

# Una aproximación al estudio de las normas sociales, desde la dogmática jurídica y la teoría del derecho, como forma de conocimiento filosófico-jurídico\*

Francisco-Vicente Bonet Bonet

Profesor Titular del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO:** SECCIÓN 1<sup>a</sup>. LA ACTIVIDAD RELACIONAL HUMANA Y SU ORDENACIÓN: I. LA NECESARIA EXISTENCIA DE NORMAS.—II. SUSTANTIVIDAD DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE NORMAS REGULADORAS DE LA CONDUCTA HUMANA. SECCIÓN 2<sup>a</sup>. DETERMINACIÓN EVOLUTIVA Y GRADUAL DEL CONCEPTO DE DERECHO: I. PLANTEAMIENTO: A) *Delimitación*. B) *Etimología*.—II. DEFINICIONES MÁS DIFUNDIDAS: A) *Concepciones externas*. B) *Concepciones internas*: a) Posición sociológica; b) Posición individualista; c) Doctrinas eclécticas.

## SECCIÓN 1<sup>a</sup>. LA ACTIVIDAD RELACIONAL HUMANA Y SU ORDENACIÓN

### I. LA NECESARIA EXISTENCIA DE NORMAS

**I.1.** Una de las cuestiones previas al examen de cualquiera de los grandes temas y de los no pequeños interro-

---

\* Tras más de cuatro décadas de vinculaciones como Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, he querido aportar esta modesta contribución al “Anuario de Derechos Humanos” por coincidir con una segunda singlatura bajo la oportuna dirección de la Profesora Doctora María-José Falcón y Tella y lo hago dentro de la investigación científica a que la docencia nos obliga, evocando con ello el hecho de que mis pri-

gantes y dilemas que nos ofrece la experiencia jurídica, en su infinita variedad de formas, es la que se ocupa de instituir una, siempre incuestionablemente inconclusa, relación de aquellas consideraciones, que de ordinario se estima que están dotadas de mayor entidad, a la hora de justificar o legitimar la necesidad de un cierto orden normativo de la vida social, como una de las consecuencias de la interdependencia de los hombres<sup>1</sup> que haga previsibles sus comportamientos, mediante la correspondencia estable entre situaciones típicas y modos de comportamiento típicos<sup>2</sup>, reforzando así la seguridad y la certeza, que asegure a su vez la supervivencia de la especie humana y que, en definitiva, ofrezca un instrumento de resolución de conflictos y permita la consecución de los fines del grupo social, mediante el condicionamiento de las acciones individuales en el ámbito del grupo, a través de una serie de reglas y de principios, con vistas a favorecer la obtención de aquellos fines<sup>3</sup>.

---

meros desvelos desarrollados en este ámbito, se produjeron precisamente en el campo de la Filosofía y del Derecho, que se materializaron en un estudio histórico sobre la vida y la obra de “Santo Tomás de Aquino” y en un estudio sistemático en torno a la “Libertad y la coexistencia”, desarrollados ambos por iniciativa de los Profesores DON VICENTE FELIU EJIDO (filósofo) y DON AGUSTÍN BLÁZQUEZ Fraile (historiador y filólogo), quienes supieron estimular mi temprana vocación hacia la enseñanza, a quienes quisiera mostralos aquí y ahora. Del mismo modo, y por lo que concierne al período más próximo en el tiempo, quisiera agradecer a la Profesora Doctora Doña MARÍA ÁNGELES RUBIA VILLA (filósofa y humanista), su ayuda, aliento y colaboración inestimables en orden a que publique este trabajo, lo mismo que al Profesor Doctor Don JOSÉ ITURMENDI MORALES (Catedrático de Filosofía del Derecho y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), quien con sus valiosísimos consejos y sugerencias ha hecho posible su conclusión.

<sup>1</sup> THEODOR GEIGER (1891-1952), “Estudios de Sociología del Derecho”, trad. castellana de A. CAMACHO, G. HIRATI y R. OROZCO, Fondo de Cultura Económica, México 1983, p. 44.

<sup>2</sup> RAMÓN SORIANO, “Sociología del Derecho”, Colección “Ariel Derecho”, primera edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1997, pp. 132-134.

<sup>3</sup> MARIO JORI, “Ordre Juridique”, en “Archives de Philosophie du Droit”, (Editions Sirey), París 1984, pp. 347-352; GIUSEPPE LUMIA, “Principios de Teoría e Ideología del Derecho”, trad, cast, de ALFONSO RUIZ MIGUEL, Madrid 1978, pp. 9-15; H. LEIPOD, “Wirtschaftsordnung und Staatsverwaltung”, en “Ordo” (Stuttgart), 1979, vol 30, pp. 199-217.

Orden social, que para muchos debería de estar en armonía con el propio orden natural en el que se desenvuelve la vida humana, y que se desplaza en una variada serie de sistemas normativos ya que regulan el comportamiento de los hombres.

El Profesor de matemáticas aplicadas del King's College de Londres, PAUL DAVIES, en un texto que obtuvo un excepcional eco y difusión, "The Runaway Universe" ("El universo desbocado"), en el que se propone describir los avances conseguidos en la física y la astronomía del presente, no olvida reconocer que todos los sistemas físicos, desde un ser humano a una galaxia, comparten lo mismo y un tanto la enigmática cualidad de organización: "Las leyes naturales que rigen la aparición y desaparición de la estructura y la actividad organizadas se entienden de una manera muy general, y son básicas en la física moderna...". Tal vez la característica más fenomenal del universo físico es que la materia y la organización no están dispuestas al azar, sino siguiendo una compleja organización. A cualquier lugar que miremos desde los recónditos rincones del núcleo hasta las más lejanas galaxias, encontramos un orden... Según nuestra experiencia la culminación del orden se encuentra en la tecnología y la acción humana...<sup>4</sup>. El principio superior al orden es la sociedad humana.

Orden natural admitido, en principio, incluso por pueblos completamente heterogéneos, tanto en orden al estado de desarrollo de su civilización, como en sus concepciones del mundo, pero sobre el cual no dejan de proyectarse las discrepancias más radicales, en cuanto nos proponemos fijar, concretándolos, los principales rasgos identificadores, ya sea de sus fundamentos, ya de su causa y razón, que suministran el armazón de todas las legislaciones que merezcan la consideración de tales, en las distintas épocas y en todos los países civilizados, y represen-

---

<sup>4</sup> PAUL DAVIES, "El universo desbocado. Del Big Bang a la catarsis final", trad. castellana de ROBERT ESTALELLA, del original publicado por J. M. Dant & Sans Ltd., London, 1978), Salvat Editores S.A., Barcelona, 1965, pp. 1-4.

tan el elemento mismo en que estos sistemas se desen-  
vuelven y se realizan<sup>5</sup>.

Causa y razón que para unos estribaría en la existencia de un Ser Supremo que organiza toda la Naturaleza; y que en contraste, para otros —en síntesis— radicaría en una especie de evolucionismo de la propia materia existente, en la que se habrían ido formando sucesivamente otras derivadas, cada vez más complejas, lo que determinaría la búsqueda acuciante de esa “prima materia” que expresa y contiene la estructura fundamental de todas las cosas, tanto animadas como inanimadas, ya que en todo el “Cosmos” se observa siempre un encaje perfecto de los distintos elementos, cada uno de ellos destinados a cumplir una finalidad, para cuya realización necesitan siempre de los demás, en mayor o menor medida.

He aquí, a grandes líneas, las dos posiciones extremas, que ofrecen los polos sobre los cuales han girado todos los estudios acerca del conocimiento de las últimas causas o razones de los filósofos, desde la más remota antigüedad, al socaire de las cuales se ha ido generando, a la manera de una “tercera vía”, una variadísima serie de teorías más o menos eclécticas, en un sentido u otro, formuladas por las diversas Escuelas filosóficas, que aún hoy sostienen su antagonismo con relación al “Mundo” en su aspecto físico —con los modernos descubrimientos sobre los elementos integrantes de la materia— y al “hombre”, centro este último sobre el que converge todo ese orden cosmológico, en cuanto a su dominio y utilización, con respecto a cuyo papel se ha postulado una enmienda a la totalidad mediante la formulación del nuevo imperativo categórico que postula el “principio de responsabilidad” (“Prinzip Verantwortung”) de HANS JONAS (1903-1993) y su “ética para la civilización tecnológica”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> LOUIS JOSSERAND, “El espíritu de los derechos y su relatividad teleológico-jurídica”, trad. cast. de Eligio Sánchez Larios y José M<sup>a</sup>. Cajica Jr., Biblioteca Jurídico- Sociológica, Ed. José M<sup>a</sup>. Cajica Jr., Puebla (México), 1946, p. 7

<sup>6</sup> M. RATH, “Intuition und Modell. Hans Jona’s. Prinzip Verantwortung und die Frage nach esner Ethik für das wissenschaftliche Zeitalter”, 1988.

**I.2.** Se nos podrá objetar que resulta, además de arriesgado, sorprendente tratar de abordar una temática tan excepcionalmente compleja en los inicios del siglo XXI, tras un período que ha conocido la disolución de muchas de las tradiciones científicas más asentadas, y ha visto evaporarse bastantes de las corrientes que han conformado las concepciones del MUNDO que sucesivamente han sido dominantes, en oponerse un sentido de conocimiento sistemático, y que si en algo ha concluido es con el general reconocimiento de la coexistencia de una pluralidad de aproximaciones, en principio posibles, a las distintas formas examinadas encaminadas a agilizar el fin, cuando es tan complejo, y llevar al entendimiento con el Derecho<sup>7</sup>.

También se nos podría reprochar, y no sin razón, que el conocimiento de tan compleja materia<sup>8</sup> excede con mucho de los límites propios de las distintas disciplinas dogmáticas en las que se ha escindido el estudio del Derecho, desde la atomización disciplinar que tuvo su origen cuando comenzaron a constituirse las distintas disciplinas dogmáticas, a partir del siglo XIX. Así lo entendió el Profesor FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, cuando en su obra “Derecho Civil de España”, sostuvo que se trata de una de las cuestiones que tiene su “*sedes materiae*” propia en la Filosofía jurídica, al punto que ocuparse desde otras disciplinas de este tema no deja de constituir una “*inmissio*”. Si bien no es menos cierto que resulta imposible no ofrecer, al abordar el estudio del Derecho en cualquiera de los ámbitos disciplinares, una determinación previa, aún cuando provisional, del concepto del Derecho; es más, en el desarrollo de cualquier argumentación jurídica está latente un determinado concepto acerca del Derecho, aquello en lo que consciente o inconscientemente, explícita o implícitamente, participa su autor, ya que todo junto da una idea más o menos clara del

---

<sup>7</sup> ALFONSO CATANIA, “Manuale di Teoria generale del diritto”, Col. “Manuale Laterza”, Gius, Laterza y Figli, Ed. Laterza, Roma-Bari, oct. 2003, p. 3.

<sup>8</sup> NORBERT ROULAND, “Introduction historique droit”, Colection “Droit Fundamental”, Presses Universitaires de France, París Noviembre 1998, Capítulo I, “Le binôme Droit/Etat”, pp. 19-37; Id., “Les confins du droit”, París, 1991.

concepto de Derecho, que se expresa en su persona y subyace a ésta<sup>9</sup>. Idea que es, en general, propuesta como algo evidente. De aquí que si tenemos en cuenta que nuestro propósito no es otro sino plantear aquellas cuestiones que exceden los límites de los distintos ámbitos disciplinares, que pueden tener una trascendencia, no despreciable para la percepción del Derecho en su conjunto, pues —no en balde— no debemos olvidar, que el DERECHO además de nacer de los hechos (“*ex facto oritur jus*”), posee una cierta unidad interna, aunque para su mejor estudio y comprensión se proceda a dividirlo en sectores o ramas, que no por ello olvidan el latido en todas ellas del germen común y vificador del que participan todas las ramas, disciplinas e instituciones y al tronco común, Derecho civil, le corresponde aún hoy un cierto protagonismo en la experiencia jurídica, en la medida que es aquella parcela del Derecho que regula todas las relaciones concernientes al hombre, incluso aquellas que se generan antes de su propia existencia como ser independiente<sup>10</sup> y para concluir más allá de su propia muerte, así como las más generales que sostiene con los otros hombres durante su vida<sup>11</sup>; bien puede entenderse

---

<sup>9</sup> ROBERT ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, trad. castellana en la Colección “Estados Alemanes”, a cargo de Jorge M. Seña, Editorial Gedisa S.A., Mayo 1994, p. 14. RALF DREIES, “Recht und Moral” (1981) en “Recht. Moral. Ideologie”, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1981, pp. 180-216; Id., “Rechtsbegriff und Rechts idee”, Suhrkamp Verlag, Frankfurt aun Main, 1986.

<sup>10</sup> No puede olvidarse la protección que al “nasciturus” le otorgan normas como las del Código Civil (art. 29) “...pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables...”; la vigente Constitución española de 1978 en su art. 15 inciso primero, señala que “todos tienen derecho a la vida...”, e incluso en el orden internacional, “la Declaración de los Derechos del Niño” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959 y reiterada en la “Convención sobre los Derechos del Niño”, también adoptada por la ONU el 20 de Noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de Enero de 1991, que en su Preámbulo señala que, “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

<sup>11</sup> En este sentido, hay que entender el Derecho Civil, como “el Derecho privado general, que tiene su fuente en dicho Ordenamiento positivo, al cual se atribuye el carácter de común; regulador de la persona individual y colectiva, de los derechos de la personalidad y de las relaciones personales y patrimoniales e incluso sucesorias”.

hasta qué punto resulta determinante a la hora de delimitar el concepto de la disciplina, cual sea el punto de partida que se adopte, ya sea ésta una postura “iusnaturalista”, o por el contrario, una concepción evolucionista o positiva.

A este respecto no es ocioso recordar que, tal como señalara en la Francia del siglo XVII el jurisconsulto francés JEAN DOMAT (1625-1696), en su obra capital “*Les lois civiles dans leur ordre naturel*” (“*Las Leyes civiles en su orden natural*”)<sup>12</sup>, manteniendo con ello una concepción que, por otra parte, encuentra sus antecedentes más remotos en la Antigüedad clásica, el elemento más imprescindible para iniciarse en el aprendizaje de las Ciencias reside en tratar de conocer los primeros principios. Toda Ciencia debiera iniciarse con la identificación de los principios de su propio ámbito, objeto de conocimiento, y debe procurar hacerlo con la claridad necesaria para que salten luego a la vista su verdad y certeza, a fin de que suministren una base y un fundamento adecuado a todas las consecuencias que de ellos se deriven. Programa que el propio DOMAT desarrolla con el debido rigor en sus tres volúmenes de su “*Traité des lois*”, al refundir la dispersa masa del Derecho romano de su época, ateniéndose a un sistema racional, que preparó la Codificación francesa, y al poner las condiciones para suprimir la perpetua incertidumbre del conocimiento del Derecho de su tiempo y abordar el desarrollo de toda una teoría del Derecho público francés en su tratado “*Le Droit public*” (El Derecho público, París 1697). Todo parece apuntar a que, tanto las “*Pandectae in novum ordinem digestae*” (1768-1752), reelaboración del Digesto, ateniéndose a esquemas racionales, a fin de preparar un “Código” y sistematizar el Derecho consuetudinario francés, y la serie de tratados sobre materias de Derecho privado que unen la luz de las ediciones, por obra de

<sup>12</sup> “*Las Leyes civiles en su Orden natural*”, obra publicada en lengua francesa por JEAN DOMAT y arreglada para el uso de los españoles por D. FELIX VILLARUBIAS y D. JOSÉ SARDÁ —los traductores no figuran en la portada ni en el prólogo—, tomo I, Barcelona 1841 —hay una 2<sup>a</sup>. edición de 1844—, número 2, p. 8. Vid NICOLA MATTEUCCI, “Jean Domat, un magistrato giansenista”, Bologna, 1959; R. F. VOELTZEL, “Jean Domat”, París 1936.

ROBERT-JOSEPH POTHIER, no fueron sino el desarrollo en continuidad amónica con los propósitos de JEAN DOMAT, en orden a reestructurar y recopilar el Derecho y las instituciones galas sobre la base de las categorías propias del Derecho romano, al que consideraba como la exposición más acabada de la realidad jurídica (en su condición artística “*reti scripta*”) de la equidad natural<sup>13</sup>.

**I.3.** Si partimos, como entiendo adecuado hacer, de la idea cristiana de la CREACIÓN, obra de Dios, en la que el hombre ocupa el lugar preeminente, por haber sido concebido “*ex nihilo*” a imagen y semejanza del HACEDOR<sup>14</sup>, quien le otorga el ser, la libertad, al tiempo que le atribuye<sup>15</sup> el señorío de todas las cosas terrenas y la ciencia del espíritu, llenando el corazón de discernimiento, lo que le permite conocer los bienes y los males<sup>16</sup>, debemos concluir que, mediante la capacidad de discernir lo que esta bien de lo que está mal, se asienta la libertad humana, condición ésta que permite diferenciar al HOMBRE de los demás seres creados, ya que la criatura racional puede discriminar en sus meros actos primarios —aún en los estados más primitivos de civilización—<sup>17</sup>, cuando procede de manera adecuada o inadecuada.

<sup>13</sup> MARIE-ROSE DE SIMONE, “Derecho”, en VICENZO FERRONE y DANIEL ROCHE (editores literarios), “Diccionario histórico de la Ilustración”, trad. cast. de José Luis Gil Aristico, del original en italiano (Gius, Laterza y Figli, Roma-Bari, 1957), Alianza Editorial, Madrid 1998, pp. 113-131, la cita en p. 124. GIOVANNI TARELLO, “Storia della cultura giuridica moderna”, Vol. I: “Assolutismo e codificazione del diritto”, Società Editrice il Mulino, Bologna 1976.

<sup>14</sup> “Génesis” Vers. 26.

<sup>15</sup> PIERRE CHAUNU, “La violence de Dieu”, Col. “Violence et Société”, Editions Robert Laffont S.A., París 1978, chapitre V, pp. 74 y ss.

<sup>16</sup> Conforme al Génesis, Cap. I, Vers. 26 y ss., Sabiduría, Cap. II, Vers. 23, Eclesiástico, Cap. I, Vers. 1 y ss. Epístola de San Pablo a los Colosenses, Cap. III. En estos textos aparece el Supremo Hacedor como Rey del Universo y, dentro de este Reino de Dios, el hombre ocupa un lugar preferente y es también Rey, porque le entregó el señorío sobre la creación visible; “con la caída del hombre”, tal privilegio se tornó en duro trabajo.

<sup>17</sup> Por el contrario JEAN DOMAT, “Las Leyes civiles en su orden natural”, tomo I, Barcelona 1841, núm. 1, p. 7, sostiene que aún los mas sabios entre aquellos que han ignorado lo que la Religión nos enseña, los han desconocido de tal suerte, que han llegado al extremo de establecer Leyes que los quebrantan y destruyen.

Baste recordar aquí el pasaje del Génesis —Capítulo III, “tentación y caída”— con lo que se nos relata la forma en la que el SEÑOR otorga a la primera pareja humana el derecho al uso y disfrute de los bienes del jardín del Edén, salvo el servirse del árbol situado en medio del jardín —“Podrás comer de todos los árboles del jardín, pero del árbol de la ciencia del bien y del mal no comas, porque el día que de él comieres, ciertamente morirás”—<sup>18</sup>; fórmula que supone un problema y la alternativa entre su respeto y su posible transgresión —la primera etapa del cumplimiento ético—. Prohibición a la que sigue la tentación —“... seréis como Dios si conocéis el bien y el mal”—, y se produce con ello la disputa entre “hacer” o “no hacer”, es decir la lucha entre el espíritu y la materia, en orden a transgredir o no la prohibición. Lucha que concluye con el triunfo del incumplimiento de la prohibición; con lo cual brota el desencanto con lo que han conocido, por engaño, y, a su vez, del arrepentimiento, por ser un acto contrario al mandato impuesto por el **CREADOR**. Tal acto, ejecutado de una manera libre y racional —libre albedrío—, lleva consigo una sanción y el destierro del Paraíso<sup>19</sup>.

De todo ello, podemos llegar a la conclusión de que este acto de indisciplina y transgresión de la primera pareja humana —varón-mujer—, entraña en primer lugar, el incumplimiento de una típica **obligación de “no hacer”**, consecuencia de una norma previa establecida por el **CREADOR**.

Transgresión realizada de una manera consciente y racional, ya que en ambos —hembra y varón— existe una duda a través de su libre albedrío —de hacer o no hacer—, en la que vence el orgullo, envuelto en la idea de un saber más profundo; tal acción lleva consigo la pérdida de la gracia y de la inocencia, y al ser valorada, se produce un arrepentimiento espontáneo, que mitiga la sanción a la

---

<sup>18</sup> GÉNESIS, Vers. 17-18. PIERRE CHAUNU, “si tu manges, tu mouras”, Gen. 2,17, *ob. cit.* pp. 115 y ss.

<sup>19</sup> GÉNESIS, Cap. III, Vers. 8-24.

que por tal conducta se había hecho acreedor todo el género humano.

En el relato bíblico se contiene desde un principio una regla obligatoria, que en contraste con lo que sucede con las llamadas leyes físicas, naturales, no se impone de manera inexorable, sino con posibilidad de una valoración efectuada por la razón sobre su posible conveniencia o no en cuanto a su cumplimiento, estando expuesta a incurrir en algún vicio, tanto interior como exterior, que haga defectuoso el juicio. El propio contraste entre los enunciados de las leyes físicas, naturales (“si A, es B”) y los enunciados propios de las normas (“si es A, entonces debe ser B”), el que los primeros componen, describen un conocer causal, entre dos conceptos de hechos o acciones, los soportan los segundos, al imponer consecuencia debidas a ciertos hechos o acciones<sup>20</sup> ponen de manifiesto esta diferencia.

Si esto acontece en ese primer momento de la creación de la criatura humana, en el que sólo debía agradecimiento al **SUPREMO HACEDOR** de quien todo lo ha recibido, sin nada a cambio, y al que sólo está obligada a la observancia de un mandato que incumple, alzándose contra Díos y tratando de conseguir sus fines frente a El<sup>21</sup>, cabe pensar en el comportamiento posterior: perdida la inocencia originaria. Son necesarias una serie de normas, que se adecuen a la nueva condición y destino del hombre<sup>22</sup>, unas emanarán de la infinita misericordia del **CREADOR**, y

---

<sup>20</sup> HANS KELSEN (1881-1973), “Society and Nature, A Sociological Inquiry”, Chicago- London,1946.

<sup>21</sup> Const. past. “GAUDIUM ET SPES”, n 13. JUAN PABLO II, exhort. ap. “Reconciliatio et poenitentia”, n. 18. A.A.S. 77 (1985), 208-211; “GÉNESIS” III, 16-19; “ROMANOS”, V. 12, VI, L4-21; PABLO VI, “Sollemnis profss. fidei”, 30 de Junio de 1968, n. 16; A. A. S., 60, 1968.

<sup>22</sup> Como se desprende del Capítulo III, Ver. 7 del GÉNESIS, ...“se les abrieron los ojos, no para adquirir nuevos y más elevados conocimientos sino para reconocer su propia miseria. Perdieron todos los dones sobrenaturales, la gracia santificante, la inocencia, justicia y santidad originales y la amistad de Dios; hasta sus dones naturales comenzaron a flaquear, despertose la concupiscencia, la carne empezó a rebelarse contra el espíritu y detrás de todos estos males se cernía la muerte y la corrupción de todo el género humano...”.

otras tendrán que ser dictadas no sin dificultades por los propios hombres, teniendo que adaptarse en orden a su justicia y rectitud con los mandatos establecidos por **DIOS**.

Precisa al respecto el civilista italiano NICOLA COVIELLO<sup>23</sup>, que providencialmente los seres humanos no se sujetan al principio cosmológico del orden, en virtud del cual todos los seres del Universo se encuentran sometidos a leyes de aplicación inexorable que presiden su existencia y regulan su vida (Leyes físicas, químicas, biológicas, etc.). También se encuentran vinculados, además de al conjunto de las Leyes comunes a todos los seres vivientes, a Leyes particulares que responden a su especial naturaleza, que gobiernan su voluntad y sus acciones, que ocupan un lugar fundamental en la vida colectiva o solo imponen obligaciones<sup>24</sup> y que se llaman por eso éticas o morales, de las cuales unas afectan al hombre en su esfera interior principalmente y otras tienen por objeto la manifestación exterior de su actividad hacia sus semejantes.

## II. SUSTANTIVIDAD DE LAS DISTINTAS MODALIDADES DE NORMAS REGULADORAS DE LA CONDUCTA HUMANA

**II.1.** Bien puede acogerse la definición que de la Sociedad humana ofreciera el filósofo del Derecho ENRIQUE LUÑO PEÑA, en su hoy escasamente invocado curso de “Derecho Natural”<sup>25</sup>, como la coexistencia y la convivencia entre seres humanos que cooperan conjuntamente en orden

---

<sup>23</sup> “Manuale di Diritto civile italiano”, Parte Generale, 4<sup>a</sup> ed., Milano 1929, pp. 1-2, (hay una edición facs, a cargo de la Società Editrice Librairie, revisada por LEONARDO COVIELLO.

<sup>24</sup> EMILE DURKHEIM, “Determination de fuit Moral”, e Id. “Sociologie et philosophie”, Presses Universitaires de France, París 1967, pp. 39 y ss.

<sup>25</sup> “Derecho Natural”, ed. La Hormiga de oro, Barcelona 1947, p. 422. Hay una edición posterior ampliada Barcelona 1962. Vid. del propio autor, que fue Rector de la Universidad Central de Barcelona, “Filosofía del Derecho”, misma Editorial, Barcelona 1949, “Moral de la situación y derecho subjetivo”, editado por la Universidad de Barcelona, año 1954; “El pensamiento jurídico de San Raimundo de Peñafort”, tip. de la Academia, Zaragoza 1945.

a la consecución del bien común. Siempre en el entendimiento de que tan solo a través de los grupos humanos —constituidos por dos o más personas en estado de interacción social<sup>26</sup>— se concretiza y se hace visible lo social.

Su origen más remoto, en la que fuera su forma más elemental, nos remite al momento en que de acuerdo con el relato bíblico el varón estaba solo, y carente de “una ayuda semejante a él”, el HACEDOR provee, crea y conduce ante el hombre a la primera mujer (HAWWA, EVA), sobre la que se dice: “esta vez sí es hueso de mis huesos y carne de mi carne; ésta será llamada ‘varona’ porque del varón ha sido tomada. Por ella el hombre dejará a su padre y a su madre, y se adherirá a su mujer, y ambos vendrán a ser una sola carne”<sup>27</sup>. Pareja única que representa a toda la especie humana.

Pasaje bellísimo del primero de los libros de la SAGRADA ESCRITURA, en el que se nos muestra la cooperación necesaria de la primera pareja humana de una intervención particular del **CREADOR** llamando a investirla de un poder, un dominio y una dignidad sin par en su estado particular de inocencia<sup>28</sup>. Ya que si bien en aquellos momentos, de ilimitada felicidad, no resultaba necesaria, para soportar y conllevar las continuas fatigas y sinsabores, que luego sí que le serían impuestos a nuestra vida terrenal, es el propio **CREADOR** quien concluye: “No es bueno que el hombre esté sólo; le haré una ayuda semejante a él”.

Del estudio de estos Versículos de la Revelación del Antiguo Testamento, en los que se identifica la ética, la felicidad, el acuerdo, etc. se contiene, además, el testimonio de la institución divina del matrimonio, base de la Sociedad humana, cuyo núcleo fundamental está constituido por la familia, que tiene como fin la integración del hombre con la mujer, la reproducción, conservación y educación de la

<sup>26</sup> K. YOUNG, “Psicología social del grupo”, trad. cast. de L. Calderón, ed. Porrúa, Buenos Aires 1969, p. 7.

<sup>27</sup> GÉNESIS, Cap. II, Vers. 18-25.

<sup>28</sup> GÉNESIS, Cap. I, Vers. 26-27, entre otros.

especie. Mediante la más íntima unión entre personas de distinto sexo, se constituye la comunidad humana más perfecta, ya que en su seno puede lograrse una convivencia encaminada a la consecución del bien común. No es, por consiguiente, el hombre considerado aisladamente, un ser perfecto que se baste a sí mismo, ni en el primer estado de su creación; necesita una ayuda, que la encuentra en la unión con persona del otro sexo, encaminada a la continuación de la vida y educación de la prole.

Los vínculos que genera la unión en matrimonio entre el marido y la mujer, y los que entre los padres y los hijos produce el nacimiento de éstos, permite configurar en cada familia, como señala JEAN DOMAT<sup>29</sup>, una Sociedad particular, en la cual Dios une a las personas que la integran de un modo en extremo estrecho, obligándolas a una práctica no interrumpida de los diferentes deberes del amor mutuo. Todo ello tal vez explicaría que el resto de los seres humanos no fuesen creados al igual que se creó al primero; con el propósito de que naciesen como fruto de la unión matrimonial de los sexos, y que quedasen expuestos al Mundo, en una situación plena de las más variadas necesidades, en donde el socorro y la asistencia de los padres resulta indispensable durante largo tiempo, mas indispensable que el socorro que precisan otras especies animales, dada la excepcional vulnerabilidad del ser humano.

---

<sup>29</sup> “Las Leyes civiles en su orden natural”, tomo I, Barcelona 1841, número 1, p. 15. En la actualidad, con la aprobación de lo que se ha designado erróneamente como “matrimonio entre personas del mismo sexo”, se pretende torticadamente desnaturalizar el matrimonio y la familia en lo más hondo y constitutivo de su ser —como ha señalado el Cardenal ANTONIO M<sup>a</sup> ROUCO VARELA—, con la desnaturalización consiguiente de la Ley misma que pierde la función que le da sentido de ser cauce vinculante de realización de Justicia. Vid. entre otras, ANTONIO M<sup>a</sup>. ROUCO VARELA, “Los fundamentos de los derechos humanos: una cuestión urgente”, Discurso de recepción como académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 2001; Id., “Relaciones Iglesia Estado en la España del siglo XXI”, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca 1996; Id., “Teólogos y Derecho: Escritos sobre aspectos fundamentales de Derecho canónico y de las relaciones Iglesia Estado”, editado por Roberto Serres, Madrid 2003. JACQUES LECLECQ, “El matrimonio canónico”, trad. castellana de Arsenio Pacis López, del original francés, “Le mariage chréten”, Madrid 1968.

Tras el castigo impuesto por el **SUMO HACEDOR**, al género humano con ocasión de “la caída”, cuya narración se recoge en el tercer Capítulo del Libro del GÉNESIS, se hace de todo punto imprescindible para la humanidad castigada, pero no abandonada<sup>30</sup>, fomentar los vínculos de integración entre los hombres a través de la familia, compuesta no solamente por los que proceden de los mismos progenitores, sino también de otras personas, que se integran, voluntariamente o de otras formas, para ayudarse frente a las necesidades de la vida y conseguir unas finalidades más amplias en cuanto al dominio y disfrute de los bienes terrenales, mediante el mutuo trabajo o servicios, que de hecho de una forma conjunta, puede permitir el paliar las necesidades que a lo largo de la vida van surgiendo y hasta incluso lograr una continuidad en la obra a realizar. Pues en este orden cosmológico, cada hombre tiene reservado un lugar conforme a sus inclinaciones y los designios de la **PROVIDENCIA**, estando obligado a poner, en el desempeño del mismo, todas sus fuerzas, de acuerdo con la inteligencia de que ha sido dotado. Su origen se encuentra ínsito en la misma naturaleza humana, y consiguientemente derivado de Dios por institución natural<sup>31</sup>.

La complejidad de estas asociaciones humanas, en las que se desarrollan tanto relaciones de comunidad o comunitarias, como relaciones de sociedad<sup>32</sup>, ya estén constituidas en base a la familia, o en base a la agrupación de conjuntos mayores, hace necesario disponer de una serie de

<sup>30</sup> Voz “Faute (ou chute) originelle”, en ANDRÉ MARC GERARD (1918-1989), asistido por ANDRÉ NORDON GERARD, con la colaboración del P. TOULLER, p.s.s., “Dictionnaire de la Biblia”, ed. Robert Laffont, París 1989, pp. 389-393.

<sup>31</sup> Una pertinente síntesis de las teorías formuladas sobre el origen de la Sociedad, nos la ofrece entre otros, ENRIQUE LUÑO PEÑA, “Derecho Natural”, Ed. La Espiga de Oro, Barcelona 1947, pp. 423 y ss.

<sup>32</sup> FERDINAND TÖNNIES (1853-1936), “Principios de Sociología”, (1931), Trad. castellana de Vicente Llorens, Fondo de Cultura Económica, México 1946, p. 11; Id. “Gemeinschaft und Gesellschaft”, Leipzig, 1887, octava ed. 1935; Id. “Comunidad y asociación”, trad. cast. del original, “Gemeinschaft und Gesellschaft” (1935, hay una edición posterior, “Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt”, 1972), a cargo de José Francisco Ivers, edición de Salvador Giner, Ediciones Península, Barcelona 1979; Id. “Communauté et Société”, trad. francesa, Presses Universitaires de France, París, 1944 (Retz, 1977).

reglas sobre el comportamiento de sus miembros, en cuanto a regular tanto la conducta de los componentes del grupo en sus relaciones recíprocas en el ámbito de la comunidad a que pertenecen, como las conductas desplegadas en las relaciones que pudieran desplegar con personas pertenecientes a otras agrupaciones sociales<sup>33</sup>. Pues, tal y como URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ<sup>34</sup> dijera, el hombre no puede vivir sino asociado a sus semejantes, al ser, por naturaleza, un ser sociable —condición que además de hundir sus raíces en las necesidades de la especie humana, desarrolla un papel decisivo en la propia formación del ser del hombre, que solo toma conciencia de su individualidad en relación con los demás hombres y en función del conocimiento que de ellos obtenga—. Sabido es que la convivencia del hombre con sus semejantes da origen a una tupida red de relaciones sociales, a una serie de relaciones en las que inevitablemente se contraponen intereses y apetencias de unos y otros, cuya eventual colisión exige una regulación de las diversas situaciones, así como una delimitación tanto de las facultades como de las obligaciones que deben imputarse a cada ser social.

Resulta por tanto necesaria la existencia de un orden que fije las posibles formas de actuación de los individuos dentro de la Sociedad que conecte los distintos intereses de cada uno<sup>35</sup>, con los otros partícipes, pues en el caso de

<sup>33</sup> Resulta gráfica la expresión empleada por JOSSEURAND, en su “Cours de Droit civil positif français”, Vol. I, París 1932, nº 1, p. 1, cuando sostiene que la vida en Sociedad implica, por definición misma, la existencia entre los que la practican, de relaciones sociales.

<sup>34</sup> “Curso elemental de Derecho Romano”, fasc. 1, Madrid 1948, p. 9; Vid. Id. “Curso de Derecho Romano”, ed. Revista de Derecho Privado; Id., “Horizonte actual del Derecho Romano”, Instituto Francisco de Vitoria, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1949.

<sup>35</sup> Pero dejándole a la vez una holgura —como expresa LUÍS RECASENS SICHES, “Tratado general de Filosofía del Derecho”, 2<sup>a</sup> ed., Editorial Porrúa, Méjico, 1961, p. 140 (hay otra edición de 1983): y de forma más amplia, en “Tratado General de Sociología” Ed. Porrúa, 2<sup>a</sup> ed., Méjico, 1958, pp. 148-152 y, 223-243—, dentro de la cual el individuo puede ser él mismo, puede moverse con libertad, para hacer su propia vida individual. Vid. Id., “Antología”, 1922-1974, Fondo de Cultura Económica, Méjico 1976; Id., “Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica”, Arti Grafiche Ugo Pinnaro, Roma 1926, (separa-

no existir tal reglamentación, todo quedaría supeditado al libre arbitrio de una de las partes con el consiguiente perjuicio, ya que en la mayoría de los casos sería factor predominante la violencia y el engaño.

**II.2.** Esa presentación de la Sociedad como base de un orden, encuentra su fundamento al decir de ENRIQUE LUÑO PEÑA<sup>36</sup>, en una serie de textos de SANTO TOMÁS DE AQUINO (1124/1225-1274), que además ponen de manifiesto hasta que punto el pensamiento del aquinatense expresa la idea cristiana tomada de SAN AGUSTÍN (Aurelius Agustinus 354-430, doctor y Padre de la Iglesia latina), en base a:

1º. El UNIVERSO es un orden en el cual todo ser ocupa un lugar determinado, con propiedades y funciones específicas. No en vano el Universo es producto de la acción creada por Dios que lo rige y gobierna.

La SOCIEDAD es un orden ya que, allí donde hay multitud o pluralidad sin orden, lo que existe es confusión (“Ubi cunque est pluralitas, vel multitudo, sine ordine, ibi est confusio”)<sup>37</sup>. La Sociedad es un conjunto ordenado y armónico, frente a la masa informe y al todo amorfo.

2º. Además de la proporción, el orden requiere la distinción de los sujetos que relaciona, y su comunicación con el todo (“Ordo duo requerit: scilicet ordinaturum distinctionem, et communicatiam distinctorum ad totum”)<sup>38</sup>.

---

ta de la “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano A. VI, fasc. IV, 1926; Id. “Contribución a los libros del filósofo jurídico del pensamiento católico”, tesis doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1926; Id. “Direcciones contemporáneas del Pensamiento Jurídico”, ed. Labor, Biblioteca de iniciación Cultural, Sección VIII: bienes jurídicos, Barcelona 1936; Id. “En torno al subsuelo filosófico en las ideologías políticas”, Biblioteca de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Ed. Reus, Madrid, 1928.

<sup>36</sup> “Derecho natural”, Librería la Hormiga de Oro, Barcelona 1947, p. 56. EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ, “La filosofía política de Santo Tomás de Aquino”, Madrid 1945.

<sup>37</sup> “Summa Theologica”, I, q. 42, art. 3.

<sup>38</sup> “Comm. Met.”, número 2637.

3º. El orden implica en tercer lugar la desigualdad, o la prioridad y la posterioridad. “Ordo includit in se aliquem modum prioris et posterioris. Sed sicut dicit Philosophus, prius et posterius dicitur secundum relationem ad aliquod principium. Unde oportet quod ubicumque et aliquod principium, sit etiam aliquis ordo”<sup>39</sup>.

Consiguientemente, el orden social genera —al tiempo que encuentra su expresión—, en un conjunto de normas<sup>40</sup> de carácter religioso, moral, político, social-convencional y jurídico, e incluso por aquellas resultantes de apreciaciones y usos sociales (como por ejemplo, las de convivencia, cortesía, decencia, etc.). Estos conjuntos de reglas poseen, pese a todo, esferas comunes de actuación, ya que determinan la manera de comportarse el individuo en la Sociedad, en un determinado período histórico, y sin duda su expresión más o menos consecuente de la fundamentación filosófico-jurídica dominante en dicho momento.

Ejemplos de una cierta unidad originaria, o al menos dividen, esta indeterminación de los campos de la Religión, la Moral y el Derecho, los podemos encontrar formulados en el propio Derecho romano y de modo ejemplar, según señala el romanista complutense URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ<sup>41</sup>, en

<sup>39</sup> “Summa Theologica”, II, q. 26, art. 1; C. Gent., L. II, Cap. 45; Id. I, q. 47, art. 3.

<sup>40</sup> La norma jurídica expresa un deber ser, es decir, establece que algo debe necesariamente realizarse cuando concurren los supuestos de hecho, si bien no siempre se cumple (“si es A debe ser B”); a diferencia de las leyes físico naturales, que también afectan, y mucho a los seres humanos, que rigen el UNIVERSO, las cuales se cumplen de una manera ineludible y forzosa (“si A es B”).

<sup>41</sup> “Curso elemental de Derecho romano”, Madrid, 1948, pp. 67-68, en donde aún cuando se trata de la posibilidad de que tales preceptos básicos fueran puestos en boca de ULPIANO por parte de los compiladores bizantinos, se argumenta que aún en tal supuesto, otros textos suministran base suficiente para estimarlos como expresión, del espíritu del Derecho romano clásico. En el mismo sentido se pronuncia JUAN IGLESIAS SANTOS (1917-2003), “Derecho romano”, 3<sup>a</sup> ed., Editorial Ariel, Barcelona 1958, pp. 76-77, (hay una nueva edición realizada por JUAN IGLESIAS REDONDO, Col. Ariel Derecho, ed. Ariel, Barcelona 2004). Id. “El Derecho”, en JOSÉ ITURMENDI MORALES y JESÚS LIMA, “Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica, en Memoria y Homenaje al catedrático LUÍS LEGAZ LACAMBRA (1906-1980)”, coeditado por el Centro de Estudios Constitucionales y

los preceptos fundamentales del Derecho, esto es, en las posibilidades que no tuvieron la consideración de meros adornos retóricos, sin sacrificio de la singularidad del Derecho a la realidad social romana, que le atribuyen un ámbito de actuación de la convivencia humana más reducido que el de la moderna doctrina. Los “*tria juris precepta*” del jurista romano ULPIANO (Domitrus Ulpiano), incorporados al “*DIGESTO*”, justamente al Libro I, Ley 10, párrafo 1, “*honeste vivere*” (“vivir honestamente”), “*alterum non laedere*” (“no dañar a otro”), “*suum cuique tribuere*” (“dar a cada uno lo suyo”).

Pero esa unidad normativa formal originaria ha ido superándose con el transcurso del tiempo.

Así JOSÉ ARIAS RAMOS<sup>42</sup> sostiene con respecto al Derecho romano, que, “*Jus*”, norma jurídica, “*Fas*”, norma religiosa, y “*Boni mores*”, normas morales, fueron concebidas como esferas distintas y separadas, con intuición rara vez oscilante, en presencia de los casos singulares de práctica aplicación. Naturalmente, la diferenciación entre Religión y Derecho no se daría en épocas remotas.

Para JUAN IGLESIAS SANTOS<sup>43</sup>, en un primer momento “*Fas*” y “*Jus*”, expresan la licitud de un determinado acto o comportamiento, es decir, “su conformidad con la voluntad de los dioses”. De concebir la licitud en concreto, se pasa luego a considerarla en abstracto, y uno y otro término designan entonces “*lo lícito*”, “*lo que es lícito*”. Tras un último proceso de abstracción, vienen a significar la norma

---

el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Tomo I, pp. 501-569 Madrid 1983 (incorporado con posterioridad al volumen del propio JUAN IGLESIAS SANTOS, “*Miniaturas histórico-jurídicas*”, Ed. Ariel, Barcelona, 2<sup>a</sup>. edición, de Septiembre 2003).

<sup>42</sup> “*Derecho Romano*”, tomo I, “*Parte general. Derechos reales*”, 10<sup>a</sup> ed., en colaboración con JUAN ANTONIO ARIAS BONET, Editorial Revista de Derecho Privado Madrid 1969, pp. 31-32 (hay ediciones posteriores).

<sup>43</sup> “*Derecho romano*”, Instituciones de Derecho privado, Ed. Ariel, Barcelona 1958, pp. 72-73 (Hay una nueva edición en la Colección “Ariel Derecho”, ed. Ariel, Barcelona 1989). Del propio autor pueden citarse entre otras: “*Espíritu del Derecho Romano*”, Sec. Publicaciones e Intercambio de la Facultad de Derecho de la U.C.M; y “*Iter juris: escritos históricos-jurídicos*”, ed. Marcial Pons, Madrid, 2002.

misma que determina la licitud o la ilicitud de los actos humanos.

Según URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ<sup>44</sup>, a través de una paulatina evolución, fueron separándose la Religión del Derecho, mientras simultáneamente, dentro de éste, se fue estableciendo la distinción entre “Jus divinum” y, “Jus humanum”, basándose la separación en el origen divino o humano, de las normas que integraban ambas esferas de Derecho. El “Jus humanum” sin embargo, continúo ofreciendo vestigios de la primitiva época en la que estaba fundido con la Religión, en una serie de instituciones, como el “foedus”, el juramento (“jus jurandum”), el primitivo contrato verbal (“sponsio”), etc.

Es en los últimos siglos de la República, tal como sostiene RICCARDO ORESTANO<sup>45</sup>, cuando se puede dar por definitivamente zanjado el largo proceso de secularización del “Jus”. A partir de entonces, el “Fas” constituye “lo lícito religioso” y, por tanto, equivale a “Jus divinum”, es decir, a la norma que es divina, tanto en consideración a su origen, como por el objeto de regulación.

Puede decirse, por tanto, que cuando el sistema social va tomando cuerpo de sistema social complejo, o sistema social estatal, y posee el poder institucionalizador y legislativo que posee desde ese momento, empiezan a sustraerse, de forma paulatina, del poder religioso las funciones de crear y aplicar las reglas sociales, institucionalizando la reacción frente a los comportamientos desviados. Emergen así en la condición de ordenaciones normativas del todo autónomas y de una independencia que no excluye puntos de contactos, por dirigirse ambas a regular la actuación humana, ya que, tal y como señala SANTO TOMÁS<sup>46</sup>, “unde omnis lex humanitus posita, in tantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, jam non erit lex, sed legis

<sup>44</sup> “Curso elemental de Derecho romano”, Fasc. I, Madrid 1948, pp. 62-63.

<sup>45</sup> “Dal Jus al Fas”, en “Bulletino dell’Istituto di Diritto romano”, núm. 46, (Milano), 1939, pp. 194 y ss.

<sup>46</sup> “Summa Theologica”, I-II, q. 95, art. 2.

corruptio” (“toda Ley humana positiva, en tanto tiene razón de Ley en cuanto se deriva de la Ley Natural. Pero si en algo está en desacuerdo con la Ley Natural, no será Ley, sino Ley injusta”<sup>47</sup>).

En ese sentido expresa GIORGIO DEL VECCHIO<sup>48</sup>, que desde los tiempos más remotos del curso de la historia del hombre, la mente humana ha concebido la idea en cuya virtud las Leyes positivas se encuentran subordinadas a una Ley superior, que emana de la Naturaleza o de la divinidad, fuente y artífice de la propia Naturaleza, cuyos preceptos se encuentran impresos en la Naturaleza humana, en el modo de ser del hombre<sup>49</sup>.

**II.3.** El mundo de lo normado es considerablemente variado y contingente, tan variables lo son los objetos y las formas que lo integran<sup>50</sup>. De aquí que uno de los problemas de los que se ocupa inevitablemente la Teoría del Derecho es el que tiene por objeto identificar una tipología de las distintas modalidades de normas. Un conjunto normativo está constituido por normas morales, que precisan el modo de ser y comportarse de un pueblo en un momento determinado de su historia, concretada en usos y costumbres, a las que ya los romanos prestaban una gran importancia; como precisa ARIAS RAMOS<sup>51</sup>, el Derecho romano a medida que avanza en su evolución y da lugar a un perfeccionamiento progresivo del Derecho positivo, aparece más influenciado por consideraciones morales que el viejo Derecho civil y la Jurisprudencia, al

<sup>47</sup> ¿Que podríamos decir de los legisladores que tratan de extender la institución del matrimonio a las personas del mismo sexo?, que por ejemplo en el Derecho francés, con un mejor sentido jurídico se le denomina “pacto de convivencia”.

<sup>48</sup> “Filosofía del Derecho compendiada”, en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto Editorial Reus, Madrid, trad. al español de BONET BONET, tomo LI, Julio-Agosto 1965, p. 11.

<sup>49</sup> JOSÉ LUIS LÓPEZ ARANGUREN, “Prólogo” a BELLVER, CABALLERO, CARROGER, CUYIART entre otros, “Por un mundo sin egoismos”, Madrid 1990, p. 7.

<sup>50</sup> L. ASSIES-ANDRIEU, “Le droit dans les sociétés humaines”, Natha, París, 1996.

<sup>51</sup> “Derecho Romano”, tomo I, 10<sup>a</sup> ed., en colaboración con JUAN-ANTONIO ARIAS BONET, Madrid 1966, p. 32.

ampliarse las exigencias morales en la vida del Derecho; idea que aparece formulada por uno de los más reputados discípulos del gran cónsul SALVIO GELIO, por PAULO<sup>52</sup> al afirmar: “non omne quod licet honestum est” (“no todo lo lícito —o valorado con criterio jurídico, como adecuado— es honesto”). Frase que bien puede ser completada por la del jurista francés FRANÇOIS GÉNY (1861-1938) de, “no todo el Derecho está comprendido en la legalidad”. Creencia que atraviesa el conjunto de su obra, muy especialmente sus textos más extensos, desde “Methode d’interpretation et suurces en droit privé positif” (1899), a “Sciencie et technique en droit privé positif” (1914-1924)<sup>53</sup>, y que encuentra su consagración entre quienes hoy postulan, tras la crisis del positivismo jurídico, la apertura del debate filosófico-jurídico contemporáneo a los valores ético-políticos, y de manera singularmente significativa, las corrientes sobre la teoría del Derecho natural.

Las reglas jurídicas<sup>54</sup> constituyen, tal y como señalaran tantos, y muy destacadamente LUÍS RECASENS SICHES<sup>55</sup>, un pedazo de la vida humana objetivada. Sea cual fuere su origen concreto (consuetudinario, legislativo, reglamentario, judicial, doctrinal, etc.), toda norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o se muestra en la combinación de un plan regulador, que se convierte en pauta normativa en virtud del apoyo que le presta el

<sup>52</sup> “DIGESTO”, Libro L, Título XVII, Ley 144.

<sup>53</sup> Vid. M.-C. BELLEAU, “Les juristes inquiets. Classicisme juridique et critique du droit du début du XX e siècle en France”, en “Le cahiers de droit”, 1999, pp. 507-544; “François Gény e le scienze giuridiche del Novecento”, vol. monografie de los “Quaderno frorentinelli per la storia del pensiero giuridico moderno” (Dott. A. Giuffrè Editore, Milano), 1991; Vid., V. PETRUCCI, “François Gény, l’irreducible diritto natural”, Ed. Scrent. Italiane, Napoli, 1995.

<sup>54</sup> D. DE BÉCHILLON, “Qu’est-ce qu’une règle du droit?”, Odile Jacob, París, 1997; GUY HERAUD, “L’ordre juridique et le pouvoir origininaire”, Sirey, París, 1945.

<sup>55</sup> “Tratado General de Filosofía del Derecho”, 2<sup>a</sup> ed., ed. Porrúa, México 1961, pp. 108 y ss. (hay una nueva ed. de 1986).

gran operador, indispensable para protegerla y darle efecto<sup>56</sup>.

Los elementos que permiten singularizar las normas jurídicas, frente a otras modalidades normativas, parecen ser su institucionalización, su impositividad inexorable y la bilateralidad de la relación intersubjetiva necesaria que instituye al crear derechos y obligaciones, lo que determina la supeditación de sus destinatarios a la pertinente observancia, ya que en caso de no hacerlo debería imponérseles de forma coactiva, —en contraste a las reglas facultativas que pueden ser susceptibles de libertad—. Al extremo que se excluyen en todo caso la posibilidad de invocar como eximente la ignorancia del mandato establecido<sup>57</sup>.

Además de las normas de carácter religioso, moral y de Derecho positivo, hay toda una serie de preceptos generales de la acción social que se manifiestan en las conductas reiteradas, que integran usos practicados en la Sociedad durante un período prolongado de tiempo. Reglas sociales<sup>58</sup> que, en principio, no constituyen normas religiosas, ni morales, ni jurídicas, al no ser producto de la reflexión, ni alcanzar la fenomenología propia del orden normado<sup>59</sup>, pero que no por ello carecen de excepcional importancia a la hora de configurar los modelos arraigados de comportamiento humano, ante las formas sociales, que tantas veces resultan diferentes en los distintos países<sup>60</sup>. Se trata de normas de

<sup>56</sup> OLIVIER BEAUD, “Etat”, en “Archives de Philosophie du Droit”, París, 1990, pp. 119-149. JACQUES CHEVALIER, voz “Etat”, en Andre-Jean Arnaud, J.-G. Béley, J.A. Certy, M. Chibe et al., “Dictionnaire encyclopédique de sociologie juridique”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1993, 7<sup>a</sup> ed., pp. 236-240.

<sup>57</sup> Conforme prescribe el art. 6º, nº 1, del Código Civil español.

<sup>58</sup> MAX WEBER, “Wirtschaft und Gesellschaft”, edición a cargo de JOHASSEN WINEKELMANN, 1985, pp. 187 y ss.

<sup>59</sup> ARTHUR KAUFMANN (1901-2001), “Filosofía del Derecho”, trad. castellana de Luí Villas Borda y Ana Mora Montoya (del original en lengua alemana editado por C. H. Beck’sch Verlegsbuchhandlung (Oscar Beck), 1997), Universidad del Externado, Bogotá (Colombia), abril de 2002, p. 306.

<sup>60</sup> Puede verse entre otros, J.-M. CARBASSE, “Introduction historique au droit”, Presses Universitaires de France, París, 1958; CLAUDE DE PASQUIER, “Introduction à la théorie générale et à la Philosophie du Droit”, 3<sup>a</sup> ed., Delachaux-

naturaleza inmanente, que se suelen manifestar en forma consuetudinaria, en la medida en que surgen de un hecho constante de las relaciones interhumanas en el ámbito de un determinado grupo social<sup>61</sup>, y devienen convenciones.

## SECCIÓN 2<sup>a</sup>. DETERMINACIÓN EVOLUTIVA Y GRADUAL DEL CONCEPTO DEL DERECHO

### I. PLANTEAMIENTO

#### A) *Delimitación*

Dada la enorme variedad y complejidad de las relaciones intersubjetivas que en principio se prestan a ser reguladas por el poder normativo del Derecho, así como por obra de las complejas condiciones que le son propias, constituye una empresa súmamente difícil tratar de obtener un concepto que sea capaz de dar cuenta por sí solo de ese tan amplísimo, complejo y cambiante sector de la realidad social, cuya regulación puede estar encomendada al Derecho en los sucesivos momentos históricos. En todo caso el Derecho pone al hombre en una relación con los demás de carácter bilateral (en el sentido de que al derecho de cada uno le corresponde un deber del otro sujeto) y de reciprocidad (en el sentido de que una norma general obliga juntamente a otro más que en la realidad en que a su vez puede ser obligado por él<sup>62</sup>).

El Derecho es una realidad, a la que tal y como sintéticamente expresa RODRÍGUEZ MOLINERO<sup>63</sup>, ningún hombre

---

Niestlé, Neuchâtel 1948, nums. 256 y ss; JEAN GAUDEMEL, “Les naissances du droit”, Montchestien, París, 1997; J. LECLERCQ, “Les grandes lignes de la Philosophie Morale”, Louvain-París, 1947, pp. 8 y ss.; Id., “Leçon de droit naturel. I. Le fondament du droit et la société”, 1948, pp. 15 y ss.

<sup>61</sup> ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, “Lecciones de Filosofía del Derecho”, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Natural de la Universidad de Sevilla, 1982, p. 39.

<sup>62</sup> MARK ZIRK - SADEWSKI, Voz “Rapport juridique”, en André-Jean Arnaud, Jean-Guy Belly, John Anthony Carty, Masaji Chiba, Jacques Commaille, Anne Devillé et al.; “Dictionnaire encyclopédique de théorie et de science du droit”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudencia, París, 1993, pp. 502-504.

<sup>63</sup> “Introducción a la Ciencia del Derecho”, 3<sup>a</sup> ed., Salamanca 1998, p. 21.

puede sustraerse en su vida cotidiana; no en vano, tal y como sostuvo desde el centro jurídico de la escuela de Uppsala, el romanista y procesalista de la Universidad sueca de Lund KARL-HANS-KNUT OLIVECRONA (1897-1980), el Derecho al igual que el aire está en todas partes donde hay vida humana de relación.

Por su parte, el catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bolonia ENRICO PATTARO (n. 1941), desde esta perspectiva sugiere identificar con el estudio del “realismo normativista”<sup>64</sup>, señala que es el Derecho una realidad cultural empírica, de la que forman parte tanto entidades lingüísticas como entidades extralingüísticas, y dentro de éstas, tanto fenómenos psíquicos como comportamientos. En consecuencia, sostiene PATTARO, la disciplina que permite propiamente conocer “lo que es el Derecho” no será (en contra de lo que como tantas veces se ha pretendido) la Teoría general del Derecho de corte formalista, sino la sociología jurídica en el sentido más amplio, de esta modalidad de conocimientos sobre el Derecho, e incluso con mayor pertinencia las distintas ciencias que se ocupan del lenguaje y de la conducta. Esto es, las disciplinas que en sentido lato califica el profesor de Bolonia como disciplina lingüística y sociológica, ya se ocupen del lenguaje y del comportamiento, que van desde la semiótica a la sociología del lenguaje, y desde el comportamiento a la sociología jurídica<sup>65</sup>.

Por ello no es de extrañar, la amplísima literatura dedicada a responder a la eterna interrogante acerca de la conceptualización del Derecho<sup>66</sup>, orientada a conocer lo que es el Derecho en cuanto tal.

---

<sup>64</sup> “Norma, linguaggio diritto”, C.L.U.E.B., Bologna, 2001; “Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica”, traducción del Profesor Doctor JOSÉ ITURMENDI MORALES, con una importantísima adición de notas, correspondientes con el orden jurídico español y observaciones por el traductor de la obra a nuestra lengua, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1980.

<sup>65</sup> ENRICO PATTARO, “Temi e problemi de filosofia del diritto”, C.L.U.E.B., Bologna, 1994.

<sup>66</sup> HERBERT L. A. HART (1907-1992), “The Concept of Law”, Oxford University Press, 1961, pp. 1-2.

Ni podrá sorprendernos, en ese sentido, el agudo reproche que dirigiera el filósofo alemán IMMANUEL KANT (1724-1804) a los juristas, en razón a su incapacidad a la hora de identificar qué es el Derecho (“*quid jus*”), en un célebre pasaje de su “*Kritik der Reinen Vernunft*” (“Crítica de la Razón Pura”)<sup>67</sup>, cuando expresaba tras haber sostenido que, siendo una la naturaleza lógica de los conceptos filosóficos, y otra la de los conceptos matemáticos, sería bastante difícil filosofar, si también en Filosofía, antes de comenzar a hacer uso de un concepto, fuera preciso definirlo; para concluir: “Todavía están buscando los juristas una definición para su concepto del Derecho”.

Podría paliarse la objeción, que por otra parte se encuentra repetida hasta el “ritornello” si se considera —y entiendo que resulta razonable hacerlo—, que el Derecho regula la actividad relacional del hombre en Sociedad y constituye un orden que se fundamenta y sustenta en valores que nos suministran criterios que nos permiten discernir lo que es legítimo de lo que es ilegítimo —entendiendo estos conceptos, “*lato sensu*”—. Sus reglas califican a los comportamientos como permitidos, prohibidos u obligatorios, debidos en cuanto habrá de someterse la conducta, a fin de no incurrir en las sanciones con las que el grupo social o la institución refuerza su cumplimiento. Lo cierto es que al encontrarse sometidos a una constante evolución los conocimientos, tanto científicos y tecnológicos, como filosóficos y culturales, como no puede ser menos, dada la naturaleza racional y la perfectibilidad de los seres humanos, no es posible ofrecer acerca del Derecho una definición que resulte válida para todo tiempo y lugar, más allá del postulado que exige o requiere que el Derecho no constriña aboliendo los valores y principios básicos que conforman la Ley Natural, teniendo que atemperarse en el resto, a los valores de cada tiempo y lugar y a la fundamentación filosófico-jurídica dominante en cada momento en que se va-

<sup>67</sup> “*Kritik der Reinen Vernunft*”, A, 732; B. 759; Edición de la Academia de Berlín, vol. III, 1903, Nota p. 47; Vid., IMMANUEL KANT, “Crítica de la razón pura”, Trad. castellana de Pedro Ribas, Ed. Alfaguara, Madrid, 1978.

lora el Ordenamiento jurídico en su conjunto, o cualesquiera de sus reglas consideradas individualmente.

La propia condición plurifacética y plurilateral del Derecho permite que toda definición “strictu sensu” del Derecho, inexorablemente estará incursa, o bien en una excesiva generalidad, en cuyo caso nos ofrecerá a lo sumo una panorámica tan amplia como imprecisa acerca de su contenido —el hasta donde llega el poder o la capacidad conformadora de la realidad por parte de sus normas—, o bien una formulación vinculada a un tiempo y a un espacio determinados, que será válida en un momento temporal y en un ámbito espacial dado, posiblemente efímeros o muy cortos, ya que necesitará someterse a revisión —total o parcialmente— en cuanto varíe cualquiera de los supuestos humanos objetivados, a los que se les atribuye por la Autoridad<sup>68</sup> relevancia legal.

Si tenemos en cuenta que en el momento presente la experiencia jurídica nos ofrece inequívocos signos de exposición que de día en día se ven sometidos a tutela jurídica, una serie de relaciones intersubjetivas que con anterioridad se consideraban irrelevantes jurídicamente o privativas de la autonomía de la voluntad privada, fácilmente se comprenderá el amplio campo que está sujeto al Derecho y las distintas posiciones susceptibles de ser tomadas, lo que ha dado lugar a un mayor desarrollo de las diversas tendencias y escuelas de la Filosofía del Derecho<sup>69</sup>; tantos

<sup>68</sup> Resulta difícil en la actualidad determinar con certeza cual sea esa Autoridad, cuando cada día vemos más evidentemente una muestra del modo con que el Estado está condenado y hasta sometido, en la actualidad, a determinados poderes a escala mundial o regional —Organización de las Naciones Unidas (ONU) y Unión Europea (UE)—, o incluso de facto —acuerdos entre partidos políticos para conseguir la mayoría Parlamentaria—, a poner su legislación de acuerdo con los dictados más o menos democráticos por aquéllos emanados. El estado de la Sociedad ha dejado de estar articulado en torno al ente Estado norma. Éste así ha perdido el protagonismo que tenía cuando lo que se configuraba como social, con autoridad lo tenía atribuido. En este sentido vid. OCTAVIO IANNI, “Teorías de la Globalización”, trad. cast. de Isabel Vericat Núñez, Siglo XXI, México 1999.

<sup>69</sup> Puede definirse ésta, ateniéndonos a las propuestas al respecto de GIORGIO DEL VECCHIO —en su “Filosofía del Derecho compendiada”, traducción de Bonet Bonet, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, tomo LI, Julio-

y tan variados, que han generado una literatura difícilmente manejable por su extensión y complejidad<sup>70</sup>.

Cuestión también importante es la relativa a la variedad de significaciones que le son atribuidas a la palabra Derecho, y que no hace sino expresar los diferentes aspectos o dimensiones del Derecho como fenómeno complejo que se manifiesta en distintos planos del ser, y con consecuencias no menos diversas.

Un estudio muy completo sobre esta circunstancia terminológica que manifiesta la polivalencia y en ocasiones ambigüedad tanto de la expresión Derecho como de las expresiones equivalentes en otras lenguas, lo realizó uno de los miembros más rigurosos de la Escuela Histórica del Derecho, JULIEN BONNECASE<sup>71</sup>, en una línea argumental que se ha visto acogida por algunos autores, que trataremos de resumir.

Así, en una primera acepción, el Derecho constituye una disciplina eminentemente social, lo que determina que tenga una relación próxima con el ser social del hombre; recordemos que ya con anterioridad hemos afirmado, que estaba formado por una objetivación del actuar humano en Sociedad, en tanto en cuanto éste se veía regulado por el Ordenamiento Jurídico, con carácter normativo. Circunstancia que explica el mutuo encadenamiento de las organizaciones jurídica y social. En segundo lugar, engloba a todas las reglas e instituciones, que integran ese tronco común que designamos Derecho. En tercer lugar, se le identifica con la fuente formal principal, es decir, con la Ley, genéricamente considerada. En cuarto lugar, se habla del Derecho en el sentido de la Ciencia del Derecho o del saber o saberes jurídicos. En

---

Agosto 1965, p. 9— como aquella disciplina que define el concepto del Derecho en su forma lógica, indaga los caracteres generales de su desenvolvimiento histórico y deduce de la pura razón el ideal de la Justicia, válido como criterio y modelo en parangón con el Derecho positivo y sus posibles imperfecciones.

<sup>70</sup> ALESSANDRO PIZZORUSO, “Prefacio” a COLIN CROUCH y ALESSANDRO PIZZORUSO, “El resurgimiento del conflicto de Estado en Europa Occidental a partir de 1968”, “I Estudios por países”, trad. castellana de Natividad Sánchez Sáinz.

<sup>71</sup> “Introduction à l'étude du Droit”: plus specialment destinée aux étudiants de premièr année de licence des Facultés de droit, Librairie Sirey, 2<sup>a</sup> ed., París 1931, núm 3, pp. 26 y ss.

quinto lugar, el Derecho se eleva más en las esferas superiores y traduce, según la expresión consagrada, la noción del Derecho en sí; es entonces la encarnación de la idea suprema de Justicia<sup>72</sup> en todo su esplendor<sup>73</sup>; quedando configurado —para BONNECASE— el Derecho como el precepto y la Justicia como la aplicación de ese precepto. En sexto lugar, el Derecho se hace sinónimo de Equidad y no de Justicia. En séptimo lugar, se contrapone el término Derecho, en el sentido de Derecho objetivo (“norma agendi”), como un fenómeno que pertenece a la esfera normativa, al término derechos (subjetivos —“facultas agendi”—), subrayando que en este caso se tiene puesta la acepción Derecho, como conjunto de reglas y de instituciones jurídicas, que aseguran el orden social en un medio dado (esto es, el Derecho como “norma agendi”, que contrasta con el Derecho como “facultas agendi” que se identifica como es notorio, en el derecho —o los derechos— subjetivo —os—. Derecho subjetivo que PUCHTA situó en la cúspide de la pirámide de los conceptos jurídico-privados, y lo definió como “un poder de voluntad otorgado a la persona titular del mismo por el orden jurídico”<sup>74</sup>.

### B) *Etimología*

El estudio etimológico de las palabras, además de indagar el uso primitivo —originario— de las mismas, nos per-

<sup>72</sup> El Diccionario de la Real Academia española, identifica también en su acepción 17, al Derecho con la Justicia. También en este sentido, RENÉ SAVATIER —“Cours du Droit civil”, Tomo I, R. Pichhon-R. Durand, París, 2<sup>a</sup> ed., 1947, núm 6, p. 3—, nos dice que el Derecho positivo, es la justicia aplicada por los hombres y sancionada por ellos.

<sup>73</sup> En ese aspecto, debemos completar con RECASENS SICHES —“Tratado general de Filosofía del Derecho”, 2<sup>a</sup> ed., México 1961, pp. 220 y ss.—, que si bien la Justicia (y los demás valores jurídicos supremos) representan el criterio axiológico que debe inspirar el Derecho, y si bien éste no quedará justificado sino en la medida que cumpla las exigencias de tales valores, sin embargo, el Derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de Justicia, sino para colmar una ineludible urgencia de seguridad y certeza en la vida social. De aquí que el contenido del Derecho varíe según los pueblos y los tiempos en el proceso de la Historia.

<sup>74</sup> JULIEN BONNECASE, “Précis de droit (conforme aux programme ufficiel de la Faculté de Droit”.

mite acceder a su consideración usual, que si bien no puede expresar la naturaleza de la realidad definida, sí pone de relieve la idea básica que contempla. Un análisis semántico de la palabra Derecho y de los términos equivalentes en las distintas lenguas romances, nos demuestra que no nos encontramos en presencia de una expresión dotada de una profunda raíz latina clásica, como ocurre con la mayoría de las dicciones de los países que estuvieron sometidos al influjo de Roma, sino que su procedencia parece hallarse, en el latín del último período, concretamente en los verbos “dirigere” (“directum”), —participio pasado del verbo dirigere: “poner en línea recta”, “alinear”, etc.— o “regere” (“rectum”) y, recogido en la mayor parte de las lenguas de característica indoeuropea, como en las formas francesa (“Droit”), provenzal (“Drech”), portuguesa (“Direito”), rumana (“Dreptu”), italiana (“Diritto”), española (“Derecho”), gótica (“Raihts”), alemana y holandesa moderna (“Recht”), inglesa (“Right”)<sup>75</sup>; y así podríamos seguir presentando una serie de denominaciones<sup>76</sup> en las que se da tal identidad. No estará de más recordar que a este respecto Don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS<sup>77</sup> considera que puede concluirse afirmando que, el Derecho, conforme a su signi-

<sup>75</sup> Este término —“right”— designaría al derecho subjetivo, reservándose la palabra “law” para el derecho objetivo. LOUIS LEACHANCE, “Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas”, 2<sup>a</sup> edición, Ottawa-Montreal, 1948, pp. 29 y ss.; L. CECI, “La etimologie dei giurisconsulti romani”, Roma 1966.

<sup>76</sup> En nuestro idioma se han ocupado, de una forma muy notable, sobre la investigación de este tema —entre otros—, JOAQUÍN COSTA (1846-1911) “Teoría del hecho jurídico individual y social”, Imprenta de la Revista de Legislación, Colección “Biblioteca jurídica de autores españoles”, Imprenta de la Revista de Legislación, Biblioteca de autores españoles, Vol VII, Madrid, 1880, (hay una reedición en “Obras Completas”, “Biblioteca Costa”, Madrid 1914, en Atalaya —Buenos Aires, 1947—, en “Obras de Joaquín Costa”, vol. X de la serie de la Ed. Guara, Zaragoza 1984, con un estudio introductorio de Juan-José Gil Cremades y, más recientemente en “Biblioteca Cámaras de Comercio Sección Arte del Derecho”, vol. XI, ed. Comares, con prólogo de Nicolás María López-Calera, Granada 2000); Id., ADOLFO BONILLA Y SAN MARTÍN —“Concepto y teoría del Derecho: Estudio de Metafísica jurídica”—, Madrid 1897 (hay reproducción facsimil, Jiménez Gil Cillas, Pamplona, 1999); ALFONSO GARCÍA GALLO Y DE DIEGO, “Ius y Derecho”, en “Anuario de Historia del Derecho Español” (Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid), Vol. XXX, 1960, pp. 5 y ss.

<sup>77</sup> “Instituciones de Derecho Civil”, p. 31.

ficación y etimología es una norma que obra sobre la voluntad, con el propósito de regular la conducta humana en la vida social.

No entramos en el estudio filológico de la palabra Derecho en griego a través de las formas (“ἡ δίνη”) o bien (“τὸ δίναίον”), que expresaban una idea de manera de ser o de obrar conforme a una regla de conducta, que se considera como modelo adecuado del comportamiento, con un carácter eminentemente moral, muy en consonancia con la idiosincrasia griega, ya que, como es sabido, fueron los antiguos romanos quienes por primera vez entronizan la figura del jurista y desarrollan un conocimiento jurídico diferencial, mientras que los griegos no se ocuparon de una manera directa del desarrollo de la Ciencia del Derecho, sino que sólo a través de los estudios de sus filósofos, se encuentran desenvueltas las teorías jurídicas más notables, desarrolladas por aquellos que hicieron posible “el milagro griego”.

En Roma fue la palabra “Jus” (de “jubere” expresa el deseo o la voluntad de que se haga algo “modus” ordinario) la utilizada para expresar lo que nosotros designamos con el término Derecho, pero cuyo origen<sup>78</sup> y significado

<sup>78</sup> Según recoge el DIGESTO y se atribuye a ULPIANO —Libro I, Título I, Ley 1— la palabra “Jus”, llámase así de “Justitia”; porque según lo define elegantemente CELSO, “Jus est ars boni et aequi” (el Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo o equitativo), texto este, sobre el que existe una amplia discusión.

En defensa de la labor recopiladora justiniana cabe señalar —según PERC Y NEVILLE URE: “Justiniano y su época”, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1963, pp. 160 y ss.—, que el hecho de las interpolaciones no demerita el monumento jurídico que construyeron los destacados juristas durante el reinado de JUSTINIANO, presididos por su ministro TRIBONIANO. Para valorar esta obra jurídica debe recordarse que cuando los juristas iniciaron su trabajo, Roma llevaba más de mil años haciendo Leyes; y después de la publicación de las XII TABLAS en el año 451 antes de Jesucristo, hasta que se completó la Codificación de JUSTINIANO en el año 534 de nuestra era, transcurrieron 985 años; es decir, que Leyes centenarias estaban aún en vigor con JUSTINIANO, lo cual significaba que los romanos de aquel tiempo se veían obligados no solo a dominar una amplia cantidad de textos legales, algunos de ellos casi inaccesibles, sino también una enorme y a veces contradictoria literatura interpretativa. Con este maremagnus legislativo acaba la Codificación Justiniana, reduciendo esta pavorosa acumulación de material a unas dimensiones más manejables y, al mismo tiempo, mediante la eliminación de las abundantes contradicciones que contenía.

etimológico —como dejara dicho JUAN IGLESIAS SANTOS<sup>79</sup>— no se encuentran bien precisados<sup>80</sup>. “Jus” es empleado por los romanos y así se evidencia en un pasaje tantas veces citado del DIGESTO (D. 1, 1, 11. “Ius pluribus modis dicitur...”), en el que se recogen dos textos (uno de PAULO, en “Ad Sabinum”, y otro de las “Instituciones” de MARCIANO), con varias acepciones que designan diferencias que tienen que ver o se encuentran relacionadas con el Derecho, tanto para designar el Derecho objetivo —“jus civile”, “jus gentium”, “jus romanum”— cuanto el derecho subjetivo —“jus utendi”, “jus fruendi”, “jus vendendi”, “jus distrahendi”—.

Pero sea cual fuere la raíz filológica de “Jus” y las posibles transformaciones a que se ha visto sometido, es lo cierto que aún no habiendo intervenido de una manera directa en la formación de la palabra que expresa la idea de Derecho, en su acepción más amplia, encontramos en nuestro propio idioma castellano, expresiones de él derivadas de “jus”, como son: “Juez”, “Jurídica”, “Jurisprudencia”, “Justicia”, “Juicio”, “Jurisdicción”, “Jurista”, “Jurisconsulto”, “Justiprecio”, “Juzgar”, entre otras. JOAQUÍN COSTA<sup>81</sup>

<sup>79</sup> “Derecho romano”, *Instituciones de Derecho Privado*, 3<sup>a</sup> ed., Ed. Ariel, Barcelona 1958. p. 71. Id., “Relictio del Ius al Derecho”, Madrid 1968.

<sup>80</sup> Puede mencionarse las ya clásicas de MICHEL BRÉAL (1832-1915), “Sur l’origine des mots designant le Droit et la loi en latin”, en “Nouvelle Revue Historique de Droit”, 1883, pp. 603 y ss.; Id., “De la grammaire compareé à la sémantique”, textos de MICHEL BRÉAL, publicadas entre 1864 y 1898, “Introduction, Commentaires et bibliographie”, a cargo de PIET DESMET y PIERRE SWIGGERS, Col. “Orbis Supplementa”; Peeters, Leuven-París, 1995. Id., “Semantics: studies in the sciencie of mecosing”, trad. a cargo de HENRY CUST, en “New Introduction” de JOSHUA WHATMOUGH reedición de la obra “Tesis general del Derecho”, trad de CARLOS GONZÁLEZ POSADA. “La teoría del Derecho” de FRANCESCO CARNELUTTI, trad. a cargo de José Luís Moreno Pérez; MORIANI, “La filosofia del Diritto e il pensiero dei giurisconsulti romani”, Florencia 1876. Vid. las aportaciones de FRANCESCO CARNELUTTI, “Di lá del Diritto”, en *Rivista italiana per la scienze giuridiche*, nº 1, Milán 1947, pp. 108 y ss.; Id., “Arte del Diritto”, Cedam, Padua 1949; Id., “Discorsi intorno al diritto”. Cedam, Padua, 3 vols. 1937, 1961; Id., “Metodologie del Diritto”, Cedam, Padua 1990. DEVOTTO, “Di la grammatica”, en *Revista italiana per la Scienze giuridiche*, nº 2, Milán 1948, pp. 414 y ss., entre otros muchísimos estudios.

<sup>81</sup> “Teoría del hecho jurídico”, p. 16. WIDAR CESARINI SFORZA, “Ius e directum. Note sull’origine storice dell’idea di diritto”, Bologna, 1930.

explicaba tal fenómeno en base a la tesis de que la causa de que las lenguas neolatinas desecharan, o poco menos, la palabra por excelencia nacional de los romanos —“Jus”— y adoptaran otra, “rectum”, que raras veces se había usado en la Roma clásica como equivalente a “Justicia”, está sencillamente en que para las naciones subyugadas por Roma, germánicas y célticas, “rectum” tenía una raíz conocida, mientras que el término “Jus” se reputaba como un término por completo exótico.

No cabe duda de que la sustitución de vocablos se produce en el curso del proceso de formación de las lenguas romances que se manifiesta en los inicios de la Alta Edad Media. Ello explicará que en todas estas lenguas el término que identifica al Derecho derive del participio pasado “directum” (dirigir, compuesto de la partícula “di”, y del verbo “regere” —regir, gobernar—<sup>82</sup>. Es entonces cuando se plantea la necesidad de servirse de un término nuevo, que recoja en su esencia esa idea moral de rectitud, de dirección, que toda persona ha de seguir en la vida terrenal, que tiene un carácter de mero valor provisional y toda ella depende de una suprema e impenetrable voluntad, que fija un fin en la misma, en orden a poder alcanzar la retribución de una vida ultraterrena; todo ello sin olvidar la necesidad de que esas normas, para su verdadera eficacia, deben contener otros elementos, independientemente de los teológicos, como son el de su formalidad, el de la bilateralidad, y el de la coacción. Caracteres estos que pueden encontrarse en la labor de adaptación realizada por los Pretores y la Jurisprudencia romana<sup>83</sup>, sobre el formalismo del “Jus” de la época clásica, y su aplicación a los diferentes supuestos, aunque en sí no los encierra el término contemplado de una forma abstracta.

<sup>82</sup> ÁLVARO D'ORS PÉREZ-PEIX, “Una introducción al Derecho”, Ed. Rialp, Madrid 1963, pp. 11 y ss.

<sup>83</sup> Es definida en el DIGESTO —Libro I, Título I, Ley 10, par. 2— por boca de ULPIANO, como “Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia” (El conocimiento de todas las cosas divinas y humanas y la Ciencia de lo justo y de lo injusto). Fragmento este que debe ser puesto en relación con el que define también ULPIANO —DIGESTO, Libro I, Título I, Ley 1—.

Es posiblemente esta idea unificadora del verdadero contenido de la norma la que lleva al hombre del medievo a buscar otro término, posiblemente también influenciado en esas ansias renovadoras del momento, y lo encuentra en la palabra Derecho, la cual alcanza una difusión mayor, gracias a la unidad del Cristianismo.

De este examen etimológico puede deducirse siguiendo a JEAN DABIN<sup>84</sup>, que el Derecho se identifica con lo que es correcto, es decir, conforme, adecuado, ajustado a la regla: en el orden físico y matemático en primer lugar (línea recta, ángulo recto, camino recto); en el orden Moral y psicológico después (acción recta, carácter recto, intención recta), sin que, por lo demás, la rectitud evocada deba limitarse a la sola rectitud de la Justicia, en el sentido estricto de respeto al derecho ajeno<sup>85</sup>.

## II. DEFINICIONES MAS DIFUNDIDAS

Al ser el Derecho una institución eminentemente social, se encuentra sometido a las mutaciones que el desenvolvimiento de las relaciones humanas le imprime, así como a las influencias de la fundamentación filosófico-jurídica de los Ordenamientos, y no es de extrañar los cambios que pueden experimentar en el curso histórico. Cambios que incluso se manifiestan en los sucesivos significados o mutuos significados que el Derecho adopta, como acabamos de ver.

De ahí, que se haya formulado una amplísima gama de definiciones del Derecho, en las que se pone el acento, o se ponen de relieve los distintos elementos característicos,

---

<sup>84</sup> “Teoría General del Derecho”, traducción de Francisco Javier Osset, Editorial de Derecho Privado, Madrid 1955, pp. 13 y ss.

<sup>85</sup> De igual modo, lo que no está conforme a la regla (lo no derecho) es lo torticio, vocablo conservado en la lengua inglesa (“tort”) para designar el acto injusto y, en castellano, se emplea la palabra “torticero” que el propio Diccionario de la Lengua describe como “acto injusto, o que no se arregla a las Leyes o a la razón”.

por los autores pertenecientes a las distintas escuelas filosóficas, jurídicas o políticas que las inspiran. No nos es posible en esta sede tratar el tema con toda la amplitud que requeriría su estudio, por exceder de los límites oportunos; por ello sólo tomaremos en cuenta aquellas definiciones que, a nuestro juicio, están dotadas de mayor trascendencia en el campo jurídico, objeto de las disciplinas jusprivatísticas<sup>86</sup>.

Podemos establecer una tipología no limitativa atendiendo a dos grandes grupos: A) El constituido por los autores que toman en consideración especialmente los elementos externos del Derecho; y, B) los que se fijan esencialmente en los elementos internos, es decir en la finalidad que con el Derecho se trata de conseguir.

#### A) *Concepciones externas*

En este grupo se incluyen todas aquellas definiciones que atienden a la necesidad de la coacción como forma de respeto de las normas jurídicas, y en caso de que ésta no sea suficiente, como medio de imposición extraordinaria de aquéllas.

Fueron los juristas franceses CHARLES AUBRY (1803-1883) y CHARLES RAU<sup>87</sup> quienes de una manera técnica y sistemática desarrollaron este aspecto, con un matiz acaso excesivamente legalista, que ha tenido una gran repercusión en la doctrina científica. Señalaban que, “el Derecho es el conjunto de los preceptos o regla de conducta, en orden a cuya observancia se considera legítimo someter al hombre mediante una coacción exterior o física”.

<sup>86</sup> Uno de los estudios más completos de los que disponemos sobre el Concepto del Derecho a través de los Sistemas Filosófico-jurídicos, es el realizado por el gran jurista y civilista JOSÉ CASTÁN TOBENAS, en su estudio sobre “Las diversas Escuelas Jurídicas y el Concepto del Derecho”, publicado en la “Revista General de Legislación y Jurisprudencia” (Instituto Editorial Reus, Madrid), número de Septiembre del año 1947, al cual nos remitimos.

<sup>87</sup> “Cours du Droit civil française”, 3<sup>a</sup> ed. y posteriores, Vol. I, párrafo I, Librairie Techniques, París, 1856 (hay una 7<sup>a</sup>. edición a cargo de PAUL ESMEIN y ANDRÉ PONSAD, París, 1964).

El filósofo del Derecho (fue titular de la disciplina en las Universidades de Messina, Sienna) y por encima de todo civilista, FRANCESCO FERRARA (1877-1941)<sup>88</sup>, con una base más técnica, propone definir el Derecho objetivo como, “el conjunto de normas que regulan la organización del Estado, en su ordenación interna, y las relaciones de los coasociados impuestas coactivamente por el poder social”.

El romanista español JOSÉ ARIAS RAMOS<sup>89</sup> precisa: será Derecho, “el conjunto de normas de conducta de cumplimiento coercitivo, impuestas con el empleo de la fuerza en caso necesario, y que tienden a hacer posible la armónica convivencia social de los hombres”.

Con una fórmula más realista que jurídica se expresa el matemático, físico y filósofo francés, BLAISE PASCAL (1623-1662), que expresa de manera inequívoca su pesimismo, nos dirá que, “Derecho es lo que es forzoso aceptar”<sup>90</sup>.

Sobre este elemento de la coacción se ha manifestado en favor o en contra un gran sector de la doctrina científica. Una postura armónica entre ambas es la adoptada, entre otros, por LUÍS LEGAZ Y LACAMBRA<sup>91</sup>, al precisar que, en rigor, la finalidad de la coacción no es solo imponer el cumplimiento de lo mandado en las normas. Simplemente, reparar los efectos de la acción u omisión y, en este sentido, restaurar el orden perturbado. La coactividad, pues, es una fuerza espiritual: una motivación psíquica de la voluntad por otra voluntad que tiene el poder de hacer aplicar una sanción.

<sup>88</sup> “Trattato di Diritto civile italiano”, Vol. I, Parte 1<sup>a</sup>, Roma 1921, p. 5; Id., “Teoria del diritto e metafisica del diritto” (Il propositi di una recente pubblicazione”, en “Archivio di Studi Corporativi”, 1942, fasc. II-III, pp. 223-287. Vid. “Scritti in memoria di Francesco Ferrara”, dos vols., A. Giuffrè Editore, Milano. 1943.

<sup>89</sup> “Derecho romano”, tomo I, 10<sup>a</sup>. ed., en colaboración con Juan-Antonio Arias Bonet, Madrid 1966, p. 2.

<sup>90</sup> M. BRETHE DE LA GRESSAYE, “La justice et le droit selon Pascal”, Bordeaux, 1964; A. WICHER, “Gerechiz Kant und Gewelt in Pascal Gedank”, en “Beiträge zur Kultur und Recht philosophie. Feritschrift für Gustav Radbucht”, Heidelberg 1948, pp. 40-50.

<sup>91</sup> “Introducción a la Ciencia del Derecho”, Librería Ed. Bosch Barcelona, 1943, pp. 175 y ss.

B) *Concepciones internas*

Agrupamos bajo esta denominación aquellas teorías que ponen de manifiesto, como elementos esenciales del Derecho, el factor social, el individual, o bien tratan de valorar ambos, adoptando una postura ecléctica.

a) *Posición sociológica*

Incluimos en ella todas aquellas definiciones que centran el concepto del Derecho en la consideración, no del hombre aislado, sino como miembro de un grupo social, estando íntimamente ligados la existencia y el fin del Derecho, a la existencia y el fin social.

ENRIQUE LUÑO PEÑA<sup>92</sup> señalaba que la acepción del Derecho como “rectitud” proyecta el concepto del Derecho en el ámbito de la esfera de la relación social. El Derecho es la rectitud del obrar humano en sus relaciones con el otro. El Derecho regula las acciones y las relaciones de hombre a hombre. El Derecho es la medida de las relaciones sociales. Finalmente, precisa que el Derecho es “un orden vivido que produce la paz, como resultado práctico de la actividad colectiva y de su concorde aspiración al bien común”.

Para J. BONNECASE<sup>93</sup> el Derecho, que se justifica en cuanto a su existencia y, desde un punto de vista puramente lógico, por su misma función, bien puede definirse como “la realización de la armonía social”. En la convicción de que importa destacar que la vida social no es concebible con la exclusión del Derecho; éste ofrece una de las condiciones de su existencia, porque la vida social requiere y genera la existencia del orden, y el Derecho, por su misma definición, representa el orden.

LOUIS TANON<sup>94</sup> al pronunciarse sobre el fin primario del Derecho, sostiene que éste no es otro sino “la determina-

---

<sup>92</sup> “Derecho Natural”, Barcelona 1947, p. 11.

<sup>93</sup> “Introduction à l'étude du Droit”, 2<sup>a</sup> ed., París 1931, núm. 6, pp. 33 y ss.

<sup>94</sup> “L'évolution du Droit en la conscience sociale”, Felix Alcan, París, 1900, pp. 23 y ss.

ción de las relaciones obligatorias de coexistencia y cooperación de los hombres entre sí, de acuerdo con sus intereses individuales y colectivos, y con las ideas de Justicia fijadas en la conciencia social”.

HENRI CAPITANT<sup>95</sup> dice que puede definirse el Derecho, como “el conjunto de reglas obligatorias que regulan las relaciones aún complejas de los hombres que viven en Sociedad”.

NICOLA COVIELLO<sup>96</sup>, después de justificar el concepto del Derecho, sintetiza éste como “el orden de las acciones tendentes a la satisfacción de los varios intereses humanos, puesto y garantizado por la autoridad social”.

JOAQUÍN COSTA<sup>97</sup>, partiendo de que el concepto del Derecho está integrado por los siguientes elementos compuestos: actividad libre, realización de bien como medio, realización de bien como fin, racionalidad de fin y de medio, estima que el Derecho es “la prestación de bienes o condiciones a fines racionales por una actividad libre”. Y como la condicionalidad envuelve implícitamente la idea de aplicación efectiva de una utilidad a un fin, y como no se obra el bien cuando se sirve fines irracionales, y como no hay libertad sino donde se obra el bien, llega a la conclusión de que “Derecho es el orden de la libre condicionalidad”.

Para el Decano de Burdeos LEON DUGUIT<sup>98</sup> (1859-1928), impugnador de la noción de derecho subjetivo, “la regla de Derecho o regla expresa la línea de conducta que se impone a los individuos que viven en Sociedad; regla cuyo respeto es considerado en un momento dado, por una Socie-

<sup>95</sup> “Introduction à l'étude du Droit civil”, 4<sup>a</sup> ed. París, núm. 1, pp. 23 y ss.

<sup>96</sup> “Manuale di Diritto civile italiano”, Parte Generale, Societá Editrice Libraria, 4<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por LEONARDO COVIELLO, Milano 1929, pp. 1 y ss. (hay una reimpresión, Edizione Scientifice Italiane, Napoli, 1992).

<sup>97</sup> “Teoría del hecho jurídico individual y social”, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles, Madrid 1880, par. 7, p. 51.

<sup>98</sup> “Droit constitutionnel”, 1<sup>a</sup> parte, Cap. III in fine; Id., “Les grandes doctrines juridiques et le pragmatisme”, conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa el 28 de noviembre de 1923, Lisboa 1924; Id., “Manual de Derecho Constitucional: Teoría del Estado, el Derecho y el Estado, las libertades públicas, organización política”, traducción con Prólogo a cargo de José G. Acuña, Francisco Beltrán, Madrid 1921.

dad, como la garantía del interés común, y cuya violación entraña una reacción colectiva contra su autor". Así, para DUGUIT, desde una concepción expresiva del más radical objetivismo jurídico, la regla del Derecho es determinante. No hay Derecho más allá de ésta, es decir, más allá del Derecho objetivo que es la expresión natural del hecho de la solidaridad social, o, lo que es lo mismo, de la interdependencia que indudablemente obliga a los hombres en una sociedad, en virtud de su forma intelectual y moral<sup>99</sup>.

Finalmente en un sentido amplio, puede citarse a SANTOS DE OTTO<sup>100</sup> para quien el Derecho se basa en la voluntad de una colectividad siquiera no sea el Estado, quien solamente la crea por cuanto, al lado del poder legislativo de éste, se halla la potencia creadora de la costumbre jurídica, que brota quizá irreflexiblemente, pero que lenta y seguramente crea y establece una norma jurídica.

### b) *Posición individualista*

A ella pertenecen aquellas definiciones que toman en consideración al hombre bajo los aspectos de la moralidad, de la libertad y del principio de la condicionalidad.

Así, para el filósofo tomista y prelado español ZEFERINO GONZÁLEZ y DÍAZ DE TUÑÓN (1831-1899)<sup>101</sup>, el Derecho es "la facultad moral inviolable de hacer, omitir o exigir alguna cosa". Definición que incorpora a la definición del Derecho al menos cuatro elementos: 1º Se trata de una actividad o facultad personal. 2º De un ejercicio útil de esa misma facultad. 3º Ese ejercicio ha de ser lícito, y, 4º Implica una relación con los restantes seres racionales, circunstancia que determina la imposición del deber de respeto al ejercicio de la referida actividad.

<sup>99</sup> Vid el volumen dedicado a LEÓN DUGUIT. En la revista "Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique" (París), 1932, núms. 1 y 2.

<sup>100</sup> "Apuntes de Derecho Civil", Parte General, Barcelona 1943, p. 12.

<sup>101</sup> "Filosofía elemental", Imprenta A. Pérez Dubrell, 4<sup>a</sup>. ed., 1868, Tomo II, p. 435, (hay ediciones anteriores en Imprenta de Policarpo López). Obra que fue declarada libro de texto en la casi totalidad de nuestros centros docentes.

BUFNOIR<sup>102</sup>, acogiendo la idea de la libertad, señala que “el Derecho es el conjunto de regla a la cuales está sometida, bajo la sanción del poder social, la libertad del hombre, en conflicto con la libertad del otro”.

Por supuesto, y como es notorio, IMMANUEL KANT<sup>103</sup>, sobre la base del principio de la condicionalidad del Derecho, frente a la incondicionalidad de la Moral, pese a cuyas diferencias, ambos persiguen el mismo fin último —que no es otro, sino asegurar la libertad del hombre, imposibilitando que éste puede ser rebajado al rango de un simple medio, lo que supone rehacer el establecimiento de una separación tajante entre Moral y el Derecho—, propuso su celeberrima definición, tantas veces incorrectamente interpretada, “el Derecho es el conjunto de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio de los demás, según una Ley universal de libertad”.

De ahí, que el imperativo, pues, de una Ley jurídica —como apunta FRANCESCO FIOMUSI GUELFI (1842-1922) en su celebrada “Enciclopedia Giuridica” (1873)—<sup>104</sup> sea el siguiente: “Obra externamente de tal modo que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con el arbitrio de todos los demás según una Ley universal”.

El problema ético en el pensamiento kantiano —como precisa LUIS RECASENS SICHES<sup>105</sup>— queda vaciado de su propio contenido y transformado en una cuestión lógica. A pesar del preeminente papel que en la teoría moral desempeña en el sistema kantiano, a pesar del primado de la razón práctica, la Ética ha quedado reducida a un mero engranaje lógico. La bondad de una acción se equipara a su corrección lógica: obra de tal manera que la máxima de tu conducta pueda servir de Ley universal para todo ser racional. Es decir, el criterio de bondad de una acción radi-

<sup>102</sup> “Cours du Droit civil”, curso escolar de 1888-1889.

<sup>103</sup> “La Métaphysique des moeurs”, 1<sup>a</sup> Parte, “Premiers principes métaphysiques de la doctrine du Droit”, 1797.

<sup>104</sup> “Enciclopedia giuridica”, 1873, 7<sup>a</sup> ed., Eugenio Jovene Editore, Nápoles, 1917, p. 15.

<sup>105</sup> “Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico”, p. 22.

ca en una Ley formal, abstracta y universal, de validez incondicionada, en algo penetrable lógicamente mediante juicios universales

La definición kantiana, como observa GIORGIO DEL VECCHIO<sup>106</sup>, nos llevaría a tener que afirmar que el Derecho acaso no ha existido nunca; porque los sistemas jurídicos que reconocemos como tales están más o menos alejados de aquella máxima. Por consiguiente, se debería excluir sin más de la categoría de Derecho todos aquellos sistemas en los cuales no se halla reconocida la “libertad igual”. Por ejemplo, el Derecho romano niega con la institución de la esclavitud la Ley de la libertad igual, y por eso no podría ser considerado como Derecho. Este autor, influenciado inicialmente por las ideas kantianas, pasa con el transcurso del tiempo a otra iusnaturalista. Nos define el Derecho<sup>107</sup> como “la ordenación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento”. De la misma, deduce los caracteres diferenciales del Derecho, entre ellos la coercibilidad, como la posibilidad de constreñir a la observancia del mismo. En cuanto a la investigación fenomenológica, entiende que los Ordenamientos jurídicos positivos deber tender a una adecuación progresiva del ideal de justicia, en cuanto que surgen de las prerrogativas fundamentales de la persona humana, que exigen sean reconocidas y aplicadas, en cada momento histórico.

Pero además de esta investigación lógica existe otra, la fenomenológica, ya que el Derecho positivo no es un producto de causas especiales y excepcionales que se materializan en ámbitos temporales y culturales concretos, sino

<sup>106</sup> “Filosofía del Derecho”, Tomo I de la traducción española, Barcelona 1929, p. 52.

<sup>107</sup> “El concepto del Derecho”, trad. de M. Castaño, 2<sup>a</sup> ed. Madrid 1932, p. 148, y en “Filosofía del Derecho”, Tomo I, 3<sup>a</sup> ed., Barcelona 1942, p. 75. Con carácter casi exhaustivo, puede consultarse la relación de obras del Profesor DEL VECCHIO, que cita el Profesor JOSÉ ITURMENDI MORALES en la nota 8 de la página 29, de la traducción castellana de la obra de E. PATTARO, “Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia Jurídica”, Madrid 1980, sobre el “Concepto del Derecho”.

un fenómeno común a todos los Pueblos y culturas, es decir un producto necesario de la naturaleza humana. Por ello todo individuo siente en sí la facultad de valorar y juzgar el Derecho existente: cada uno percibe dentro de sí el sentimiento de la Justicia.

Dejando aparte las críticas que puedan oponérseles y que de hecho se le han opuesto, debemos reconocer la excepcional pertinencia de la definición kantiana del Derecho, en la que se puede observar una reacción y, al mismo tiempo, aceptación de la idea de CHRISTIAN WOLFF (1679-1754) sobre este instituto —“Derecho es por sí mismo un deber perfecto, en cuanto tiene en sí la fuerza de eliminar todo aquello que impide el recto uso de la libertad humana...”— que tanta influencia ha tenido en el pensamiento filosófico y jurídico posterior, y hasta en la práctica política y administrativa.

Acogiendo este principio de la condicionalidad, KARL CHRISTIAN FRIEDERCH KRAUSE (1781-1832)<sup>108</sup>, en el ámbito de una concepción filosófica, precisa su definición del Derecho, en la que continúa la distinción entre Moral y Derecho, “como la totalidad de las condiciones dependientes de la libertad, para la realización del propio destino”. En ella comprende, según pone de manifiesto, tanto las condiciones exteriores como las interiores. En cuanto el Derecho es el total de las condiciones que dependen de la libertad, estas condiciones son condicionadas por la libertad misma; pues el Derecho es un todo de condiciones<sup>109</sup>.

Doctrina esta que alcanzó una gran difusión en Italia y en España, muy superior por su influencia que la que tuvo en Alemania, donde encontró acogida, entre otros, por parte de su discípulo más notorio, al tiempo que editor póstumo de su “Das Systeme del Rechtsphilosophie” (“Sistema de Filosofía del Derecho”), 1874, DAVID-AUGUST RÖDER,

<sup>108</sup> “Das System der Rechts philosophie”, Leipzig 1874 (edición póstuma publicada por su discípulo DAVID-AUGUST RÖDER).

<sup>109</sup> Puede observarse el influjo de las doctrinas de LEIBNITZ (1646-1716), a quien, según KRAUSE, se deben un gran avance en la historia del pensamiento jurídico. No en vano Leibnitz distingüía, entre un aspecto inmanente y otro exterior en el Derecho.

que la llegó ha calificar como el “Evangelio jurídico del futuro”, y en HEINRICH AHRENS (1808-1874)<sup>110</sup>, para quien el Derecho es “el conjunto de condiciones dependientes de la voluntad y necesarias para la realización de todos los bienes individuales y comunes que forman el destino del hombre y de la Sociedad”.

En España el primer titular de una cátedra universitaria de Filosofía del Derecho, FRANCISCO GINER DE LOS RIOS (1839-1915)<sup>111</sup>, principal difusor en nuestra patria de las teorías krausistas entre otros instrumentos desde la Institución Libre de la Enseñanza, que fue sin duda una de sus obras más propias y personales<sup>112</sup>, formula el siguiente concepto del Derecho: “es el sistema de los actos o prestaciones en que ha de contribuir cada ser racional, en cuanto que de él dependa, a que su destino y el destino de todos se efectúe en el Mundo”<sup>113</sup>.

En la formulación del concepto del Derecho propuesta por el jurista francés JOSSERAND<sup>114</sup> —quien fuera Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon—, también pueden encontrarse influencias muy notorias de la doctrina de IMMANUEL KANT. Así, después de definir a éste “prima facie”, como “una regla social obligatoria”, pun-

<sup>110</sup> “Diritto Naturale”, trad. italiana, Nápoles, 1872, pp. 120 y ss., y en la trad. española, “Curso de Derecho Natural”, 1873, p. 119.

<sup>111</sup> FERNANDO DE LOS RIOS, “Ensayo sobre la Filosofía del Derecho en Don Francisco Giner de los Ríos y su relación con el pensamiento contemporáneo”, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo II, Madrid 1915, pp. 135-136.

<sup>112</sup> JOSÉ ITURMENDI MORALES, “En torno a la comunidad sorda, como comunidad de aprendizaje y de prácticas de pertenencia y de fidelidad. Una aportación al debate entre comunitaristas y liberales acerca de los derechos, los valores y la Sociedad”, en el volumen colectivo, JOSÉ-GABRIEL STORCH DE GRACIA Y ASENSIO (coordinador), “Estatutos jurídicos de la lengua de señas en el Derecho especial. Aproximaciones”. Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección “La llave”, Madrid, Septiembre de 2005, pp. 1-226, la cita se encuentra en p. 43.

<sup>113</sup> FERNANDO DE LOS RIOS Y URRUTIA, “La Filosofía del Derecho de Don Francisco Giner de los Ríos y su relación con el pensamiento contemporáneo”, Biblioteca Coma, Madrid, p. 16; Id. “El pensamiento vivo de Giner”, Colección “Biblioteca del Pensamiento Vivo”, Ed. Lardas, Buenos Aires, 1949.

<sup>114</sup> “Cours de Droit Civil positif français”, Tomo I, 2<sup>a</sup> ed., Recueil Sirey, París 1932, p. 2; Id., “Derecho Civil”, Tomo I, vol. I: Temas generales del derecho y de los derechos, las personas; reeditada por ANDRÈ BRUN, trad. castellana de Santiago Cunchillos y Manterols, Buenos Aires 1950.

tualiza que ha de ser muy compleja, pues trata nada menos que de asignar a cada uno el puesto que le corresponde dentro de la colectividad. Las diferencia que dividen a los hombres entre sí, se resuelven no individualmente al azar de las fuerzas contrarias, sino socialmente y de conformidad con la norma de la colectividad. De ahí que pueda definirse el Derecho de una manera más completa como: “la conciencia y la voluntad colectiva sustituyendo a las conciencias y a las voluntades individuales para determinar las prerrogativas, los derechos subjetivos de cada uno”.

c) *Doctrinas eclécticas*

Dentro de este grupo, pueden incluirse numerosísimas definiciones, de las cuales trataremos de seleccionar las que consideramos más importantes.

Una fórmula sintética, pero realista, es la adoptada por RENÈ SABATIER<sup>115</sup>, para quien el “Derecho positivo, es la Justicia aplicada por los hombres y sancionada por ellos”.

El filósofo e historiador del Derecho HERMANN KANTOROWICZ (1877-1940, cuya notoriedad suele asociarse a “Der Kammpf und die Rechtswissenschaft” —“La lucha por la ciencia del Derecho”, 1906— escrito manifestando la llamada “freischtlichk Beweguez”)<sup>116</sup>, precisa que “el Derecho es un cuerpo de normas que tiene como finalidad la prevención o la ordenada solución de conflictos”.

EDMOND PICARD (1836-1924)<sup>117</sup> estima que el Derecho consiste en una “relación juiciosa —de un sujeto, sobre un objeto— protegida por el Contrato social”.

El maestro complutense de Filosofía jurídica, LUÍS LEGAZ LACAMBRA (1906-1980)<sup>118</sup>, parte del análisis de los si-

<sup>115</sup> “Cours de Droit civil”, Tomo I, París 1943, num. 6, p. 3.

<sup>116</sup> “La definición del Derecho”, edición póstuma a cargo de A. H. Campbell (1958), trad. de J. M. de la Vega, ed. Revista de Occidente, Madrid (2<sup>a</sup> ed.), 1964, pp. 43 y ss.

<sup>117</sup> “Le Droit pur: Cours d’Encyclopeide du Droit: les permanences-juridiques abstraites”; Veuve Ferdinal Lareecy, Bruxelles-París 1899, p. 62 (hay una edición de 1931).

<sup>118</sup> “Introducción a la Ciencia del Derecho”, Librería Bosch, Barcelona 1943.

guientes elementos integrantes del Derecho, y por tanto constitutivos ineludibles de su definición: 1) Un conjunto de normas; 2) Normas que traducen un ideal, o un punto de vista acerca de la Justicia; 3) Por eso son formas de vida social; 4) Normas que delimitan las respectivas esferas de lo lícito y de lo obligatorio; 5) Normas que deben ser aplicadas, y poseen por ello un valor autárquico. Si el conjunto de normas —agrega este autor— lo llamamos “Sistema de legalidad”, tendremos la siguiente definición del Derecho: “Una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la Justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico”. Definición que ha sido seguida por diversos autores, entre ellos, con algunas matizaciones por el Profesor JOSÉ ITURMENDI MORALES.

LUÍS RECASENS SICHES<sup>119</sup> señala que “el Derecho se presenta como un conjunto de normas elaboradas y vividas por los hombres bajo el estímulo de las necesidades de su existencia colectiva y con el propósito de realizar determinados valores en ésta”.

El Derecho forma parte del conjunto de las normas elaboradas por los hombres para satisfacer con la mayor amplitud las necesidades de interés general. Necesidades públicas cuyo concepto no es absoluto, del mismo modo que su contenido no es permanente<sup>120</sup>. En verdad —sigue diciendo RECASENS—, el Derecho es “el conjunto de normas humanas, es decir, elaboradas por los hombres en una situación histórica, apoyadas e impuestas por el poder público, normas con las cuales se aspira a realizar unos valores”.

JEAN DABIN<sup>121</sup> precisa que el Derecho es “una regla social no sólo en cuanto supone un ambiente social, sino en

---

<sup>119</sup> “Tratado general de Filosofía del Derecho”, 2<sup>a</sup> ed., México 1961, pp. 154 y ss.

<sup>120</sup> ENRIQUE SERRANO GUIRADO, “El seguro de responsabilidad y sus problemas”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1950, p. 9; LUÍS JORDANA DE POZAS, “Derecho Administrativo”, Librería Victoriano Suárez, Madrid 1924, p. 138.

<sup>121</sup> “La philosophie de l’ordre juridique positif, specialment dans les rapports de Droit privé”, 1929, pp. 34-35, y en “Teoría General del Derecho”, trad. castellana de Francisco Javier Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, pp. 17 y ss.

cuanto que sólo existe en el marco y sobre la base de una cierta Sociedad, como disciplina típica de la vida común en el seno del grupo". Si, por tanto, se elige entre las Sociedades organizadas la Sociedad civil, se definirá el Derecho, como "el conjunto de reglas de conducta dictadas por la Autoridad pública bajo la sanción de una coacción exterior prevista y organizada por la Autoridad misma, con vistas a realizar, en las relaciones humanas, el orden más favorable al bien común".

No sería razonable omitir aquí a HANS KELSEN (1881-1973), en atención tanto a la importancia de sus teorías, que (tal como dijera ERNEST ROUGIN en otro artículo) trata de dar cuenta del Derecho mediante el consentir y la consideración del propio Derecho<sup>122</sup>, como a la repercusión que éstas han tenido en los más diversos países, aún cuando sus estudios estuvieran centrados mas bien en los ámbitos del Derecho público (Derecho constitucional, Derecho internacional Público, Derecho administrativo).

En su concepción del Derecho como teoría del ordenamiento jurídico, HANS KELSEN propuso construir, al poco de la publicación de su trabajo de habilitación como Profesor de la Facultad de Derecho de Viena, "Hautprobleme des Staatsrechtslehre" ("Problemas capitales de la teoría del Derecho del Estado" 1910, Tübingen), que no continua la distinción, la teoría postmodernísima del Derecho, del aspecto dinámico frente al estático. En sentido genérico el Sistema de normas jurídicas u Ordenamiento jurídico constituye un conjunto dinámico de normas, esto es, un conjunto de normas que en última instancia pueden ser reconducidas a una norma fundamental prospectiva ("Vorausgesetz"<sup>123</sup>), la "Grundnorm" ("Norma básica"), que suministre el fundamento de validez del sistema normativo que constituye el orden jurídico. El problema de la vali-

<sup>122</sup> ERNEST ROUGIN, "Las Reglas jurídicas. Estudio de ciencia jurídica pura. Archivo general, Apostillas. Soberanía de los Estados", trad. José María Navarro de Palma, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia, La España Moderna, Madrid sin fecha, p. 15.

<sup>123</sup> HANS KELSEN, "Reine Rechtslehre", segunda edición, Franz Deuticke Verlag, Wien, 1960, parágrafo 34, a, p. 197.

dez de las normas jurídicas se hace depender “sic et simpliciter” de la posibilidad de instaurarlo en el ámbito de un orden susceptible de ser calificado como jurídico. A su vez la norma fundamental es aquella cuya validez no puede derivarse de ninguna norma superior, o lo que es lo mismo, aquella norma que se postula como válida por sí misma<sup>124</sup>.

Las normas comprendidas en un sistema normativo de tipo estático, tienen la característica de ser deducibles de una norma fundamental específica, a la asunción que lo particular o especial es deducible de lo general. Como ejemplo de las mismas señala KELSEN la relación que existe entre la norma general que prescribe “ser veraces” y las normas particulares “no mentirás”, “no engañar”, “mante-  
ner la palabra”, etc.

El sistema normativo dinámico, en cambio, constituye un sistema en el cual las normas que lo integran son creadas mediante actos de voluntad por parte de aquellos individuos que tienen competencia para crear normas en virtud de la autorización para ello por parte de otra norma jurídica de rango jerárquico elevado<sup>125</sup>.

Por tanto, puede decirse que en el sistema estático, existe una vinculación inmediata entre la norma superior y la inferior, mientras que en el sistema dinámico, la norma inferior no depende de una manera inmediata de la norma superior, sino de la autoridad que la ha dictado, la cual a su vez la ha podido crear, en cuanto ha sido autorizada por la norma superior. El sistema de las normas jurídicas se encuentra configurado mas que como un conjunto de normas, como un conjunto de actos creadores de esas normas.

---

<sup>124</sup> IVANHOE TEBALDESCHI, “La Definizione del Diritto”, Ed. Arte e Storia, Roma 1963, p. 33; Vid A. CARRINO, “Lordine delle norme. Potree a diritto Hans Kelsen”, E.S.I., Napoli 1922.

<sup>125</sup> HANS KELSEN, “Teoria generale del Diritto e dello Stato”, trad. italiana, Milano 1954, pp. 113-114, (trad. italiana del original en inglés, “General theory of law and state”, Harvard University, Press. Cambridge-Massachusetts, 1945; Vid. ROBERT WALTER, “Hans Kelsen Ein Libon im Drenste der Wissenschaft”, Franz Deuticke Verlag, Wien 1985, RUDOLF ADALAR METALL, “Hans Kelsen. Leben und Werk”, Franz Deuticke Verlag, Wien, 1969.

La norma jurídica considerada en sus elementos constantes y esenciales, se presenta en la forma de una proposición de este tipo: “si se verifican aquellos elementos condicionantes, vendrá aplicada aquella determinada sanción”. La norma constituye en efecto, un esquema dentro del cual se encuentran múltiples posibilidades de obrar<sup>126</sup>.

El significado de la definición de la norma como juicio hipotético, puede ser acogido de un modo exhaustivo, sobre todo a través de la consideración de los dos motivos de la concepción jurídica de KELSEN, esto es, el concepto de la imputación (que es el ligamen entre el comportamiento ilícito y la sanción), y la distinción entre validez y eficacia<sup>127</sup>.

Expuestas estas líneas generales del pensamiento kelseniano, puede decirse que al identificar el Estado con el Derecho, nos resulta a nuestro objeto válida la concepción de que, “el Estado es un orden a la autoridad al cual son sometidos los individuos, o mejor dicho, cuyas normas regulan la conducta humana”<sup>128</sup>.

Desde el institucionalismo, SANTI ROMANO (1859-1957)<sup>129</sup> ofrece una teoría del Derecho antinormativista, en función del concepto de organización e institución, y la proyecta básicamente en el ámbito del Derecho público, marco en el que deberá, como con el hombre, centrarlo todo y especialmente en el Derecho eclesiástico del Estado. Se trata en definitiva de un punto de vista radicalmente opuesto al kelseniano. Mientras que el maestro de Viena configura al Derecho —ordinariamente como un conjunto de normas sociales generalmente actos—, en SANTI ROMANO el orden social establecido por el Derecho no tiene su

<sup>126</sup> KELSEN, “Teoria generale del Diritto e dello Stato”, trad. italiana de Sergio Cotta y Renato Treves, edizione di Comunita, Milano 1954, p. 45, y “La dottrina pura del Diritto”, trad italiana, “Prefazione” y trad. de Renato Treves, Einaudi Editore, Torino 1956, p. 95.

<sup>127</sup> IVANHOE TEBALDESCHI, “La Definizione del Diritto”, Roma 1963, p. 38.

<sup>128</sup> “Aperçu d'une theorie générale de l'Etat”, trad. francesa, París 1927, p. 23, y “La dottrina pura del Diritto”, en “Archivio Giuridico”, octubre de 1933.

<sup>129</sup> “L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, la fonti e i caratteri del diritto”, Parti I, en *Analì delle Università Toscanem*, Pisa 1917, Vol II, fas. 5 y Parte II, Vol III, fas. 1; “L'ordinamento giuridico”, Pisa 1918, hay una 2<sup>a</sup> ed. Fiorenza 1945, pp. 10 y ss.

protagonismo en las normas. Así señala que el Ordenamiento jurídico no es una suma de las diversas partes, sino una unidad en sí..., no artificial u obtenida con procedimiento de abstracción, sino concreta y efectiva. El Derecho no está contenido solo en la norma, o en el conjunto de normas, sino que consiste en los numerosos mecanismos y engranajes, en las relaciones de autoridad y de fuerza, que modifican, aplican y garantizan la norma jurídica: “Il Diritto è anche norma, ma, prima di essere norma, è organizzazione o corpo sociale, el è questo che ad esse comunitate como est un suo prodotto o derivazione, la natura giuridica, non viceversa”<sup>130</sup>.

La observancia de la norma no está, según ROMANO, garantizada por la asociación formal del precepto con la previsión de la sanción, o cuando menos no esta garantizada ante todo por la sanción, y tal indicación deriva de los engranajes del aparato orgánico del Ordenamiento jurídico. Ordenamiento jurídico que identifica con la entidad social de toda una organización estable y permanente, con una estructura y vida propias, que representan una unidad distinta a los individuos y a los elementos que la componen y superior a la estatal<sup>131</sup>.

Las normas no pueden por tanto ser consideradas como elementos estructurales del Ordenamiento jurídico, ni éste puede ser concebido como el puro y simple resultado de su composición. El Ordenamiento jurídico es conceptualmente autónomo y primario respecto a la norma. El Ordenamiento jurídico es aquello que produce y utiliza la norma. Las normas representan ante todo el medio de la actividad del Ordenamiento jurídico, mas que un elemento de su estructura.

Para ROBERTO DE RUGGIERO (1875-1934) y FULVIO MARI<sup>132</sup> el Derecho objetivo puede definirse como, “el conju-

<sup>130</sup> SANTI ROMANO, “Corso di diritto costituzionale”, Cedam, Padova, 1933, “Introduzione”.

<sup>131</sup> MIGUEL REALE (n. 1910), “Fundamentos del Derecho”, trad. cast. Por Julio O. Chirippi, Buenos Aires 1976, pp. 192, 196.

<sup>132</sup> “Istituzioni di Diritto privato”, vol. “Introduzione e parte generale...”, 8<sup>a</sup> ed., casa Editrice Giuseppe Principato, Milano-Messina 1950, p. 9.

to de las reglas emanadas de los órganos competentes según la Constitución, impuestas a los particulares, en las relaciones externas, con carácter de universalidad y hechas obligatorias mediante la coacción”.

Es destacable a este respecto el estudio de IVANHOE TE-BALDESCHI, sobre “La definizione del Diritto”<sup>133</sup>, donde a partir de las definiciones tradicionales analiza las posteriores que al respecto matizan las corrientes contemporáneas, que considera más importantes, para adoptar una postura ecléctica legalista. Así nos dirá que el Derecho puede ser considerado o como norma o como Ordenamiento<sup>134</sup>. Cuando viene considerado como norma, el Derecho se define como norma que concreta la vida de relación de un organismo social. La norma jurídica se pone como una proposición que, respecto a los comportamientos humanos, es al mismo tiempo prescriptiva y descriptiva. Entendida en su literalidad, la norma jurídica se pone, indudablemente, como una proposición que indica la posibilidad de un cierto comportamiento. La norma jurídica, sin embargo, no se limita a indicar una cierta posibilidad de comportamiento, sino que se pone como parte integrante de un proceso real, que está orientado teológicamente, sobre el programa de convertir en efectivos los comportamientos expresados en las normas. La norma jurídica se pone como medio de influir sobre los comportamientos humanos. La norma jurídica influencia los comportamientos humanos mediante la indicación de la sanción. Las sanciones, que son parte integrante de las normas jurídicas, son no obstante capaces de influenciar los comportamientos humanos, no mediante un proceso de inmediata coacción física, sino en cuanto se establecen como solicitadoras de iniciativas. La norma jurídica presupone la actividad proyectiva de sus destinatarios.

<sup>133</sup> Con una extensión de 243 pp., ed. Arte e Storia, Roma, 1963; también en, “Aspetti semantici e ‘neo-rettorici’ delle definizione del Diritto”, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, año LXII, fasc. II, Abril-Junio, pp. 469-494, Milán 1966.

<sup>134</sup> *Ob. cit.*, p. 187 y, especialmente, en las pp. 233 y ss.

Desde este punto de vista, el análisis del Derecho como norma viene a resultar convergente con aquellos análisis del Derecho como sistema de normas o como Ordenamiento. La norma jurídica es expresión de una iniciativa querida. Se trata sin embargo de una iniciativa que no puede ser atribuida a un particular sujeto o a más, sino sobre todo a la comunidad o a la institución, en cuanto capaces de operar autónomamente.

Finalmente, la norma jurídica, para TEBALDESCHI, es la regla que influencia los comportamientos, mediante la indicación de la sanción prevista, en la hipótesis de que sean violados los preceptos en ella contenidos.

El Profesor español de Derecho privado FELIPE CLEMENTE DE DIEGO Y GUTIÉRREZ (1866-1945)<sup>135</sup>, nos define el Derecho como “la ordenación de la libre voluntad al bien exigido imperiosamente por las relaciones esenciales a la Sociedad...”.

En un estudio posterior<sup>136</sup>, tratando este autor de precisar más, definirá el Derecho como, “el conjunto de deberes u obligaciones y de facultades del hombre, y de las reglas que determinan unos y otros para el cumplimiento del bien exigido imperiosamente por las relaciones esenciales a la Sociedad humana”.

El Profesor MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO<sup>137</sup>, manifestando los peligros que comporta una definición sintética, señala que el Derecho es “el conjunto de normas vigentes en una Sociedad para regular las acciones de convivencia según la idea de Justicia”.

Para FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO<sup>138</sup>, el Derecho positivo puede ser definido como “la reglamentación organizada de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural”. Se recogen como características del De-

<sup>135</sup> “Curso elemental de Derecho civil español, común y foral”, tomo I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1923.

<sup>136</sup> “Instituciones de Derecho civil español”, tomo I, Madrid 1941, p. 16.

<sup>137</sup> “Introducción a la Ciencia del Derecho”, 3<sup>a</sup> ed., p. 36, Salamanca 1998.

<sup>138</sup> “Derecho civil de España”, Parte General, Tomo I, Madrid, 1955, p. 32. (Existe una posterior reimpresión de esta obra, con Prólogo de presentación de Luis Diéz-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1991).

recho positivo —agrega este autor— la específica de la eficacia, de ser organizador y creador de una realidad social (el orden jurídico), y, por tanto, la de su vigencia (validez jurídica); su subordinación respecto a la Ley eterna de Justicia, que exige su propio carácter de Derecho, esto es, la necesidad de su legitimidad; por último, se comprenden dentro del concepto amplio de Derecho positivo a todos los actos que tengan tales notas, sean normas o actos jurídicos.

El insigne civilista español JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS<sup>139</sup>, aceptando aquellas proposiciones de la doctrina científica, susceptibles de encontrarse recogidas en la realidad que constituye el Derecho, expresaba que éste es “el sistema de normas fundadas en principios éticos y susceptibles de sanción coercitiva, que regulas la organización de la Sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar en la misma el conseguimiento armónico de los fines individuales y colectivos”.

Están contenidos en esta definición —señala CASTÁN TOBEÑAS— los diversos elementos del Derecho: a) Su fundamento, que está en la naturaleza humana y en los principios de la Moral que recogen sus dictados; b) Su materia o contenido, que es la regulación social, tanto en su aspecto interno (de organización), como en su aspecto externo (de determinación y delimitación de actividades); c) Su forma o instrumento, la coacción posible, y; d) Su fin supremo, la Justicia, entendida como principio de armonía entre las exigencias individuales y las sociales.

Una definición clásica, pero en sí realista, es la dada por DANTE ALIGHIERI<sup>140</sup>, que expresaba, “*Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta, corrupxit*”, (“el Derecho es la real y personal proporción existente entre los hombres, que si es observada, conserva la Sociedad, y si es perturbada, la destruye”).

<sup>139</sup> “Instituciones de Derecho civil”, Madrid, 1930, pp. 39 y ss.

<sup>140</sup> “De Monarchia”, Libro II, Capítulo II.

Tal y como señalara desde el positivismo jurídico, LUIGI MIRAGLIA (1846-1903)<sup>141</sup>, DANTE ALIGHIERI (1265-1321) partía de una concepción del Derecho que lo entendía como “proporción real y personal de hombre a hombre”, y por tanto, lo distinguió de la Moral, para la que una acción es considerada buena o mala en sí misma, sin relación a los derechos de nadie.

La fórmula de DANTE ALIGHIERI reúne los elementos esenciales del Derecho, al concebirlo como un orden necesario para la existencia social —en concordancia con la postura por nosotros sustentada en este trabajo—, que regula las relaciones humanas, en la cual se incluye como nota inherente al Derecho, la alteridad. Se expresa así hasta que punto la nota esencial que diferencia al Derecho frente a la Moral, es su carácter social, nota de la que participan los usos o reglas de trato social<sup>142</sup>.

Se podrá decir, y es cierto, que en esta definición no aparece la “sanción” como elemento de conservación del orden. Pero, no obstante, creemos que por la amplitud de sus términos es susceptible de quedar en ella implícita, ya que cuando el Derecho no es observado, debe en primer lugar tenerse en cuenta, si esta inobservancia es debida a un acto aislado de insatisfacción o ignorancia de un sujeto, o bien a que la norma no es adecuada a la fundamentación filosófico-jurídica de la Sociedad, en el momento en que se contempla, y así en este caso, esa Comunidad estaría en crisis. Con lo cual damos a entender que la coacción es un elemento natural del Derecho, que ha existido en todas las Sociedades verdaderamente organizadas.

Sobre el intervencionismo estatal en el orden económico, ha precisado PETER NEUMANN<sup>143</sup> que un Estado de economía de mercado es aquel que acepta el orden social existente como dado y justo, y en el cual la intervención esta-

---

<sup>141</sup> “Filosofía del Derecho”, trad. española, Tomo I, Madrid, p. 13.

<sup>142</sup> JOSÉ-MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, “Derecho y Sociedad”, Editorial Tecnos S.A., Madrid 1979, p. 9.

<sup>143</sup> “La Administración reguladora de la Economía”, traduc. española de Celestino Fernández de la Vega, Madrid, 1967, p. 25

blece la economía en particular y se sustenta en lo fundamental de corregir el precio y los resultados del Mercado<sup>144</sup>; se conduce de un modo neutral en relación a la configuración de la existencia, se contenta con limitar los derechos individuales en cuanto se trata de algo ineludible para una convivencia ordenada. En contraste con lo que sucede con las economías planificadas del socialismo, admitiendo que se caracterizan por un amplio intervencionismo del Estado, concebido con el fin de ampliar los planes macroeconómicos. El valor de justicia de una ordenación de esa naturaleza se apoya en la idea de la relación libre, no cohibida de los ciudadanos. Ese valor se expresa por la creación de los derechos fundamentales liberales que se limitan a fijar el marco de un orden social al garantizar una amplia protección individual<sup>145</sup>. Cuando en cambio la estructura social se muestra de antemano como necesitada de corrección y mejora, el Estado asume la tarea adicional de procurar una redistribución del producto social. De ese modo interviene en el juego de las fuerzas económicas bajo la amenaza de la coacción estatal, y se atribuye, a la vez, un poder de decisión sobre el sujeto de la actividad económica.

Finalmente, debemos sostener con el maestro CASTÁN TOBEÑAS<sup>146</sup>, que todas las concepciones del Derecho han aportado algún elemento útil a la obra, nunca por completo acabada y perfecta, de su conocimiento, y su dogmatismo filosófico-jurídico o sociológico.

---

<sup>144</sup> WILHELM RJIKE (1899-1966), “Stactsintuver Tiunism”, en “Hundwörterbuch der Startswissenschaften”, Jena, pp. 861-882.

<sup>145</sup> Así, MAX WEBER, “Wirtschaftsgeschichte”, 1924, pp. 289 y ss. Vid. también ERNEST FORSTHOFF, “Lehrbuch”, p. 59, nota 2.

<sup>146</sup> “Las diversas Escuelas Jurídicas y el concepto del Derecho”, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, Septiembre 1947, pp. 117 y ss. También, pueden citarse, entre otros muchísimos trabajos, del expresado autor, “Crisis mundial y crisis del Derecho”, Instituto Editorial Reus, Madrid, 2<sup>a</sup> ed., corregida y aumentada, 1961; “Derecho Civil Común y Foral”, Tomo I “Introducción y Parte General”, Vol. I “Ideas generales y Teoría de la norma jurídica”, Instituto Editorial Reus; “El Derecho y sus rasgos a través del pensamiento español clásico y moderno, popular y erudito”, Discurso, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1949.

El secreto de todo buen sistema jurídico —apunta este autor— radica indudablemente en la conciliación del elemento metafísico y ético con el elemento histórico-social. Debería intentarse conciliar una mutua y favorable interacción, el Derecho con la Metafísica y con la vida. De aquí la discutible a la par que muy limitada utilidad de la mayor parte de las direcciones lógico-formales, que optan por actitudes apriorísticas en el orden metodológico. Concepciones estas, que si bien a veces no dejan de proporcionar algunas aportaciones interesantes en lo que a la estructuración del Derecho concierne, de ordinario ofrecen visiones vacías y por ello carentes del ineludible sentido social de la experiencia jurídica.

Son necesarios nuevos y renovados esfuerzos, oportunos movimientos de revisión —ya en parte certeramente iniciados— que logren superar el unilateralismo de las concepciones del Derecho a que conducen, si bien en opuestos sentidos, tanto las Escuelas racionalistas, normativistas y conceptualistas, como sus contradictoras, abiertamente antagónicas, posiciones vitalistas e irracionalistas.

En este sentido todo parece apuntar a que a partir de la crisis del positivismo jurídico en la última década de los setenta, en el post-positivismo que sigue a las concepciones kantianas, la Teoría del Derecho, se ha abierto tanto al mundo de los valores ético-políticos, como al mundo de los hechos, sean éstos institucionales o no<sup>147</sup>, en aras a intentar ayudar a pensar los problemas en los que tienen que mediar los hombres de hoy.

---

<sup>147</sup> CARLA FARALLI (n. 1949), “La crisi del pensamiento giuridico”, en Id. “La filosofia del diritto contemporaneo. I temi e le sfide”, Col. “Libri del tempo Laterza”, Gius Laterza y Figli Spa, Roma-Bari, septiembre de 2002, pp. 3-14 (Esta obra ha sido objeto de una traducción, con notas, al castellano, a cargo de MARÍA-JOSÉ FALCÓN Y TELLA, JOSÉ ITURMENDI MORALES y JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ, que va a ser objeto de publicación en 2006).