

RELACIÓN DE AUTORES

Ángel Sánchez de la Torre
Luis Bueno Ochoa
Cristina Fuertes-Planas Aleix
Borja Adsuara
Carmen Dolores Baeza Ordóñez
Pedro Francisco Gago Guerrero
Juan Antonio Toro Peña
Juan Antonio Martínez Muñoz
José María González-Zapatero Domínguez
José Antonio Pinto Fontanillo
Fernando Santa Cecilia García
Antonio García Pablos de Molina
Pilar Cascales Angosto
María Santaella López



Á. Sánchez
C. Fuertes-Planas
(Editores)

PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO



REAL ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Dykinson, S.L.

Fundamentos de
conocimiento jurídico

PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO

Principios del Derecho
II

Ángel Sánchez de la Torre
Cristina Fuertes-Planas Aleix
(Editores)



REAL ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Dykinson, S.L.

ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE
CRISTINA FUERTES-PLANAS ALEIX
(Editores)

Fundamentos
de
conocimiento jurídico

**PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA
DEFINICIÓN DE DERECHO**

**Principios del Derecho
II**



*Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación*

Dykinson, S. L.

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o tramitarse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Los presentes artículos son resultado de las Ponencias presentadas en la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, una vez han sido debatidas en el Seminario Correspondiente. Han sido sometidos a evaluación por pares.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Ángel Sánchez de la Torre y Cristina Fuertes-Planas Aleix (editores)
Madrid, 2015

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9085-337-5
Depósito Legal: M-10103-2015

Maquetación:
Balaguer Valdivia, S.L. - german.balaguer@gmail.com

Impresión:
Safekat, S.L. - www.safekat.com

ÍNDICE

<i>Definiciones de Derecho: su necesidad, su posibilidad, sus exigencias de coherencia teórica y pragmática</i>	9
ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE	
<i>Definición (ilimitada) y límites (indefinidos) del derecho</i>	21
LUIS BUENO OCHOA	
<i>¿Es posible una definición integral del derecho?</i>	35
CRISTINA FUERTES-PLANAS ALEIX	
<i>El Derecho como estructura abierta, interactiva y reticular</i>	71
LUIS BUENO OCHOA	
<i>Definición etimológica e iconográfica de Derecho</i>	83
BORJA ADSUARA	
<i>El concepto del derecho</i>	93
CARMEN DOLORES BAEZA ORDÓÑEZ	
<i>Dialéctica y adaptación a las circunstancias en la noción de derecho</i> .	113
PEDRO FRANCISCO GAGO GUERRERO	
<i>Ordenamiento Jurídico comunitario: De la tradición a la innovación</i> .	121
JUAN ANTONIO TORO PEÑA	

<i>Personalidad y derecho</i>	137
JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ	
<i>Caracterización de la teoría del derecho, el derecho natural y el derecho positivo</i>	163
JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ-ZAPATERO DOMÍNGUEZ	
<i>El papel de los principios en la Teoría del Derecho de Ronald Dworkin</i>	205
JOSÉ ANTONIO PINTO FONTANILO	
<i>Sobre el concepto de derecho penal</i>	235
FERNANDO SANTA CECILIA GARCIA	
<i>Legitimación y límites del ius puniendi</i>	249
FERNANDO SANTA CECILIA GARCÍA	
<i>La resocialización del delincuente: sobre el alcance del mandato constitucional (art. 25.1º CE)</i>	275
ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA	
<i>Principios generales de la protección de datos personales en el ámbito de la sociedad de la información</i>	285
CRISTINA FUERTES-PLANAS ALEIX	
<i>Definición del derecho financiero, fiscal y tributario. Principios normativos del ordenamiento fiscal. Principio de buena fe en la administración tributaria</i>	327
PILAR CASCALES ANGOSTO	
<i>La transparencia presupuestaria como principio de responsabilidad administrativa</i>	363
PILAR CASCALES ANGOSTO	
<i>El principio de imagen fiel y la definición del concepto de derecho</i>	401
MANUEL SANTAELLA LÓPEZ	

DEFINICIONES DE DERECHO: SU NECESIDAD, SU POSIBILIDAD, SUS EXIGENCIAS DE COHERENCIA TEÓRICA Y PRAGMÁTICA

ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE
Académico Numerario de la RAJyL

Resumen: La “definición” es instrumento básico en toda investigación científica, pero la dificultad de entender o de expresar una definición de “Derecho” no debe impedir investigaciones conducentes a ello, una vez que se circunscriba su materia y se precise el lenguaje mediante el cual se haga técnicamente aplicable.

Palabras clave: ámbito de realidad social, objetos jurídicos, sistema jurídico, terminología jurídica.

Abstract: Definition is a basic instrument for any scientific research. Anyway, the difficulty of understanding or making explicit a definition of “Derecho” must not make impossible the development of research aiming at that goal, once its sphere is delimited and the specialized language which makes it possible is also precised.

Keywords: realm of social reality, juridical relevance, legal system, juridical language.

I. DEFINICIONES JURÍDICAS EN LOS JURISTAS-FILÓSOFOS ANTIGUOS

Definición es “expresión verbal (*oratio*) que desenvuelve (*explicat*) qué sea algo (*quid sit quod definitur*. M.T. Cicerón, *Tópica*, 26).

El alcance de las definiciones puede ser más o menos exacto. Por ello se han de tener en cuenta incidencias externas sobre la realidad definida (*Tópica*, 67, 70) y que han de ser incluidas en el proceso racional de toda

creación o transformación de relaciones con otros sujetos) o ilícito en caso contrario.

Definiendo al Derecho, a partir de uno de sus elementos que es la estructura conductual de cada individuo singularmente considerado, podríamos alcanzar la definición siguiente:

Derecho es "forma" de "libertad-responsabilidad" dentro de la vida social, que acondiciona la personalización de los individuos y la progresión de los grupos, mediante un sistema de sanciones institucionales administrado por Autoridades Públicas.

No se trata de cualquier forma, sino de formas que configuran actos de modo que aparezca su relevancia jurídica. No se trata de cualquier tipo o nivel de libertad, sino de libertades ejercitadas dentro de relaciones externas directas o indirectas con otros. No se trata de cualquier modo de vida social, sino de aquellos que tienen que ver con el desarrollo social de la libertad responsable y más concretamente de libertades constructivas para la personalidad propia y para el bienestar propio y ajeno.

A su vez el sistema de sanciones institucionales indica que hay recompensas de las conductas lícitas en forma de seguridad y garantía, e indicaciones para conductas ilícitas en forma de pérdidas y de penalizaciones. Pero además ese tipo de sanciones, las favorables y las desfavorables, son típicas en la índole de las Instituciones (o sea, ámbitos especializados dentro de la general función organizativa del Ordenamiento Jurídico entendido en toda su amplitud como "Derecho"), por lo cual en ese enunciado definitorio se habla de "sanciones institucionales".

Por último ese sistema de sanciones institucionales está administrado por Autoridades Públicas: legislando, organizando, sancionando, garantizando, juzgando, tanto en los supuestos generales que hacen que unas conductas sean lícitas y otras ilícitas, como en sus concreciones fácticas, a los efectos previstos y valorados desde las finalidades (personales, grupales) aludidas, que hayan sido asumidas como criterios para establecer tales cualidades de "licitud" o "ilicitud".

DEFINICIÓN (ILIMITADA) Y LÍMITES (INDEFINIDOS) DEL DERECHO

LUIS BUENO OCHOA

Académico Correspondiente, R.A.J. y L.

Resumen: Definir el Derecho a partir de sus límites conduce, como si de un bucle se tratara, a una indefinición que trae causa de la ausencia de límites. No parece que haya forma de superar la circularidad de un argumento que hace inviable la definición y el establecimiento de límites. No obstante, se propone un decálogo incompleto que puede tener alguna virtualidad orientativa. Por último, se ofrece una definición de Derecho y una propuesta final en torno a la noción de «razón fronteriza».

Palabras clave: Definición, Límites, Derecho.

Abstract: To define the Law from its limits leads, as if it were a loop, which gave rise to uncertainty in the absence of limits. There seems no way to overcome the circularity of an argument which makes non-viable to define and to set limits about Law. However, an incomplete decalogue may report some kind of guidance. At last, it offers a definition of Law and a final proposal about «border reason».

Keywords: Definition, Limits, Law.

«¡Definiciones! Sobre nada se han dado tantas, como sobre las cosas indefinibles.

La razón es muy sencilla. Ninguna de ellas satisface, ninguna es exacta, por lo que cada cual se cree con derecho para formular la suya».

(Gustavo Adolfo Bécquer, Cartas literarias a una mujer, III, El Contemporáneo, 4 de abril de 1861)

I. EXCUSA PREVIA

Referirse a una definición desprovista de límites, esto es, ilimitada, y, al propio tiempo, a unos límites que tampoco tienen fin, de ahí el calificativo de indefinidos, es quedar emponzoñado, como si de un espectáculo circense se tratara, en el «más difícil todavía»; aunque tal vez sería mejor decir que se trataría, sin más ni más, de algo imposible. De una suerte de ejercicio imposible que más tendría que ver, decididamente, con la «cuadratura del círculo».

Se impone decir, o incluso recalcar, al inicio de la exposición, que el objeto de la misma es el Derecho, ya sea como definición, como imposible definición, por sus ilimitados confines. Y, además, corresponde precisar que la idea que sobrevuela es la que resulta de la llamada «filosofía del límite» acogida entre nosotros por Eugenio Trías, fallecido el pasado 10 de febrero de 2013, y a la que recurriera el propio Nietzsche (1844-1900) previniéndonos de que «tenemos que dejar de pensar si nos negamos a hacerlo en la cárcel del lenguaje, pues no podemos ir más allá de la duda que pregunta si el límite que vemos es realmente el límite».

Así es como, anunciémoslo, *definir(se) es limitar(se)*; y es que, aunque a primera vista definir constituya un punto de partida, bien mirado, se parece más, mucho más, a una forma de terminación que dificulta la *acción de avanzar*; que, de alguna manera, admitámoslo, sintoniza más, por tanto, con la *acción de retroceder*. A costa de ensombrecer, y, abusando del trazo recargado, aun sin poderlo evidenciar, cualquier esfuerzo topológico entre lo nombrable y lo innombrable hará que transitemos, a intervalos, por los confines; recorriendo los bordes de los abismos en los que los límites, la escisión o los pliegues nos deslizarán —confusa, borrosamente— de una a otra dimensión entre lo real, lo simbólico y lo imaginario.

El Derecho como algo indefinible, con esa tendencia escapista que impide cercar —poner límites— al Derecho, es la pretensión que anima a estas cuartillas. La «filosofía del límite», como contrapunto, reaparecerá en el tramo final para impedir que se pierda ese trasfondo intranquilizador que suele acompañar al «humo que desprende el Derecho» (*fumus iuris*), ya sea, en según qué casos, el «humo bueno» (*fumus boni iuris*), ya sea el «humo malo».

La tarea de definir el Derecho es, cabría decir, un tema clásico de esos que nunca acaban de agotarse. Responde a una preocupación que podríamos calificar, sobre todo en términos académicos, como perenne. Y, como toda preocupación que alcanza tal intensidad no acaba nunca de quedar resuelta. Resultan ilustrativos algunos comentarios acerca de la imposibilidad de dar cumplida respuesta, o respuesta concluyente, a esta cuestión.

La dificultad de dar con una definición satisfactoria trae causa no sólo de su (doble) consideración teórico-práctica sino que, asimismo, deviene inevitable subrayar el carácter complejo que es inherente a la misma. Son elocuentes, en el sentido apuntado, sendos pasajes de las obras de Immanuel Kant (1724-1804) y, más modernamente, de Herbert L. A. Hart (1907-1992); según Kant, «lograr una definición es algo hermoso, pero suele ser difícil. Los juristas buscan todavía la del concepto de derecho» (*Crítica de la razón pura*, 1781; 2ª ed. 1787), y, de manera parecida, siglo y medio después, Hart admitía, en efecto, que «pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta “¿qué es el derecho?”» (*El concepto de Derecho*, 1961).

Aún se podría añadir, entre otras más, una cita que abunda en el carácter indefinible, fútilmente indefinible, del Derecho. Así lo hacía ver Jerome Frank en un artículo que aparecería como prólogo a la 6ª edición de *Law and the Modern Mind* (1930, 1ª ed.): «Confieso, sin embargo, que no podría ahora escribir ese libro tal como lo escribí hace dieciocho años. Entre otras cosas, me equivoqué gravemente cuando ofrecí mi propia definición de la palabra derecho. Puesto que esa palabra destila ambigüedad, había ya al menos una docena de definiciones defendibles. Añadir una más era vanidad. Peor aún, enseguida me encontré acosado por otros definidores del derecho que, a su vez, diferían unos de otros. Una disputa más fútil y que suponga una mayor pérdida de tiempo es difícilmente imaginable».

El tono de excusa es, ciertamente, el que parece nublar, desde el inicio, cualquier intento —que algunos, desde luego, llamarían estéril— de plantearnos avanzar en la dirección escogida.

Pues bien, aunque se trate de una tentativa que no tenga visos de prosperar no por ello se va a dejar de emprender una vía de abordaje acerca de qué es el Derecho. Veamos cómo.

En el apartado siguiente, se va a decidir formular, a modo de decálogo, un conjunto, apretado, incluso atropellado, de pistas, consideradas fiables, que guardan relación con el mundo del Derecho. Esas pistas pretenderán tener carácter orientativo y habrán de servir, fundamentalmente, para propiciar un diálogo, siquiera sea ficticio, o imaginario, acerca de qué es y qué no es el Derecho. Se trata, por tanto, de no quedarse de brazos cruzados ante la hipótesis más fácil y/o recurrente, y, probablemente la más extendida, que consistiría en decir que estamos ante eso que comúnmente se denomina la carga polisémica del término Derecho.

En el apartado subsiguiente, con el que concluirá la exposición, el tono de excusa inicial cederá y se tendrá ocasión de escoger una definición de Derecho con la que procurar no rehuir un título concentrado en la definición y los límites del Derecho, por más que se tenga a una, la definición, por ilimitada; y a los otros, los límites, por indefinidos.

II. DECÁLOGO DE UNA (IN)DEFINICIÓN (I)LIMITADA DE DERECHO

Lo que se va a plasmar ahora negro sobre blanco, con cierta precipitación y, desde luego, lejos de ser exhaustivo, sino como planteamiento que podríamos cobijar bajo la expresión *obiter dicta*, van a ser, como queda dicho, un catálogo de pistas fiables; confiemos en que así sea, acerca de qué es y, como acción de contraste, qué no es el Derecho.

II.1. Law in Books *versus* Law in Action

La distinción de Roscoe Pound (1870-1964) entre *Law in Books* y *Law in Action*, comprendida en un famoso artículo aparecido en 1910, es, para empezar, muy reveladora: el Derecho de papel, el que es propio de la teoría, el Derecho de los profesores, por una parte; y, por otra, el Derecho práctico, el real, el de las salas de administración de justicia.

El desdoblamiento entre la teoría y la práctica del Derecho, algo que recuerda a ese otra fractura entre la visión idealista y la realista, puede servir para introducir qué es y qué no es el Derecho.

Puede que la esfera del *ser* tenga que ceder el protagonismo a la del *parecer* y que, en suma, se imponga lo que parece en detrimento de lo que es; otra forma de revolver la sinrazón de la artificiosa fragmentación entre la teoría y la práctica.

II.2. La imagen icónica de la justicia

La clásica imagen de la justicia, una señora con la venda en los ojos que sujeta en uno de sus brazos una balanza y en el otro una espada, puede, igualmente, arrojar alguna luz acerca del fenómeno jurídico.

La imagen de la justicia propiciará hacernos eco de una nueva distinción: la balanza, afín a la idea de pacto, a la libertad negocial a que se contrae el principio de autonomía de la voluntad de las partes (cfr. art. 1.255 del Código Civil), remite al Derecho Privado; y, en cambio, la espada, que representa la imperatividad y, más todavía, la coerción, la fuerza regulada, nos remite, claro está, al Derecho Público.

Aunque la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado no es ajena a la polémica y, con frecuencia, valdría decir, los límites entre los derechos dispositivos (*inter partes*) y los derechos imperativos (*erga omnes*) son polémicos, dicha distinción tiene todavía predicamento (las áreas de práctica de los despachos profesionales, los departamentos de las Facultades de Derecho, por poner un par de ejemplos, mantienen e incluso revitalizan esta distinción de perfiles nada nítidos).

II.3. La idea de orden en el Derecho

La idea de orden, más allá incluso que la apelación a la justicia, es una seña de identidad, indiscutible puestos a imprimir énfasis, del Derecho. Incluso, el análisis etimológico proveniente de *Directum* incide, pues, en lo que está recto, derecho; es decir, en lo que no está torcido, desviado.

El orden y la justicia, dicho sea de paso, no tienen por qué coincidir, o no tienen por qué hacerlo necesariamente. Bastaría remitirse a Johann

Wolfgang von Goethe (1749-1832) para traer a colación su inquietante admonición: «Prefiero la injusticia al desorden».

La idea de orden hay que ponerla en relación, a su vez, con la dimensión convivencial, con la armonía social, con la preservación del orden público. La vida relacional protagonizada por el *zoon politikon*, con evidentes resonancias aristotélicas, es la que predomina en todo cuanto tenga que ver con el Derecho.

En conexión con la idea de orden no podremos dejar pasar la oportunidad de referirnos a quien se suele considerar el jurista-tipo: aquel que reconoce capital importancia a la noción de orden que, una vez transportada al orbe jurídico, es comúnmente denominada seguridad jurídica.

II.4. La teoría tridimensional del Derecho

La teoría tridimensional del Derecho, a partir de la consideración del Derecho como *valor*; como *norma* y/o como *hecho* (o sociedad); o planteado de otra manera, es decir, apelando a las tres grandes tradiciones jurídicas occidentales, *Iusnaturalismo*, *Iuspositivismo* y *Realismo jurídico*, respectivamente, constituye una aportación de indudable impronta pedagógica a la hora de proponernos saber qué es y qué no es el Derecho.

Con todo, no será inoportuno destacar que ha sido habitual insistir en el carácter deficitario de la expresada teoría tridimensional desde diferentes flancos. Así, por ejemplo, ha habido quien ha preferido referirse a una *teoría tetradimensional* en lugar de a la teoría tridimensional aludiendo a una cuarta dimensión, el tiempo, inspirándose en la teoría de la relatividad de Albert Einstein (1879-1955).

Según Pérez Luño, en el sentido previamente indicado, más que «espacializar el tiempo» la propuesta habría de consistir en «temporalizar el espacio»; de manera que la experiencia jurídica quedase no sólo integrada por las dimensiones antedichas –valor, norma, sociedad– sino también por una cuarta, el tiempo o, si prefiere, la historia. La historia habría de ser, de acuerdo con este planteamiento mencionado a título indicativo, la que permitiría «temporalizar» a las otras tres dimensiones, contextualizándolas históricamente.

II.5. Impronta de los *tria iuris praecepta*

Aun a riesgo de incurrir en un reduccionismo cabría plantear un paralelismo entre los *tria iuris praecepta* de Ulpiano (170?-228) y la mencionada teoría tridimensional del Derecho.

Como señala el profesor Sánchez de la Torre en *El Derecho en la aventura europea de la libertad* (1987), «el conjunto de los *tria iuris praecepta* constituye el arquetipo conceptual, y también el arquetipo fundamental, del Derecho». No será difícil advertir, pues, correspondencias entre las tres concepciones –o dimensiones– del Derecho y los tres preceptos de Ulpiano: «Los preceptos del derecho son: vivir honestamente [*Honestae vivere*], no hacer daño a otro [*Alterum non laedere*] y dar a cada uno lo suyo [*Suum cuique tribuere*]» (Justiniano: *Instituciones*, I, 1, 3).

El Iusnaturalismo y la visión axiológica del Derecho se identifican con el primero de los preceptos, *vivir honestamente*. El segundo de ellos, *no hacer daño a otro*, enlaza con la «equidad contractual» y, específicamente, con la visión fáctica y/o sociológica del Derecho a que se contrae la tradición del Realismo Jurídico; y, por último, la dimensión distributiva presente en *dar a cada uno lo suyo* tendería a aproximarse, llegado al caso, a una visión normativa del Derecho exteriorizada a través del Iuspositivismo.

II.6. El pragmatismo inherente al Derecho

El pragmatismo, la llamada al sentido práctico, en conexión, por ejemplo, con la filosofía genuinamente estadounidense –en cuyo caso, deviene obligado a citar a Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) y a Oliver Wendell Holmes (1841-1935), entre otros–, debe ocupar un lugar en la actual reseña, o tentativa de itinerario, que hemos llamado decálogo.

La idea-fuerza –o *slogan*– de la visión pragmatista podría quedar representada por el axioma «es verdad lo que funciona»; que habremos de asociar, ciertamente, al carácter instrumental o finalista del Derecho. Incluso se podría añadir, para tratar de restar dramatismo y solemnidad, que «el Derecho es para el hombre» y no, desde luego, en sentido contrario, que «el hombre es para el Derecho».

La evolución de Rudolph von Ihering (1818-1892), esto es, el tránsito de la *Jurisprudencia de conceptos* a la *Jurisprudencia de intereses*, el paso, dicho de otra forma, del formalismo al antiformalismo, es una muestra extraordinariamente expresiva del sentido teleológico que envuelve siempre al Derecho. Sin embargo, no será ocioso distinguir que una cosa es fijarse en la evolución de Ihering y otra bien distinta, subrayémoslo, referirse a otras derivaciones que pueden terminar vaciando de contenido a la cosmovisión jurídica como, por ejemplo, aquella conocida como el *Uso Alternativo del Derecho*.

Aprovechemos para decir que la distinción entre el formalismo y el antiformalismo o, si se prefiere, entre el fondo y la forma, no es cortante. Bastaría recordar metafóricamente una frase atribuida a Gustave Flaubert (1821-1880), según la cual, si «el fondo es el fuego, y la forma, la llama»; para a partir de ahí colegir que *la forma brota del fondo lo mismo como la llama del fuego*.

II.7. *Quaestio facti* y *quaestio iuris*

En la aplicación del Derecho conviven o, al menos tienen que coexistir, los hechos y el Derecho, esto es, la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*. Basta ojear cualquier resolución judicial, ya sea un auto, ya sea una sentencia, para comprobar que a la relación fáctica, a los antecedentes de hecho, le seguirá la fundamentación jurídica y, finalmente, como si de un silogismo (al menos aparente o, simplemente, ficticio) se tratara, resulta una conclusión (léase decisión) que reviste la forma de parte dispositiva (en los autos) y de fallo (en las sentencias).

La preferencia por los hechos, en línea con la resolución del caso concreto, no sólo se percibe en aforismos clásicos del tipo *Da mihi factum et dabo tibi ius*, o *Iura novit curia*; también está presente, ni que decir tiene, cuando se admite que, salvo excepciones, valdría decir, «el Derecho sigue a la sociedad». En otro caso, esto es, si fuera la sociedad la que siguiera al Derecho, entonces, el dinamismo social se materializaría *de arriba hacia abajo*, de modo autocrático. Si por el contrario, es el Derecho, como queda expuesto, el que sigue a la sociedad, esto responde a un movimiento, diríamos natural, más natural, incluso más democrático, *de abajo hacia arriba*.

II.8. ¿Dogmatismo, relativismo o escepticismo?

Epistemológicamente cabe sostener que atendiendo a la triple distinción entre *dogmatismo*, *relativismo* y *escepticismo* el Derecho se situaría en los predios más próximos al último de los tres *-ismos* mencionados.

Afirmar que hay una sola verdad, o que puede haber varias, o, en última instancia, que el hombre es incapaz de conocer la verdad y debe conformarse con la formulación interina, provisional, transitoria, de lo que en cada momento revista la forma de solución, o resolución, responde a esa visión escéptica a la que es tan afín al quehacer jurídico.

Sería de recibo volver a citar, de nuevo, a Oliver Wendell Holmes y, más en concreto, llamar la atención sobre el cáustico *Bad man* y el «ácido cínico» que envuelve todo cuanto esté relacionado con el Derecho para engrosar el argumentario en pro de la determinación escéptica. Por más polémico que resulte el anterior posicionamiento lo que se advierte, si se repara suficientemente en ello, es que, otra vez, predomina la esfera del *parecer* en detrimento del *ser*, e incluso, del *deber ser*.

II.9. La tensión lógica de la teleología jurídica

El Derecho es, como se decía antes, interacción fáctico-jurídica y, en resumidas cuentas, una vía de acción para la resolución de la conflictividad interhumana.

Esa tensión dialéctica realza siempre la consideración, parafraseando a Ihering, que ahora reaparece, de la *lucha por el Derecho*. Una lucha, podríamos añadir, *civilizada*, porque si algo caracteriza al debate jurídico es que en lugar de dirimirse el conflicto a través de «la razón de la fuerza»; se sustancia, justo al contrario, es decir, apelando a «la fuerza de la razón» como vía adecuada para el abordaje de la resolución de las controversias.

El conjunto de factores clave que cobran intervención para motorizar la tensión dialéctica asociada al conflicto jurídico no es monocorde; antes al contrario, es la diversidad, incluso la heterogeneidad, la que ve ampliada su campo de acción. Y tan es así que podríamos decir que la forma de razonar no es —o no lo es siempre— unívoca: la equivocidad, en cambio, es un resultado nada infrecuente que podríamos ver enmarcado, por ejemplo, a través de los tres tipos distintos dentro de la variada gama

de razonamientos jurídicos a que se refería Luis Díez Picazo; a saber: razonamientos *lógicos en sentido estricto*; de carácter *dialéctico*; y *retóricos o persuasivos*.

II.10. Los medios y los fines

El Derecho acoge *medios* (léanse formas, garantías) y también *fines* (léase, en suma, la proyección sustantiva). De aquí resulta esa otra proyección del Derecho que divide al mismo entre el Derecho sustantivo (que se ocupa de determinar el *qué*) y el Derecho adjetivo (que se ocupa del *cómo*).

Integrar, adecuadamente, ambas divisiones del Derecho, el Derecho sustantivo y el Derecho adjetivo, deviene crucial si lo que se pretende es que prospere la pretensión que vaya a ser planteada. Recuérdese, a este respecto, las tres condiciones que han de concurrir para vencer en una *litis*: «Llevar razón», primero de todo; a continuación, «saberla pedir»; y, en tercer y último lugar, «que te la den».

«Llevar razón»; es tanto como saber acertar a la hora de plantear el asunto de que se trata conforme a Derecho, es decir, en cuanto al fondo —lo sustantivo— del asunto.

«Saberla pedir»; significa que el planteamiento desplegado formalmente —lo adjetivo— sea conforme a Derecho desde la perspectiva procesal (es decir, en cuanto al cauce procesal escogido, estar en plazo, etc.).

«Que te la den»; finalmente, que te den —acláremoslo— la razón, alude a la indeterminación, o mejor incertidumbre, puesto que la diosa Fortuna, permítasenos decir, cobra un papel nada irrelevante en todos los actos humanos. La maldición gitana, aquella de *tengas pleitos y los ganes* no puede —o no debe—, por tanto, pasarse por alto.

Puesto que antes se ha hablado de *medios* y, en particular, de garantías, convendrá referirse también a la prueba. La manera de lograr conectar los planteamientos *de facto* y los *de iure* se obtiene precisamente a través de la prueba: la fase de prueba, los medios de prueba, la proposición y práctica de los medios probatorios. El carácter de *prueba persuasiva* y no, en muchos casos, de *prueba demostrativa*, reconoce la importancia —indiscutible, cabría decir— que tiene el lenguaje. De ahí, por cierto, que algunos autores reparen en la consideración del Derecho

como una manifestación artística (que consiste, en lo fundamental, en convencer, persuadir, a través de la palabra, ya sea escrita, ya sea oral); lo cual pone distancia respecto a otras posiciones que lo identifican con una ciencia, una ciencia social, o incluso con una mera técnica.

III. SIN EXCUSA FINAL

El Derecho, además de todo lo anterior, también está integrado por principios, reglas, normas, derechos propiamente dichos, por la irrenunciable tarea hermenéutica, etc. Es no sólo lo que dicen los jueces a través de sus resoluciones circunscritas a hechos que han sido sometidos a su jurisdicción por los justiciables a través de los abogados. Es también costumbre, tradición, y, desde luego, se identifica en no pocas ocasiones con un producto que se suele confundir con el Estado, la Administración y, las más de las veces, con la legislación. El Derecho es, a su vez, una forma de vida o, por mejor decir, constituye un *officium* ligado a diferentes formas de concebir el Derecho según las diferentes profesiones jurídicas.

Derecho es, o puede ser, en fin, tantas y tan diferentes cosas que, a decir verdad, resulta inabarcable. La solemnidad acerca del Derecho es tal que, como señaló Xavier Zubiri (1898-1983), el Derecho, en sus orígenes, el Derecho Romano, constituye uno de los legados fundamentales de la civilización occidental.

No obstante lo anterior, en este último apartado querría escoger una definición de Derecho en la que los límites —borrosos, fronterizos, difusos, etc.— pusieran de manifiesto con sesgo indefinible un resultado que no se tiene por menos que considerar indefinido. A tal efecto, nos remitiremos a la definición propuesta por un reputado polígrafo, además de luspublicista, como el profesor Alejandro Nieto.

En *Crítica de la razón jurídica* (2007), afirmaba, ciertamente, que «el Derecho es una estructura abierta, interactiva y reticular». La mencionada definición, siquiera sea por vía de reenvío o remisión, impide que permanezcamos enfangados, aun cuando sea momentáneamente, por más tiempo en ese espacio acomodaticio de la indefinición ilimitada. Repasaremos, con máxima brevedad, la proyección de una definición para retomar en el tramo final la «filosofía del límite» que anunciábamos al principio. Por cierto, no es de recibo omitir que otro de los libros del

profesor Nieto de temática afín a la Teoría del Derecho, escrito esta vez, en parte, con la colaboración del jurista argentino Agustín Gordillo, es portador de un título que nos prepara el terreno para ir pensando en finalizar el recorrido trazado. La obra aludida es la titulada *Los límites del conocimiento jurídico* (2003).

Pues bien, según la precitada definición el Derecho es, en efecto, una «estructura abierta» (es decir, que no está cerrada, lo cual quiere decir que sus límites no están definidos); es «interactiva» (intervienen en su gestación y desarrollo agentes diversos que trascienden al Estado, la autoridad judicial y el resto de operadores jurídicos como son no sólo los litigantes o interesados, sino también otros afectados quienes, a decir verdad, no son fácilmente susceptibles de definir y/o limitar); y es, por último, una estructura «reticular» (el sistema de red remite a diferentes conjuntos de fuerzas, centrífugas, centrípetas, concéntricas, excéntricas, etc., que vienen a corroborar una definición desprovista de límites que es tanto como hablar, como se decía antes, de una indefinición ilimitada).

Como es de ver, la definición de Derecho empleada no hace sino incidir, como si de un bucle se tratara, en que estamos atrapados en eso que unas veces se presenta como definición ilimitada y otras como límites indefinidos. La *verbomanía* del jurista como «hombre intoxicado por las palabras» aconsejaría, pues, plantearse seguir «a pies juntillas» uno de los famosos aforismos holmesianos que insistía en la necesidad de pensar cosas antes que palabras.

* * *

Como apostilla podríamos plantearnos remover todo lo dicho hasta ahora tratando de entablar un diálogo imaginario entre «la filosofía del límite» y una secuencia, en clave mística, cuya autoría corresponde a Ludwig Wittgenstein (1889-1951); para quien, como es sabido, «los límites de nuestro mundo son los límites de nuestro lenguaje». Y así será, veremos, cómo esa noción de «razón fronteriza» —y es que «porque hay límite hay razón»— podrá anudar una formulación final, a modo de propuesta, provista de un antecedente y un consecuente.

Si para Wittgenstein (antecedente) «el sujeto no pertenece al mundo, sino que es un límite del mundo», *Das Subjekt gehört nicht zur Welt*,

sondern es ist eine Grenze der Welt (Tractatus, §5.632), la razón fronteriza invocada podría servir, de forma imaginaria, o mejor místicamente, para hacer notar, en clave humanista, que (consecuente) *El Derecho es un límite, una instancia fronteriza apegada al hombre que, en tanto que sujeto, constituye un límite del mundo*.

BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ PICAZO, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1993.
- GOETHE, Johann Wolfgang von: *Poesía y verdad: de mi vida*, trad. de Rosa Sala Rose, Barcelona, Alba, 1999.
- HART, Herbert L.A.: *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- HOLMES, Oliver Wendell: *La senda del Derecho*, traducción y estudio preliminar de José Ignacio Solar Cayón, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- IHERING, Rudolph von: *La lucha por el Derecho*, presentación de Luis Díez-Picazo, versión española y nota introductoria de Adolfo Posada, prólogo de Leopoldo Alas «Clarín», Madrid, Civitas, 1985.
- KANT, Immanuel: *Crítica de la razón pura*, prólogo, traducción, notas e índices de Pedro Ribas, Madrid, Taurus, 2005.
- NIETO, Alejandro: *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.
- con GORDILLO, Agustín: *Los límites del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich: *La voluntad de poder (Ensayo sobre la transmutación de todos los valores)*, prólogo de Dolores Castrillo Mirat y traducción de Aníbal Foufe, Madrid, Edaf, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, con la colaboración de Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González Tablas y Antonio Ruiz de la Cuesta, Madrid, Tecnos, 2007 (6ª ed.).
- POUND, Roscoe: «Law in Books and Law in Action», 44 *American Law Review* 12 (1910).
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel: *El Derecho en la aventura europea de la libertad*, Madrid, Reus, 1987.

- SOLAR CAYÓN, José Ignacio: *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2005.
- TRÍAS, Eugenio: *Los límites del mundo*, Barcelona, Ariel, 1985.
- VAN WESEP, H.B.: *Siete sabios y una filosofía. Itinerario del pragmatismo*, traducción de Ernesto Córdoba Palacios y Diana Montes, Buenos Aires, Editorial Hobbs-Sudamericana, 1965.
- WITTGENSTEIN, Ludwig: *Tractatus Logico-Philosophicus*, edición electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS.
- ZUBIRI, Xavier: *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, Alianza Editorial-Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1987 (9ª ed.).

¿ES POSIBLE UNA DEFINICIÓN INTEGRAL DEL DERECHO?

CRISTINA FUERTES-PLANAS ALEIX
 Profesora UCM
 Académica Correspondiente RAJyL

Resumen: Este trabajo intenta desentrañar la posibilidad de encontrar una definición unitaria del Derecho que recoja sus diversas dimensiones: normativa (legalidad), fáctica (efectividad) y valorativa (legitimidad), sin perder de vista su carácter histórico y cultural. Presentamos las dificultades de tal tarea, como las diversas perspectivas desde las que se puede abordar, el objeto mutable en el tiempo y en el espacio, los problemas lingüísticos que entraña el término (ambigüedad, vaguedad, emotividad), así como los propios de la definición –ya que, forzosamente, no podemos enunciar definiciones realistas o esencialistas–, así como la imposibilidad del salto del *ser* al *deber ser*.

Palabras clave: Definición, concepto, derecho, realismo, nominalismo, norma, hecho, valor, historia, cultura, ser, deber ser.

Abstract: This work attempts to unravel the possibility of finding a unitary definition of Law which gathers its diverse dimensions: regulatory (legality), factual (effectiveness) and evaluative (legitimacy), without losing sight of its historical and cultural carácter. We present the difficulties of such a task, since the object of definition –Law– can, on the one hand, be approached from diverse perspectives and, on the other, is changeable in time and space. To all of this must be added the linguistic problems which encompass the term (ambiguity, vagueness, emotion), as well as those characteristic of the definition –since, necessarily, we cannot express realistic or essential definitions–, as well as the “impossibility” of jumping from the *be* to the *must be*.

Keywords: Definition, concept, Law, realism, nominalism, standard, fact, value, history, culture, to be, must be.