

JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, Metodología de la determinación del derecho.
EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S.A. Madrid 1994. Tomo I.

4. APLICACIÓN, ADJUDICACIÓN, ELABORACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL DERECHO. SU ANÁLISIS SEMÁNTICO.

Después de hechas estas aclaraciones, debo precisar y reconocer que el título de este volumen significa una toma de partido por mi parte. En efecto, se ha tratado esta materia de lo justo concreto, denominado a su realización, sea:

- *aplicación* del derecho;
- *adjudicación* del derecho;
- *elaboración* del derecho,
- o *determinación* del derecho (como yo la llamo).

No es ésta una mera cuestión de nombre; ni, menos aún, lo es la elección, -como más adecuada- de una entre las cuatro designaciones. Todas responden a un punto de partida distinto respecto del concepto de derecho, y acerca del mismo ser de éste.

Para percatarnos bien de esto, conviene recomenzar por un repaso de las significaciones dadas a la palabra *ius* o derecho.

a) La originaria o genuina, dada por ARISTÓTELES (21) -*to dikaion*-, por los jurisconsultos romanos (22) -*quod iustum est*-, por SANTO TOMÁS DE AQUINO (23) -la *ipsa res iusta*-, que reclama su «determinación».

b) La derivada, que como extensión analógica ya recogió FRANCISCO DE VITORIA (24), a la cual dándole la vuelta se la sitúa en el primero y principal lugar -tanto más, si se excluye u olvida el significado originario de la palabra-, al hacer sinónimos o equivalentes: ley y derecho (25). En ese caso -como hizo la escuela de la exégesis

(21) ARISTÓTELES, *Ética*, 5, 3.

(22) PAULO, *Dig.* 1,1,11,

(23) SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 2^a-2^a, 57, \ a d \.

(24) FRANCISCO DE VITORIA, *Lectura a la question 5 7 del Tratado de la Justicia de Santo Tomás*, 7; cfr. en *De iustitia*, Madrid, Asociación Francisco de Vitoria, 1934, p. 4.

(25) Cfr. C. AUBRY y C. RAU, *Cours de droit civil français* I, 1, cfr. 5^o ed. Paris 1897, p. 1, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 5^e ed. Paris, Libr. Générale de Jurisprudence 1949, 1, 2, p. 1; LEVY ULLMAN, *La definición del derecho*, I, 1, cfr. ed. en castellano, Madrid, Ed. Góngora 1925, pp. 27 y ss. Para la crítica de esa concepción cfr. MICHEL VILLEY, *Une définition du droit*, A. Ph. D., IV, 1959, pp. 48 y ss.

(26), respondiendo al sueño iluminista (27)-, la expresión adecuada es «aplicación del derecho».

c) La, también derivada, de derecho subjetivo -que fue reconocida por FRANCISCO SUÁREZ (28)-, como la «facultad moral que cada cual tiene, ya sea sobre la cosa suya o la cosa que le es debida», y que, más tarde, con el positivismo, perdería toda referencia objetiva a lo justo concreto, y se consideraría: bien como un mero reflejo de la norma positiva (29), como concreción individual de los derechos humanos (30), o como determinación constructivamente obtenida de unos principios morales (31). En esa perspectiva, ha sido recientemente empleada la designación «adjudicación del derecho», -en el sentido de derecho subjetivo- si bien, tal vez, fuera más apropiada la expresión «reconocimiento del derecho», también en sentido de derecho subjetivo.

d) Y la que significa un desarrollo de la noción normativista de la palabra derecho -incluyendo en ella costumbres y leyes-, pero, habiéndose elaborado su contenido por la clase de los juristas cultos, de quienes dijo SAVIGNY (32), «que el derecho por ellos *elaborado*» [subrayo yo] es la materia legislada, pero que ellos la "rehacen"; ya que, como ha dicho líneas antes, «se apoderan del derecho, cualquier que sea su origen, para recomponerlo y traducirlo en forma lógica». Esa perspectiva de la «elaboración del derecho» la ampliaremos enseguida.

De estas cuatro perspectivas, la segunda y la última sitúan en un mismo plano el concepto de derecho, en su significado de norma de derecho -ley o costumbre-, y se diferencia porque aquélla trata de su «aplicación», pura y simple, y la última de su «elaboración». Es decir, pueden ponerse en un cuadro sinóptico, que no relacione planos distintos, sino que comprenda uno solo. La ley, su aplicación o su elaboración discurren en la misma concepción del derecho, básicamente equivalente a norma jurídica.

La tercera confronta la norma de derecho objetivo, impuesta por el Estado, con los derechos humanos, en sentido de derechos subjetivos fundamentales, emanados, sea de

(26) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Bruxelles, Bruylaut-Christophe et Cia, 1887, tit. preliminar, cap. II, n. 30 pp 36 y s., «cuando se dice que el juez está encadenado a la ley, quiere decirse que no tiene derecho a someterla a control, que no les es permitido examinar si está en armonía con los principios de lo justo y de lo injusto que Dios ha gravado en nuestra conciencia». Y LIARD, *L'enseignement supérieur en France de 1789 a 1893*, vol. II, 1894, p. 397 (citado por ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del derecho*, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv. 1945 (p. 58): «los artículos del código civil son teoremas respecto de los cuales se trata de demostrar su mutuo enlace y de exponer sus consecuencias. El jurista es un puro geómetra».

(27) *Metodología de las leyes*, 232 desde el texto correspondiente a la nota 97 al referido en la nota 101, pp. 646 y s.

(28) Cfr. FRANCISCO SUÁREZ S.I., *Tractatus de legibus legislature Deo* 1, 2, nn. 4, 5 y 6; cfr. ed. bilingüe I.E.P. 1967, pp. 11 y s.

(29) Tesis de AUGUST THON, *Reichnorm und subjektives Recht*, pp. 288 y ss., cita de Federico de Castro, *Derecho civil de España. Parte General*, vol I, 3 ed. Madrid, I.E.P. 1955, V, II, V, 2, p. 635, nota 6; cfr. las citas que hace en la pág. sig. 636, notas 1 y 3.

(30) Cfr. mi *Metodología de las leyes*, 180, textos correspondientes a las notas 8, 15 y 18, pp. 464 y ss.

(31) Cfr. *ibid* 172, pp. 438 y ss.

(32) F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, XIV; cfr. 2ª ed. en castellano, Madrid, Centro Ed. Góngora, s.f., vol I, pp. 87 y ss.

principios morales-naturales o bien contruidos, o consecuentes de un consenso universal (33).

Y la primera sitúa en planos distintos: el derecho, en su sentido originario de lo justo en concreto, o la cosa justa; y la norma jurídica, en sentido amplio de instrumento básico para determinarlo. Tal como están en planos distintos la obra de arte y la regla del respectivo arte, según el similitud que empleó SANTO TOMÁS DE AQUINO (34).

5. SAVIGNY Y LA ELABORACIÓN CONCEPTUAL DEL DERECHO

La perspectiva de la mera «*aplicación*» del derecho legislado a los hechos, no requiere especiales explicaciones. Aparte de profundizar -como haremos en sus correspondientes lugares- sus momentos de vigencia histórica, mayor o menor, y su modo de realizar la intelección de las leyes.

En cambio, pienso que sí requiere un previo esclarecimiento la expresión «*elaboración del derecho*». He indicado que idea presidía su concepción por SAVIGNY, muy bien observada por ENRIQUE ZULETA (35), al explicar que el cientificismo pandectista alemán, iniciado por el mismo fundador de la Escuela histórica alemana, dada su neutralidad estimativa, que subordina la interpretación al sistema normativo, da lugar a que aquélla se interponga entre éste y su aplicación, diferenciándose de ella, porque:

- La interpretación corresponde a los científicos del derecho, y tiene una función analítica, conceptualizadora y sistematizadora.

- Y la aplicación es de los técnicos.

Según esta concepción, la interpretación -en lugar de ser una labor de mediación entre las normas y la realidad vivida, -conforme su sentido etimológico de *interpres*- se realiza, en términos generales, en tres fases: **la interpretación** en sentido estricto, que determina el *sentido normativo*; la **construcción** de los conceptos, y la **sistemática**, que corona la tarea constructiva en una síntesis hacia la unidad superior del *sistema* del derecho positivo de cada nación. La interpretación no puede salirse de éste, porque se halla subordinada a los contenidos estimativos resultantes de las normas positivas y de la sistematización en que se integran.

Con ello, esa elaboración racional y científica se inserta entre la tarea legislativa, meramente voluntarista, y la aplicativa, solo lógica y técnica.

Así, por una parte y separados entre sí, hay -explica ZULETA- «un elemento **lógico y racional** del derecho, objeto del quehacer propiamente científico, y un elemento **práctico**, alógico, e irracional, objeto de la política, de la ética, o, en su caso, de las técnicas argumentales o persuasivas». Este elemento queda reservado a los legislado-

(33) Cfr. mi *Metodología de las leyes*, 182, pp. 470 y ss.

(34) SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 2^o-2^o, 57,1, ad. 2.

(35) ENRIQUE ZULETA PUCEIRO, *Hermenéutica jurídica e historicismo*, en *Rev. de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile-Valparaíso*, n. 14, 1979, 1er trimestre dedicado a SAVIGNY vol II, pp. 710 y ss; y *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación*, II, Valparaíso EDEVAL, 1980, pp. 22 y ss.