

ESTUDIOS

LAS DEFINICIONES DE LA PALABRA DERECHO Y LOS MÚLTIPLES CONCEPTOS DEL MISMO

Por JUAN VALLET DE GOYTISOLO (*)

En la década de los años treinta, cuando yo estudiaba, se daban dos definiciones de la palabra *derecho*: la del derecho objetivo, que identificaba derecho con leyes y con lo ordenado en ellas; y la del derecho subjetivo, identificado con el poder de voluntad o con el interés jurídicamente protegido.

Michel Villey, años después, me abrió los ojos al recordar la genuina definición del derecho: *to dikaion* de Aristóteles, *quod iustum est* en los jurisconsultos romanos.

Presentar, aunque sea de modo general, las principales definiciones de derecho, es más complejo de lo que a primera vista parece. Es penetrar en una selva situada en un terreno quebrado con gran variedad de niveles.

En el *Novísimo Digesto Italiano*, Bobbio dice que el significado de la palabra "derecho", es mudable en el lenguaje común y en el científico. «Para un civilista, derecho es exclusivamente el derecho estatal [si el civilista es positivista-legalista como él]; para un internacionalista es además el derecho internacional; para un canonista, también el derecho canónico; para un filósofo del derecho o un sociólogo, la regla de toda sociedad organizada»; para un historiador, «asimismo el derecho que ya no está vigente». Metodológicamente, el problema no solo es, «lingüístico» y sino «fáctico o de análisis empírico».

Según ha escrito H. L. A. Hart (5): «a veces, la definición es "simplemente acerca de palabras»; pero, también contempla «las realidades para hablar de las cuales usamos las palabras».

Existen «casos marginales»; a menudo, el uso de una palabra, es plenamente «abierto»; y permite su extensión a casos en los que sólo se dan algunas de las características normalmente concomitantes, y los significados representativos o semánticos pueden ser entendidos en forma unívoca, análoga o equívoca.

(*) Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y Ciencias Morales y Políticas (Madrid).

— *Unívoco* es el sentido aplicable a todos y cada uno de los términos, referidos por él, en sentido perfectamente idéntico o totalmente semejante. Así se dice «sano» tanto de un alimento, como de un rostro.

— *Análogo* expresa cosas no entera y perfectamente idénticas, en que la palabra se aplica en sentido distinto pero semejante desde un determinado punto de vista o determinada proporción.

La extensión analógica de la palabra *ius* fue observada por Santo Tomás de Aquino, al decir que «este vocablo “derecho” originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Más tarde se derivó a denominar el arte con el que se discierne que es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien “comparece en derecho”; finalmente también a la sentencia dada por quien administra justicia, aun cuando lo resuelto sea inicuo».

— *Equívoco* es aquel término general que se aplica en sentidos completamente distintos, como las palabras *taurus* y *cáncer*, que tienen significado diferente según se refieran a una constelación, o bien a un toro o a determinada enfermedad.

I

Un repaso a través de la historia de los significados de «ius» o «derecho», nos muestra que:

Para los jurisconsultos romanos la definición básica de la palabra «derecho» es la contenida en el siguiente texto de Paulo.

—«...*quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur*».

Por su parte, en un texto de Ulpiano se lee:

—«... *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*».

El texto de Paulo, que contiene la definición básica de *ius*, añade referencias a otros significados, sin duda analogados, dados a la palabra *ius*, que giran en torno de la justicia de un contenido ya determinado por el arte del derecho por ser útil a la ciudad, por la labor del pretor para discernir lo justo de lo injusto, o bien por referencia al lugar en el cual se enjuicia lo justo en los litigios.

Además existen otros muchos textos en el *Digesto* que, sin definir la palabra *ius*, la emplean en sentido parecido a la acepción de derecho subjetivo. Sin embargo, Michel Villey y Avelino Folgado, han discrepado, de esta traducción.

El segundo, tras una laboriosa recopilación y clasificación de los fragmentos del *Digesto*, y las *Institutas* de Gayo y de Justiniano, en los que *ius* parece empleado en ese sentido, los distribuye en tres grupos según esta palabra: a) Haga referencia a la titularidad atribuída a ciertas personas, y expresa «instituciones justas que comportan situaciones, ventajas, poderes, obligaciones y cargas, del titular o del sometido». b) Se refiera a una «cosa incorporeal, institución de naturaleza y

existencia jurídica» con un contenido de facultades y deberes en el uso y disfrute de la misma. c) O aparezca unida a uno de los posesivos *meum, tuum, suum, habere esse*, etc., expresando «la institución, el estatuto que lleva consigo ventajas, facultades, utilidades, cargas y obligaciones» o «solas facultades o solas obligaciones».

Definido básicamente *ius*, como *iustum et aequum*, como una *res iusta*, es preciso observar el modo de determinarlo. Una aproximación se halla en la definición de *jurisprudencia*, donde vemos enunciada como fuente primaria de ese conocimiento la naturaleza de las cosas, *divinarum atque humanarum rerum notitiae*.

Y la naturaleza de cada cosa, su *natura rei*, es observada por la *ratio naturalis* tomándola por la base para la determinación de lo justo natural, y de la *aequitas naturalis*.

El largo periodo del Alto Medievo parece que debería haberse sumido en un positivismo legalista, dada la supremacía de las leyes compiladas (aunque entre los bárbaros, estaban en competencia con las costumbres), dada la restricción por Justiniano, en sus constituciones *Tanta* y *Omnium*, de las posibilidades de interpretación, y su asunción monopolista del empleo de la equidad. Sin embargo, en las escuelas de artes liberales, la retórica centró el derecho en la justicia; y, para determinarla, se consideró como su fuente primaria la *naturalis ratio*. Y la dialéctica —partiendo de que el fundamento del derecho se halla en su *ratio iuris*— llevó metodológicamente a un afinamiento de la función de la *aequitas*, considerándola la verdadera *ratio*.

Llegada la Baja Edad Media, entre los glosadores: Azón, define «*ius est ars boni et aequi*», y Accursio explica que la justicia es al *ius* como la madre al hijo; por lo cual, «*ius est ars boni et aequi, et iusticia nihil alio est quam ipsa aequitas et bonitas*».

La escolástica dominicana, iniciada por San Alberto Magno, que tuvo a Santo Tomás de Aquino por máximo representante, fue el puente por el cual la metafísica realista de Aristóteles penetró en universidades y escuelas de la Cristianidad, comenzando por la de París. Este hecho cultural repercutiría en el pensamiento jurídico de la nueva escuela de los comentaristas.

Santo Tomás rechazó rotundamente que la ley sea el derecho mismo, propiamente hablando. La ley, natural o positiva, no es sino cierta razón del derecho «*aliqualis ratio iuris*»; pues: «Así como de las obras externas que se realizan por el arte preexiste en la mente del artista cierta idea que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme una idea preexistente en el entendimiento, como cierta regla de prudencia».

El derecho es, según él, la *ipsam rem iustam*; lo justo, o derecho, que se determina de dos maneras:

- Una, atendida la naturaleza de la cosa.
- Otra, por convenio privado, o por convención pública, o cuando lo ordena el príncipe. Y esto es derecho positivo.

Entre los comentaristas: Bartolo se atiene a las aseveraciones del *Digesto*: «*ius a iustitia derivatur*» y «*ius est ars boni et aequi*».

Baldo se enfrenta a la objeción de que el derecho cuando es riguroso no es equitativo; y lo resuelve indicando que, según las circunstancias del hecho, la *aequitas in specie*, como ya había dicho el glosador Martinus Gosia, puede establecerla el juez, en la *interpretatio singularis*.

En el ocaso de la Edad Media el voluntarismo y el nominalismo dan un giro radical a la definición de derecho.

Si, conforme el nominalismo de Ockham, no existe nada naturalmente justo resultante de la naturaleza de las cosas, el derecho se reduce a ser el reflejo de las leyes positivas (divinas o humanas), o de su contenido; y se confunde con las propias leyes (concepto del derecho objetivo), o bien con el poder o la facultad de las voluntades subjetivas que reclaman lo que es o debe ser suyo (concepción del derecho subjetivo).

En el mismo siglo XIV, Gregorio de Rimini insinuó una tercera concepción de carácter racionalista. Paralelamente a su concepción de la *lex indicans*, expresión de la razón divina, estimaría que la *recta razón humana* es el fundamento del derecho humano.

La formulación de estas definiciones por los *magni hispani*, en el siglo XVI, no fue uniforme.

Francisco de Vitoria entiende *ius* de tres modos: «*pro eo quod iustum est*», «*pro peritia artis*» y «*pro lege ipsa*».

Con esta significación *pro lege ipsa*, Vitoria identificaba ley con la de *causa iusti*, a diferencia de Santo Tomás, que la consideraba solamente, como «*aliqua-
lis ratio iuris*».

Más adelante, al tratar de la propiedad, Vitoria concluye que «*ius est illud quod licitum est per leges*», observando que éste es el sentido que da el uso corriente cuando decimos y «tengo derecho de hacer esto» o «uso de mi derecho».

Domingo de Soto, explica que derecho «puede tomarse en dos sentidos» —«*bifarium*»— a saber: «en el sentido de regla de la razón y dictamen de la prudencia, o sea las leyes», y, además, «en el sentido de la equidad misma, que es objeto de la justicia».

Explica que la acepción primera del derecho como *ley* o «regla suprema de la justicia» significa que la ley es la razón de lo justo, es decir lo que causa y constituye lo justo.

El jesuita Luis de Molina, de conformidad a su realismo metódico, considera equívocas la definición de derecho como atribución de ley positiva y, en sentido subjetivo, como poder de voluntad.

El jesuita granadino Francisco Suárez, después de examinar la etimología de *ius*, reconduce sus significados a los admitidos por los nominalistas y que corresponden a lo que, hoy en los manuales en uso, se denomina respectivamente derecho subjetivo y derecho objetivo.

El profesor Michel Bastit indica que esa posición de F. Suárez depende de que, como Ockham en metafísica, él parte de la imposibilidad en derecho de mediación de las cosas. De ahí que «recurra a la voluntad para que sustituya a la realidad», con una «legislación sistemática que consiga vincular átomos en bruto».

Los grandes civilistas castellanos del siglo XVI, en cambio, siguen la concepción realista. Gregorio López, al glosar la palabra «*estremar*», del Prólogo, de las Partidas, viene a definir el derecho como arte de lo bueno y de lo equitativo, y como ciencia de lo justo y lo injusto. Pero no olvida otro significado usual de la palabra *derecho*, como ordenamiento normativo dirigido a proporcionar soluciones justas. En el texto por él glosado, el Rey Sabio explica que toma el contenido de su obra «*de las palabras, e de los buenos dichos que dixeron los sabios que entendieron las cosas razonadamente segund natura e de los derechos de las leyes, e de los buenos fueros que ficieron los grandes señores e los otros homes sabidores de derecho en las tierras que ovieron de juzgar*». En su referencia al «*iure communi*», denomina derecho al contenido normativo del *Corpus iuris*.

Ese otro significado de derecho era de común empleo. Ahora bien, los comentaristas y conciliadores, que operaban de conformidad al *mos italicus*, no estimaban ni tampoco Gregorio López esos cuerpos jurídicos como conjunto de leyes dimanantes de la voluntad imperativa de los emperadores, sino como un cuerpo de normas, producto del arte del derecho, que contienen soluciones dotadas de equidad y buena razón para guiar a los jueces en los juicios.

Esta significación de derecho la vemos también en Palacios Ruvios, al explicar que del mismo modo que al derecho romano se le llamaba derecho por excelencia, parejamente cuando un rey se refería al derecho debía entenderse que se remitía al de sus propias leyes.

Althusius, considerado precursor de la línea racionalista de la escuela del derecho natural y de gentes, siguió, a tono con su calvinismo, la línea nominalista voluntarista; y coherentemente con su identificación de derecho y ley, identificó también el derecho natural con el contenido en la ley divina positiva, y derecho humano con el impuesto por la ley humana positiva.

En esa nueva escuela del derecho natural y de gentes se mantuvo la distinción nominalista de derecho objetivo, identificado a la ley, y de derecho subjetivo, como facultad.

Sin embargo, entre los autores de las diversas ramas, racionalistas y constructivista, de esa escuela se observan netas diferencias. Los autores de la rama constructivista tienen una acentuada impronta nominalista y voluntarista, en la que Thomas Hobbes alcanzó el máximo grado.

«El derecho de la naturaleza, que los autores generalmente denominan *ius naturale*, es —dice Hobbes— la libertad que tiene cada uno de usar como quiera su propio poder, para preservar su propia vida; y, en consecuencia, de hacer todo lo que considere, según su propia razón, como el mejor medio adecuado a este fin».

De ahí la necesidad —dice— de «erigir un poder común» suficiente, al gran *Leviathan*, depositario del poder soberano del que «derivan los *derechos y posibilidades* de aquel o de aquellos a quienes por el consenso de la asamblea el poder soberano es conferido».

Mientras Hobbes define los derechos de los ciudadanos como los poderes y facultades que éstos tienen en el ámbito de libertad que las leyes les dejan, en cambio, Locke considera que, ya en el estado de naturaleza, se hallan dotados de un contenido propio, empíricamente determinados por la razón práctica. Pero, añade que en el estado de sociedad política, el poder legislativo del propio Estado es la sola razón que determina su contenido concreto, aunque entiende que el ejercicio de tal poder legislativo tiene sus límites, pues debe permitir que afloren los derechos naturales que los ciudadanos tienen a sus vidas y propiedades.

Jean Jacques Rousseau orientó su contrato social hacia la consecución de la libertad en el mayor grado de igualdad, y sustituyó *Leviathan* por *Demos*. Pero, contradictoriamente con sus propósitos, condujo al positivismo más radical o a la revolución en cuanto no responda a la voluntad general.

Para Kant la palabra derecho tiene un doble significado: uno *general* y otro *estricto* o *puro*. El primero, de sentido *ético*, es captado por la conciencia subjetiva y no es determinable objetivamente; el segundo es el propiamente *jurídico*.

En el primer sentido general de la palabra, Kant definió derecho: el «*conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley general de libertad*».

Ahora bien, mientras, según Kant, la dimensión moral dimana, en cada hombre, de los principios captados *a priori* por su razón; en cambio, en el sentido estricto del derecho «no se tiene en cuenta, en absoluto, la materia de la relación recíproca de arbitrios, sino tan sólo su forma».

De ahí que la ley jurídica sea exterior y requiera «que lleve unida la facultad de ejercer coacción sobre aquel que la viola».

Presupone, pues, un Estado que lo establezca e imponga la coacción.

Así lo que es derecho en sentido moral, en cuanto es acuñado en una ley positiva se convierte en derecho en sentido estricto, derecho puro, que no basa su vinculatoriedad en razón alguna ética, sino en la posibilidad de una coacción externa. Kelsen tiene aquí el modelo que un siglo después desarrollaría.

En la segunda mitad del siglo XIX, en la escuela de la exégesis, Laurent reconocía: «Es preciso no confundir la *ley* con el *derecho*»; «el derecho es la razón universal, la suprema razón, fundada en la naturaleza de las cosas». Pero, añade: «Esto es muy vago; la definición podría aplicarse tanto a la filosofía como al derecho. El objeto del derecho es idéntico que el de la ley, es establecer reglas obligatorias para los individuos y las naciones», «susceptibles de ejecución forzosa».

Según Laurent, «el legalador debe velar para que las leyes que él haga no violen la justicia eterna. Si él hiciera una ley injusta, ésta carecería de autoridad

moral; pero esto no dispensaría al juez de su deber de aplicarla. Si el juez pudiera juzgar la ley, si pudiese rechazar su aplicación... la ley no sería ley».

El fundador de la escuela histórica del derecho, Savigny, en su *Sistema*, entendió que el derecho emana de «la conciencia común del pueblo». Ahora bien: ese derecho «que vive en la conciencia del pueblo no es un compuesto de reglas abstractas, es percibido en la realidad de su conjunto». Pero —advierte— que el pueblo tiene «necesidad de traducir en caracteres visibles y orgánicos su unidad invisible» y «esta necesidad superior», crea el Estado, cuya primera misión es «la de traducir el derecho en caracteres visibles y asegurar su aplicación».

Como vemos, para Savigny la ley no es lo mismo que el derecho; no lo crea ni agota. Únicamente lo configura en forma abstracta. Y, todo lo que puede añadirse, excepciones, desenvolvimientos propios, es extraño a la ley. Entra «en otra esfera de ideas». La naturaleza orgánica de la institución de derecho no puede ser agotada por la regla abstracta de la ley.

En síntesis, según Savigny, en todo momento histórico, el derecho se halla inmanente en el espíritu de cada pueblo; y se positiviza conforme sus manifestaciones fácticas o bien en forma escrita en normas abstractas, que son devueltas a la vida real, una vez reelaboradas en instituciones por la ciencia del derecho.

B) Rudolf von Jhering, en *El espíritu del derecho romano*, sintetiza perfectamente la concepción del derecho expresada por Savigny. Pero, después, prestaría atención «a la finalidad última que es la práctica, y a las condiciones de aplicabilidad del derecho». Esa «finalidad última» vendrá a constituir su tema en *El fin del derecho*, donde Jhering considera necesario el normativismo legalista dimanante del Estado, si bien, siembra algunas ideas que ayudarían a que, más tarde, otros salgan de él.

Al afinar su perspectiva del derecho advierte que la norma y la coacción son elementos de pura *forma*, que no nos enseñan nada del *contenido* del derecho, que —dice— «es eternamente variable» y «se juzga con arreglo al *fin* que se propone» y «caracteriza» el acto como *justo* o *no justo*.

En su posterior obra, *La lucha por el derecho*, comienza definiendo: «El derecho es una idea práctica, es decir un *fin*»; y, encierra en sí una antítesis entre el fin y el medio. Este, «por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia». El derecho es una idea fuerza; por eso la justicia sostiene en una mano la balanza, donde pesa el derecho, y sostiene en la otra la espada, para hacerlo efectivo. La espada sin la balanza, es la fuerza bruta; y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia.

II

Podemos enfocar desde varias perspectivas las definiciones contempladas hasta aquí y las que hallamos desde finales del siglo XIX hasta ahora. Creo que

las principales son: una, enfocar la distinción en definiciones del derecho positivistas y no positivistas; y otra, diferenciar las definiciones en normativistas y no normativistas. Ambas perspectivas se interfieren en parte. Las positivistas, por su lado, pueden ser normativistas, judicialistas y sociológicas. Y esa primera subdistinción se difumina si se tiene en cuenta que algunos autores hablan de la existencia de normas individuales. Además, entre las definiciones normativistas y no normativistas, existen una serie de definiciones mixtas y complejas. Combinando las dos perspectivas observamos que hay unas definiciones normativistas que son positivistas y otras que no lo son. Y lo mismo ocurre en las definiciones judicialistas y las sociológicas. En fin, en las definiciones normativistas y positivistas, las diferencias pueden ser de carácter formal o bien de carácter material.

Este panorama general, nos muestra diversos grupos de definiciones formando series de tipos fluidos, que, a su vez son fluidas, pues algunas definiciones tienen puntos de contacto con varias de alguna de las series que vamos a enumerar.

a) *Definiciones positivistas y normativistas de carácter formal*

El prototipo de estas definiciones es la, antes analizada, de Kant, centrada en el aparato normativo estatal. De este tipo, en este siglo XX, han sido las de Kelsen, Ross, Hart y Bobbio, éste con ciertos matices en cuanto al formalismo.

La *teoría pura del derecho* del vienés Hans Kelsen contiene la más acabada de las definiciones de esta serie:

El derecho es «un conjunto de normas» que implican «un orden de la conducta humana y constituyen un ordenamiento jurídico».

El *derecho puro* se identifica con la norma que impone la sanción. Constituye un aparato coactivo que, en sí mismo, carece de todo valor ético o político... «ningún derecho positivo puede ser injusto», su «calificación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante».

Toda norma jurídica se halla integrada en un ordenamiento jurídico, que en su unidad constituye una cadena de actos de creación, cuyo grado supremo es la constitución y, a partir de ella, desciende en «una estructura escalonada», «en proceso perpetuamente renovado de autocreación».

Es un artefacto formal que opera mecánicamente con cualquier contenido que impone coactivamente.

Este positivismo ha tenido ya el máximo desarrollo, y, sigue teniendo vigencia en la mente de la mayoría de los políticos, pero nunca ha calado en los más altos tribunales de justicia ni en los principales civilistas. Según ha escrito Gregorio Robles: «Tras el agotamiento del positivismo jurídico hacia el comienzo de los sesenta, cuando ven la luz sus postreras obras (segunda edición de *Reine*

Rechtslehre de Kelsen, en 1960, *The concept of Law* de Hart, en 1961, *On law and justice* de Ross, en 1963), comienza una fase de saludable crisis de búsqueda de nuevos derroteros que pueden fructificar en un nuevo estilo de filosofía del derecho».

b) *Definiciones judicialistas*

Las definiciones judicialistas del derecho son de diversos y muy variados tipos.

En *Alemania* su precursor fue Oscar von Bülow, quien en 1885, sostuvo que la ley no produce por sí misma el derecho, sino solamente prepara el paso creador del derecho en la sentencia del juez.

Hermann Kantorowicz, en 1906, rechazó el dogma de los positivistas del siglo XIX de que no existe otro derecho que el reconocido por el Estado y opinó que existe un «derecho libre», independiente del poder estatal, que «constituye el suelo del que el derecho estatal dimana», de él brotan todas sus críticas y emana su progreso. La jurisprudencia halla, en él, «su fuerza creadora». «El juez puede y debe prescindir de la ley, si le parece que no le ofrece una decisión carente de dudas; o si el poder estatal en el momento del fallo no habría dictado la resolución de la ley».

En el *legal realism* anglo americano, el juez Oliver W. Holmes, repetiría: «Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho y no otra cosa, es lo que se entiende por derecho». Según Gray: «Las leyes son fuentes del derecho ... no partes del derecho mismo». Ya antes, a finales del XIX, Dewey había dicho que las normas jurídicas no son sino «pedazos de carta» o «una voz en el aria» a los que «los jueces dan forma».

Entre nosotros, José Puig Brutau entiende que *derecho* y *ley* expresan conceptos diferentes, pues la sentencia «concreta los principios generales y todo el derecho que la ley no agota en la solución del caso concreto planteado».

Y según Alvaro d'Ors, derecho es «todo lo que aprueban los jueces».

c) *Definiciones normativistas que incluyen normas de origen no estatal y no coactivas*

Paradigma de este tipo de definiciones es la que, ya en plena madurez, Hermann Kantorowicz expresó el año 1938 en *The definition of law*: El derecho es un conjunto de normas dirigidas a prevenir conflictos o a dirimirlos conforme un cierto orden, que son consideradas aplicables por el juez. Pero, la expresión «conjunto de normas» las incluye de tres clases:

1.^a *Mandatos*, o «normas reconocidas como vinculantes porque son puestas por la voluntad de una persona, por una autoridad reconocida a la que se tiene que obedecer».

2.^a *Preceptos*, o «normas reconocidas como vinculantes porque la conciencia jurídica impone que es deber conformarse a ellas», y «tienen por sanción el remordimiento».

3.^a *Dogmas*, o normas «reconocidas como vinculantes porque lo implican otras normas de validez ya reconocida», tienen su garantía en «su conexión»; o sea, en un proceso de mutua adaptación, integración e iluminación dirigido a producir un sistema en sí mismo completo.

d) *Conceptos normativistas e idealistas*

Desde su neokantismo de la escuela de Marburgo, Rudolf Stammler salió del positivismo jurídico diferenciando en el derecho: de una parte, la «forma» de la conciencia pensante, de «validez general incondicionada», como principio *a priori*, en sentido neokantiano; y, de otra, la variable *materia* por ella ordenada y condicionada.

Para Stammler, la vinculatoriedad abstracta del derecho como *forma* ha de llenarse de *contenido concreto* que, para ser *justo*, debe responder a la *idea del derecho*, «determinante del concepto de *justicia*»; y para lograrlo se requiere «elegir aquella *norma de derecho* que, en el caso dado, se ajuste a la noción a la *comunidad pura* como idea de orientación».

e) *Conceptos dialécticos*

Podemos considerar entre ellos los expuestos por Wilhelm Sauer y los autores neohegelianos.

Wilhelm Sauer diverge de Stammler porque, en lugar de centrar el concepto de derecho en la forma, que históricamente se llena de contenido *material*, lo concibe equilibradamente: *formal*, en su estructura interna, y *social*, por su carácter sociológico. Ambos elementos operan dialécticamente. De ese modo, la cimentación sociológica y el coronamiento filosófico-social, arraigando, por abajo, en la vida, se prolongan por arriba, mediante las mónadas de valor, y las leyes fundamentales, hasta la justicia.

La justicia corona la superestructura social. Sin ella, todo el edificio jurídico, sería incompleto.

El *neohegelianismo jurídico*, precedido en Alemania el año 1921 en el campo de la filosofía, con el libro de Richard Kronner *Von Kant vis Hegel*, fue una reacción contra el neokantismo de Marburgo, tal como lo fue Hegel frente Kant y Fichte.

Julius Binder denominó «idealismo objetivo» a esa concepción, que considera la «idea» «no sólo como principio “trascendental” de la conciencia sino también, al mismo tiempo, como principio inmanente del ser».

Para él, derecho es un concreto histórico, un *general-concreto*, y su ciencia es «histórico-interpretativa». Tiene la finalidad práctica de la realización del derecho, para aprehender, en cada caso, la norma jurídica en conexión con la realidad viva, las relaciones empíricas y con la idea del fin, en el presente inmediato. Así, la «idea del derecho», «no sólo significa un “punto de mira” formal, sino la profusión de sentido que se configura y desarrolla constantemente en el derecho como un proceso vivo espiritual e histórico».

Por eso, para la realización del derecho no cabe la deducción silogística, sino una relación *dialéctica*. Esta —según Walter Schönfeld— *individualiza* la *pauta*, de modo tal que no «subsume» en ella el hecho, sino que lo «concretiza».

f) *El concepto trialista del derecho del último Gustav Radbruch, abierto a la justicia material*

Gustav Radbruch militó en el neokantismo sudoccidental alemán de la escuela de Baden. Esta venía admitiendo los valores como moldes mentales; pero, desde los valores, Radbruch trató de superar el *dualismo* de Stammler, con su trialismo, examinando culturalmente la realidad «con una referencia a los valores».

Según Radbruch el derecho es una realidad, es positivo; pero, como encarnación de la idea del derecho, debe elevarse valorativamente y, aspirar a la justicia.

La realidad del derecho debe ser pensada como realización de un determinado concepto de valor.

g) *Descripciones tridimensionales del derecho*

Las vemos en Carlos Cossio, Miguel Reale y Eduardo García Maynez, que consideran el derecho un *compositum* de tres elementos: *hecho, valor y norma*.

h) *Definiciones normativas pero informadas por los principios generales de derecho en aras de su justa realización y modalizado por valores supratelégales o moderado por la equidad en relación con los hechos del caso*

Son muchos los autores que podrían situarse en esta rúbrica, entre ellos, en Italia, Carnelutti y Betti, que definen el derecho: aquél, como conjunto de leyes

o normas, pero que se modalizan, por el *juicio crítico de equidad*, y, el segundo, por los principios generales del derecho de *contenido deontológico y axiológico*.

Entre los autores españoles de este siglo que han seguido esta línea están: De Diego, que acude a *la analogia iuris*; Castán Tobeñas a la *equidad*; Roca Sastre al *derecho institucional*; Castro y Bravo a los *principios generales de derecho*, que convierten las leyes de «*flatus vocis*» o «*pintados signos*» en reglas de conducta que determinan el modo como lo jurídico actúa sobre la realidad social, y Hernández Gil, atiende a los valores en relación con la realidad social.

- i) *Definiciones complejas que combinan las normas legales con elementos ideales, valorativos o estimativos, y con la naturaleza de las cosas, con la aspiración a una sentencia justa*

Paradigma de esta serie de tipos de definiciones complejas son las de los autores que han seguido y siguen la *Wertungsjurisprudenz*.

En ellos, resulta evidente que el derecho abarca una verdadera galaxia integrada por la idea del derecho, los valores, los principios ético-jurídicos, la naturaleza de la cosa, las normas positivas, las pautas valorativas, y las concreciones, con la aspiración al derecho justo.

Por ejemplo, Heinrich Henkel, cómo *datos previos y puntos de partida* para determinar el *contenido del derecho*, atiende a:

- La *imagen del hombre*.
- Las *estructuras sociales*.
- El *fin en el derecho*.
- El *orden social de valores*, enfocado «en el *momento valorativo*».
- Las *instituciones*.
- Las *estructuras lógico-reales*.
- La *naturaleza de la cosa*, considerada como estructura, elemento ordenador o preforma del derecho, que, con mayor o menor amplitud, deja abierta la normación jurídica a factores conformadores de otro tipo.

Y como dato *que el derecho debe cumplir*, considera: la *significación de la idea del derecho*, en la cual ve «la justicia, *preordenada y supraordenada al derecho positivo*».

La relación *equidad-justicia* la ve en tensión polar que impele a un *tratamiento adecuado al caso concreto*.

j) *Definiciones no normativistas de diversas orientaciones y características*

Aun cuando la mayor parte de las definiciones que se dan del derecho son normativistas o consideran las normas como elemento de la definición, no es así en todas. No ocurre en la mayoría de las de orientación judicialista, y es de destacar que, a partir de finales del siglo XIX, algunos autores han ido reaccionando contra las definiciones normativistas del derecho.

Así, Joaquín Costa —anticipándose a Gény y Ehrlich, considerados allende los Pirineos iniciadores de esta reacción— define el «concepto absoluto» de derecho: «*la relación establecida racionalmente entre fines condicionales y condiciones o medios útiles*», que se dan *para la vida* jurídica del ser racional.

No centra el derecho en la *norma*, sino en el *hecho jurídico*, realizado ya sea con mediación de una norma previamente elaborada; o bien directamente si se acude a la equidad.

François Gény, cuyo éxito en Francia frente la escuela de la exégesis fue evidente, no sólo desbordó la equiparación derecho-ley, que extendió a la costumbre, la jurisprudencia y la práctica extrajudicial, sino que minó aquella equiparación, al sostener que, en una libre investigación científica, la naturaleza de las cosas puede determinar el derecho cuando la solución de las normas no resulte adecuada al caso.

Según Eugen Ehrlich —iniciador, en 1913, de la rama sociológica del movimiento del derecho libre— no es característica esencial del concepto de derecho la de ser creado por el Estado, ni ser la base de las decisiones de los tribunales o de otras autoridades; ni su fundamento lo constituye la sucesiva coacción jurídica. Tan sólo «una pequeña parte de la vida real es llevada ante los tribunales y los órganos de autoridad». El concepto del derecho abarca el derecho no estatal, vivido en la práctica, no sólo judicial sino, especialmente, en la extrajudicial.

También Jean Carbonnier formula como primer teorema: «*El derecho tiene mayor amplitud —est plus grand— que las fuentes formales del derecho*». Consecuentemente, el derecho no se confunde con la norma jurídica, ni con la jurisprudencia, que —dice— es lo contencioso, y lo contencioso es el derecho patológico, no el derecho normal.

k) *Retorno a la definición del derecho como lo justo y el arte de determinarlo*

La inició el romanista Biondo Biondi, en *La ciencia del derecho como arte de lo justo*, recordando la definición de Celso, y Ulpiano: *ius est ars boni et aequi*. Michel Villey mostraría la necesidad de este retorno.

De la definición de jurisprudencia de Ulpiano —«*divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*»—, comenta: Mediante el estudio de cada cosa (*rerum notitiae*) y, más precisamente de lo justo de cada cosa (*iusti*

atque iniusti scientia), se trata de descubrir lo que es cada uno en un mundo armoniosamente ordenado, su estatuto, su propia condición, *ius suum*.

Para ello, es preciso conocer la *natura rerum*, la naturaleza de las cosas, que incluye al hombre y los conjuntos humanos, el orden insito en todas ellas, en su *unidad* y su *diversidad*, en lo que permanece y lo que cambia, en su *movilidad* y sus *relaciones*, no sólo de causalidad eficiente, sino también formales y finales, sus esencias y valores. No podemos pretender —dice— un perfecto conocimiento de nuestros fines naturales, pero, por lo menos, somos capaces de discernir lo que menos nos desvía de la naturaleza y conduce a resultados más conformes a las finalidades naturales.

El objetivo del derecho «es la armonía entre esas cosas, como entre los ojos, la nariz y la boca de una bella mujer o como entre las notas, los ritmos y los instrumentos de una sinfonía de Mozart...».

Este es el concepto genuino del derecho —dice Villey—, porque responde a la finalidad del derecho, a lo que verdaderamente procuran los jueces, y a lo que se reclama cuando se exclama: «no hay derecho» o «esto es injusto» o «es una iniquidad».

Las leyes, son un medio instrumental para alcanzarlo, y deben interpretarse conforme ese fin y ese contenido.

III

Confieso que Michel Villey me hizo ver, a plena luz, lo que en mi práctica vislumbraba entre sombras. Después, me reafirmé con la lectura del tratado *De iure* del Aquinatense.

El derecho es lo justo de acuerdo con la naturaleza de la cosa —*ex ipsa natura rei*—. Y se determina: considerándola en sí misma y en relación con las demás, atendiendo a las consecuencias dimanantes; y, en lo que no es determinable de ese modo, por acuerdo privado o público, por costumbre o por ley.

La perspectiva de la *naturaleza del hombre* es un adecuado centro de observación si en ella enfocamos al hombre entero, sin escindir esencia y existencia; no al hombre abstracto, separado de la realidad histórica y social en la que vive, ni aislado de las cosas y de las circunstancias concretas que le rodean.

Lo fundamental es no perder de vista la panorámica total, ni dejarse deslumbrar por visiones parciales, incompletas, unilaterales, ni por las suministradas por las ideologías en el sentido estricto de la palabra.

Las leyes son instrumentos para facilitar esa determinación concreta de lo justo en cada caso, y para facilitarnos pautas que nos muestren lo que, de modo general, resulta justo.

Por esto, parece correcto denominar también derecho a ese justo legal referi-

do al hecho tipo de cada norma. No así en cuanto exceda de lo que ordinariamente acontece y no se ajuste al caso contemplado.

Por otra parte, se ha impuesto desde antiguo, por extensión analógica, el empleo de la denominación derecho tanto a la ciencia dirigida a exponerlo y explicarlo como al arte de determinarlo y concretarlo; y a los productos de esa ciencia (materia de tratados o de partes de ellos, como «derecho de cosas», «derechos de obligaciones», etc.); y a los productos de ese arte (figuras jurídicas, relaciones tipificadas, instituciones, etc.), al conjunto de todo ordenamiento jurídico (derecho romano, derecho canónico, derecho civil, derecho administrativo, derecho español, derecho aragonés, etc., etc.), y, en fin, se emplea para adjetivar cursos jurídicos y lugares donde se enseña o practica, y para designar las materias tratadas en ellos.

En todo caso, el retorno a ese concepto genuino del derecho, aclara su ser y su finalidad de procurar, dentro de las insoslayables limitaciones humanas, la mayor justicia posible. Ahora bien, debe reconocerse que por otros caminos ha sido procurado esto mismo por muchos otros autores contemporáneos —los representantes de la *Wertungsjurisprudenz*, en Alemania, y, entre nosotros, De Diego, Castán Tobeñas, Federico de Castro, Hernández Gil y otros, partiendo de las concepciones vigentes, y tratando de acercarlas a la realización de lo justo. En cambio, Michel Villey trata de alcanzar, sin dar ese rodeo, el pleno retorno a la perspectiva del realismo metódico clásico, a la médula misma de la cuestión, en la encrucijada donde, en el siglo XIV, se enfrentaron el realismo filosófico y el nominalismo.

