultural, en cambio la perspectiva del derecho vivido por el pueblo en su decurso histórico —como era la de los territorios de derecho especial o foral en España— no es historicista, sino que es vivido en la propia tradición, es desarrollado con ella y a partir de ella, en contacto con la vida del propio pueblo, adecuadamente a su entorno geográfico, climático, económico y social, actuando el propio pueblo guiado por sus juristas prácticos.

En el siglo XIX en esta dirección e inspirado, sin duda, en el pensamiento de *Montesquieu*, *Henri Klimrath* expresó lo que hace veintitrés años ha sintetizado en dos frases *Louis Assier-Andrieu*: «El derecho existe en las relaciones necesarias de las cosas independiente de la ley, que no es sino el reconocimiento por el legislador de esa misma necesidad. Las relaciones necesarias, a su vez, resultan de todo el desarrollo político y social de un pueblo, de sus costumbres, de sus necesidades y, para llamar las cosas por su nombre, de su historia».

En Alemania, en la segunda mitad del siglo XX, *Franz Jerusalem* afirmó que el derecho es «la realidad externa», «la totalidad de la conducta jurídica»; que obtiene su fuerza a la largo de milenios, en especial por ser tradicionalmente considerado como recto; y es verdadero en lo que «está de acuerdo con lo tradicional en la comunidad respectiva» o bien en «lo que se equipara con lo tradicional».

La perspectiva genuina de los derechos civiles especiales o forales hispánicos, muestra unas características básicas comunes, que son:

- a) *Su adecuación a la realidad física y socio-económica del propio país.*
- b) *Su elaboración, mediante la libertad civil, por el pueblo guiado por sus juristas prácticos.*
- c) *Su expresión preferentemente en las costumbres, en cuanto estas sean racionales, adecuadas a la realidad viva, con preferencia de las locales sobre las generales.*
- d) *El carácter no derogatorio de las compilaciones, que a efectos de su interpretación e integración dejan operante al derecho anterior.*
- e) *El carácter declarativo o supletorio de las leyes civiles que no sean de derecho necesario.*
- f) *El carácter informador para todo el derecho de los principios de la propia tradición histórica.*
- g) *Su concreción en los hechos vividos.*

Esta estructura se halla hoy amenazada por el racionalismo ideológico de los parlamentos de las propias comunidades.

13. DEFINICIONES NO NORMATIVISTAS CON DIVERSAS ORIENTACIONES Y CARACTERÍSTICAS

Hemos podido ver que, aun cuando la mayor parte de las definiciones que se dan del derecho son normativistas o bien consideran las normas como un elemento básico de la definición, no es así en todas. No ocurre así en la mayoría de las de orientación judicialista, que lo concretan en la resolución del caso; ni tampoco en las que lo centran en la tradición histórica. Pero es de destacar de modo especial que en en diversos países de Europa, a partir de finales del siglo XIX, algunos autores han mostrado una patente reacción contra las definiciones normativistas del derecho. Tales han sido las de *Joaquín Costa*, *Gény* y *Ehrlich*, que al principio hemos referido. Añadiremos, como un solo ejemplo, la de *Jean Carbonnier*, que formuló este primer teorema: «*El derecho tiene mayor amplitud —“est plus grand”— que las fuentes formales del derecho.*»

Carbonnier, como *Ehrlich*, no confunde el derecho con la norma jurídica, ni tampoco lo identifica con la jurisprudencia. El mismo explica: «La realidad del

derecho no se identifica con la jurisprudencia, incluso es deformado por ésta; pues, la jurisprudencia es lo contencioso, y lo contencioso es el derecho patológico, no el derecho normal». Admite que, «en última instancia, la definición menos impropia podría ser ésta; es jurídico lo que es apropiado para provocar un juicio, lo que es susceptible de proceso, sometido al juicio efectuado por la actividad muy particular de ese tercer personaje al que se le denomina árbitro o juez. Pero de la *posibilidad*, siempre latente, de que un proceso sea inherente a la noción de lo jurídico, no dimana que la realidad del derecho se confunda con lo contencioso».

14. RETORNO A LA GENUINA DEFINICIÓN DEL DERECHO COMO LO JUSTO Y EL ARTE DE DETERMINARLO O SU CIENCIA

a) Un primer y sonoro aldabonazo, en ese sentido, lo dio el romanista *Biondo Biondi*, en *La ciencia del derecho como arte de lo justo*. Lo oí cuando expuso ese estudio, como conferencia, en la Academia Matritense del Notariado, que escuché el día 16 de mayo de 1951.

En ella, recordó «la celeberrima» definición de *Celso*, repetida por *Ulpiano*, cuando enseñó «*ius est ars boni et aequi*», e indicó que de ella «lo que interesa es el objeto: el *bonum et aequum*, o sea lo justo».

Esta definición —sigue dos párrafos después— «enuncia un verdadero descubrimiento de la ciencia del derecho, quizá el único verdaderamente científico, porque tiene valor eterno y universal. La definición nos enseña qué es el derecho y en qué consiste su ciencia».

b) El retorno a esta genuina definición del derecho ha sido objeto de una verdadera cruzada por *Michel Villey*. El derecho —explica— es una clase de cosa. «No una sustancia, como son una persona, una casa, tal pieza de plata. Sino esa otra especie de *res* que los nominalistas trataron de suprimir del mapa del mundo, una *relación* entre sustancias, por ejemplo, entre las cosas o sumas de dinero que en una ciudad se distribuyen sus propietarios».

Pero, además, esa *relación* «compone un bien, una pieza del orden instituido por la Providencia», que «tiene naturaleza de finalidad de término», que «*tien-de a "la justicia" - id ad quod terminatur actio iustitiae*»; a la justicia como *virtus*, jurídica, dirigida a «promover las buenas relaciones en el mundo *externo*».

Advierte este autor que esta definición no se refiere tanto a una virtud moral, como hoy se estima exclusivamente, sino al quehacer del derecho, tanto por

el legislador como por el intérprete. En ella se expresa el sentido «único y pleno», preciso para «reconocer a las palabras *ius suum* su significado antiguo». Significado, señalado por el romanista francés Senn, de modo coincidente con el de los glosadores: «Atribuir a cada uno su *ius*».

Fijándose en la definición de jurisprudencia de *Ulpiano* (Dig 1, 1, 10, 2): «*divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*», *Villey* comenta: «Mediante el estudio de cada cosa (*rerum notitiae*) y, más precisamente de lo justo de cada cosa (*iusti atque iniusti scientia*), se trata de descubrir lo que cada uno es en un mundo armoniosamente ordenado, su estatuto, su propia condición, *ius suum*, su puesto en el todo».

Es pues preciso conocer la *natura rerum*. La naturaleza de las cosas —cosas en plural, que incluye su conjunto con el orden insito en ellas—, al que *Michel Villey* dedicó una comunicación en el *Coloquio de philosophie du droit comparée* de 1964, en la Universidad de Toulouse.

A su juicio: «El objeto del derecho no es un interés ligado —como nuestro nominalismo nos hace creer— a algún particular, sea el de una persona individual o bien persona colectiva», sino que «lo justo es el valor de un «conjunto». Así, «es la armonía entre esas cosas —como entre los ojos, la nariz y la boca de una bella mujer o como entre las notas, los ritmos y los instrumentos de una sinfonía de *Mozart...*».

«Lo justo es de la familia de lo bello. Cabe que, indirectamente, la justicia como la belleza sean ventajosas para el hombre. Es posible que cada uno halle ventaja, en definitiva, si es remitido a su justo lugar; pero el juez, de por sí, no mira el logro de provecho particular, no más que a la utilidad del todo; el papel del derecho es el buen *reparto*: el juez faltaría a este objetivo si buscara, ante todo, cualquier interés de quien quiera de los partícipes...».

En ese conjunto incluye *Villey* el orden insito por Dios en las cosas creadas; y añade: «En ese *conjunto*, en el cual el derecho se ocupa de regir las relaciones hay algo más que hombres. Existen otras cosas que tienen un valor. Hay relaciones justas de los hombres no sólo entre sí, sino con las bestias y las cosas y todo lo que compone la *naturaleza*. Por lo cual —concluye— «servir a la armonía del conjunto —aunque esto, a fin de cuentas, resulta beneficioso para los hombres— asegurándoles su justa parte, no es ponerse unilateralmente al servicio del hombre, ni siquiera de la especie humana, concebida como persona moral, sino del orden de la naturaleza en su acepción más amplia».

Como vemos, *Villey* retorna al concepto genuino del derecho; pero no lo hace sólo por ser el genuino, sino porque responde a la finalidad del derecho, a lo que verdaderamente procuran los jueces y por lo que —ajustado o desajustadamente— se reclama cuando se exclama: «no hay derecho» o «esto es injusto» o «es una iniquidad».

Entiende «la regla de derecho, no tanto como un medio de dirigir una conducta, que de buscar el derecho «natural» [en el sentido del realismo clásico, de lo justo de conformidad a la naturaleza de las cosas]; de modo tal, que «la regla no puede sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que deberán ayudar, entre otras, para descubrir lo justo. Lo escrito no puede abarcar todo lo justo natural que por esencia es inexpresable».

c) Esta es la línea definitoria de derecho que yo sigo, con algunos matices, desde que me abrió los ojos *Michel Villey*, confirmándome lo que mi práctica profesional me acuciaba a entender.