

SUGERENCIAS ACERCA DE LOS COMPONENTES DEL DERECHO

SUMARIO: I. LOS ELEMENTOS DEL DERECHO. 1. En general. 2. Los sujetos: La personalidad. Su contenido. 3. El objeto. 4. El vínculo. 5. Integración de los elementos del Derecho: La relación jurídica. II. LOS MOMENTOS DEL DERECHO. 6. En general. 7. La norma. a) Distinción entre mandato y ordenación. b) Su unificación en el mandato organizador. c) Su naturaleza. d) Función del legislador humano en la génesis de la norma. e) La objetividad de la norma. f) La novedad de la norma. g) La norma como inspiradora. 8. El juicio. 9. La titularidad. 10. La titularidad inmediata. 11. Conexión de los momentos del Derecho. 12. Sentido en que debe entenderse esta conexión. 13. Corolario.

El Derecho, la realidad jurídica, está compuesto por una serie de principios, no es sólo un conjunto de normas. De estos componentes vamos a tratar en estas líneas, que únicamente pretenden sugerir alguna ideas sobre ellos. Distinguimos entre “elementos” y “momentos” en razón de su distinto carácter en relación al orden jurídico. Los elementos componen el Derecho en cuanto es un orden constituido; los momentos imprimen, en cambio, una dinamicidad en ese orden, por cuanto son fuerzas que lo transforman y modifican.

Por supuesto que el Derecho es siempre dinámico en relación a la realidad social; en este aspecto no puede hablarse de “estaticidad” del Derecho o de sus elementos; pero contemplado el orden jurídico en sí mismo, es evidente que los elementos no lo transforman, por lo que bien puede hablarse de aspecto estático del Derecho. Y en ese sentido hablamos aquí de estaticidad de los elementos del Derecho.

I. LOS ELEMENTOS DEL DERECHO

En general.

1. Entiendo por elementos del Derecho los principios de que está compuesto¹. Los elementos se caracterizan por ser principios del orden jurídico en cuanto que es, esto es, en su estaticidad.

1. Vide FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1955), p. 147.

Los elementos que constituyen el Derecho son: los sujetos, el objeto y el vínculo jurídico ².

Los sujetos: La personalidad. Su contenido.

2. El Derecho no es una creación artificial del hombre. Por el contrario, nos aparece como un orden en el quehacer comunitario, o sea, en las relaciones del hombre con los demás. Este orden, dinámico y estático a la vez, requiere, como es obvio, la existencia de aquello que está en orden y que se dirige, asimismo ordenadamente, a un fin. Pues bien, el Derecho es un orden de personas humanas, que son quienes, ocupando su lugar en la sociedad humana, tienden al bien común.

La persona, por lo tanto, no es un *presupuesto* del Derecho, sino un elemento integrante de él ³. La persona no está fuera del Derecho, sino que está dentro de él.

Se dice con frecuencia que el Derecho es un orden de la operación y conviene precisar este punto porque puede parecer que, si es cierto esto, la persona no integra el Derecho (la persona se consideraría en este caso como un presupuesto y centro de imputación), sino sólo la acción intersubjetiva. No se crea que la cuestión planteada es un bizantinismo; lejos de ello puede decirse que son varios, y no poco importantes, los problemas que dependen de que se acepte que la persona integra o no el Derecho.

El Derecho es, efectivamente, un orden en la operación; pero esta afirmación es cierta sólo en lo que se refiere al aspecto dinámico del Derecho. Mas este aspecto dinámico no agota toda la realidad jurídica, puesto que ésta tiene también un aspecto estático ⁴.

El Derecho es fundamentalmente el orden del hombre en el desenvolvimiento de su función social. Esta función se asienta en un ámbito personal trascendido de relatividad; es el aspecto de la perso-

2. Vide ALPHONSUS VAN HOVE, *Prolegomena*, 2.^a ed. (Mechliniae-Romae 1945), p. 19 s. ANTONIO LEVI, *Teoria generale del diritto* (Padova 1950), p. 8 ss.

3. Vide A. VAN HOVE, ob. cit., p. 20. F. CARNELUTTI, ob. cit., p. 149 ss. Sobre todo, FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte general, tomo II, parte primera (Madrid 1952), p. 9 ss.

4. Vide, JAVIER HERVADA, *El Derecho como orden humano*, en «IVS CANONICVM», V (1965), p. 416.

na humana orientado *ad alterum*. Ahora bien, la función social da lugar a la intersubjetividad, esto es, al entrelazado, derivado de un *más* y de un *menos* respecto a la participación del bien humano, de unos ámbitos personales complementados teleológicamente. Es cierto que el cumplimiento de la función social se realiza por la operación, pero no lo es menos que, antes del cumplimiento, es preciso que exista una conexión concreta entre los ámbitos personales, es decir, una situación intersubjetiva. Y esta situación, esta conexión intersubjetiva, es, no sólo anterior a la operación, sino su fundamento esencial y existencial, por dos razones: Primera, porque la operación se apoya en el ser y por ello es imposible que exista un orden en la actividad *ad alterum* que no se apoye en un orden previo de relaciones intersubjetivas. Segunda, porque el Derecho es un orden de relaciones personales configurado por el *suum* de las partes de la relación, y parece claro que, antes de dar a cada uno lo suyo, es preciso que este suyo exista; y el *suum* radica, como dijimos en otro lugar ⁵, en los ámbitos personales.

El aspecto dinámico del Derecho (actividad) presupone el aspecto estático. Por consiguiente, el Derecho es, antes que un orden de la actividad intersubjetiva, un orden de las personas en cuanto relacionadas, sobre todo si se tiene en cuenta que el *suum*, radicado en la persona, es teleológico, esto es, existe en orden a un fin; y si existe en orden a un fin y radica en la persona, es evidente que es la persona misma la que se ordena a los demás, siendo el orden de la actividad consecencial al orden de las personas con respecto a los demás.

Supuesto, pues, que las personas integran el Derecho como elementos suyos, preciso es ahora concretar qué se entiende por persona en sentido jurídico.

Normalmente se entiende por tal el *subiectum iuris*, es decir, o bien el sujeto de derechos y obligaciones, o bien el sujeto *capaz* de derechos y obligaciones ⁶.

5. *El Derecho como orden humano*, cit., p. 444 s.

6. Para la diferencia entre ambas definiciones y su significado en Derecho secular, vide F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, II-1, cit., p. 23 ss.; LUIS LEGAZ, *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Barcelona 1943), p. 50 ss. JEAN DABIN, *El derecho subjetivo*, ed. castellana (Madrid 1955), p. 131 ss. En Derecho canónico es comunmente admitida la segunda de estas definiciones; cfr. ALBERTUS TOSO, *Commentaria minoria, Liber II, De personis*, t. I (Taurini-Romae 1922); GOMMARUS MICHIELS, *Principia generalia de*

Ambas definiciones presuponen concepciones distintas. La primera corresponde más bien a un concepto abstracto y formalista del Derecho, de acuerdo con el cual la persona se considera como el centro de imputación, como el soporte, de un *status* o de un derecho subjetivo o como una calificación general del supuesto de hecho normativo, según diversas tendencias. La segunda, en cambio, tiene como base que la persona, aunque es un concepto jurídico, es algo previo al Derecho en el sentido de que presupone una cierta capacidad natural (ser persona en sentido filosófico), que es el cimiento para que el Derecho otorgue la juridicidad a esta personalidad natural y de origen a una personalidad jurídica.

Ante todo es preciso distinguir el concepto filosófico de persona de su concepto jurídico ⁷, porque son distintos.

¿En qué consiste, pues, la personalidad atribuída a una persona física individual? El Derecho es un orden de las personas humanas hacia los fines sociales. Pues bien, la personalidad jurídica no es más que el reconocimiento otorgado por el Derecho a una persona humana como poseedora de un ámbito configurado *ad alterum* que le capacita para tender al bien común (deber-ser social), ya sea al de una sociedad perfecta, ya sea al bien común general de la humanidad. Es, en definitiva, el reconocimiento por el Derecho de la personalidad humana. Ser persona equivale a *ser y estar* (y no sólo estar) en el Derecho como sujeto activo, potencial o actual, de la tensión al deber-ser, o sea, como miembro de la comunidad jurídica ⁸.

¿Corresponde este concepto de persona a ser sujeto de derechos y obligaciones? En cierto sentido sí y en cierto sentido no. Equivale, si se entiende por derechos y obligaciones cualquier tipo de ámbito potencial o actual de actividades o conductas tendentes al fin social. En cambio, no son coincidentes ambos conceptos de persona, si derechos y obligaciones se toman, respectivamente, en el sentido restringido de poder de exigencia y de su correlativa situación pasiva. La distinción establecida por los canonistas entre *ius radicale* y *ius expeditum*

personis in Ecclesia, 2.^a ed. (Parisiis-Tornaci-Romae 1955), p. 5; MATHAEUS CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici*, vol. I, 4.^a ed. (Taurini 1950), p. 129.

7. Vide J. DABIN, *El derecho subjetivo*, cit., p. 135; M. PLANIOL - G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, 2.^a ed. por SAVATIER (París 1925), p. 85.

8. Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., II-1, p. 30.

para resolver algunos aspectos de la teoría matrimonial⁹, responde, según parece, a la idea de que es posible concebir una personalidad actual en un sector determinado, cuyo contenido de derechos y obligaciones no pasa de ser virtual, potencial.

Siguiendo este orden de ideas podría decirse que un ordenamiento positivo que, admitiendo la esclavitud, otorgase la posibilidad de la manumisión, reconocería al esclavo una cierta personalidad, aunque harto limitada y en sentido lato.

Hemos definido hasta ahora la personalidad jurídica referida a las personas físicas, individuales; preciso es ahora ver si esta definición agota el concepto de personalidad.

Fácil es comprender, después de lo que hemos dicho, que esta cuestión equivale a averiguar si hay entidades subsistentes que, sin ser personas humanas, tengan una ordenación al deber-ser social en cuanto subsistentes, esto es, independientemente (en la medida en que sea posible esta independencia) de las personas humanas que las compongan.

Lo primero que salta a la vista es que la personalidad no puede referirse unívocamente a las personas físicas y a los demás entes (personas jurídicas o morales), sino que se trata de una personalidad en sentido análogo¹⁰.

El Derecho es un orden de las personas humanas hacia el deber-ser social, hacia su perfección social. Por lo mismo, las personas morales se distinguen netamente de las personas físicas. La personalidad jurídica de éstas equivale a su reconocimiento como los sujetos primarios de la realidad jurídica, o sea, como seres que tienden a su propio fin, tienen poder de desarrollar su propia actividad, son responsables de sí mismo y gozan de un ámbito de libertad¹¹; la personalidad de la persona física consiste en su reconocimiento como aquel elemento del Derecho cuya perfección en la esfera de su función so-

9. Sobre el alcance de esta distinción ya tratamos en otra ocasión, vide J. HERVADA, *El matrimonio «in facto esse». Su estructura jurídica*, en IVS CANONICVM, I (1961), pp. 149 ss.

10. En este sentido, vide F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., II-1, p. 30.

11. Cfr. F. DE CASTRO, ob. cit., p. 31. LUDOVICUS BENDER, *Philosophia iuris* (Romae 1955), p. 103.

cial es el primer principio informador de éste y su fin último¹². En cambio, la persona moral no es sujeto primario de la realidad jurídica, sino que es esencialmente instrumental. Si la persona humana está sometida al Derecho, lo está sólo porque este sometimiento radica en un constitutivo de ella misma (su función social), pues el Derecho no es heterónomo respecto al ser del hombre sino que, cuando es verdadero Derecho, es una ley del ser humano¹³. No es este el caso de las personas morales. Estas son entes instrumentales cuya misión es la de coadyuvar al fin social que por las personas físicas debe ser conseguido. Las personas morales colegiales nos aparecen como un entrelazado de ámbitos personales que, completándose mutuamente, constituyen una unidad distinta y potenciada, respecto a sus componentes, dirigida a la consecución de una parcela del bien común. Las no colegiales¹⁴ son masas de bienes que, independizándose, se adscriben a una finalidad concreta en orden al deber-ser social. En ambos casos, la instrumentalidad de la persona moral aparece claramente. Tanto en uno como en otro, la persona moral cumple una misión de cooperación respecto a las personas humanas. Esta instrumentalidad se pone de relieve, además, si se tiene en cuenta que son creaciones del Derecho. No que sean ficciones, sino que su personalidad es creación del Derecho¹⁵. Es cierto que la persona humana es jurídica en cuanto que *asumida* por el Derecho; pero no es creada por él, porque la persona física, en cuanto jurídica, refleja una realidad que ya existe en ella, de manera que la personalidad jurídica del individuo humano no es más que un modo de ver su personalidad ontológica. Por el contrario, la persona moral no es, en el plano de la realidad, persona; cuando el Derecho le otorga personalidad jurídica no reconoce una personalidad ontológica existente; contempla una realidad, pero no una personalidad. La personalidad del ente moral es creada por el Derecho. Mas si es cierto esto, parece evidente que las

12. Vide, sobre la instrumentalidad del Derecho canónico en relación a la persona, PEDRO LOMBARDÍA, *Derecho divino y persona física en el ordenamiento canónico*, separata de «Temis», núm. 7 (1960), p. 199; GIUSEPPE OLIVERO, *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico* (Milano 1953), p. 31.

13. Cfr. FRANCESCO OLGIATI, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, 4.ª ed. (Milano 1955), pp. 173 s.

14. Algunos autores niegan que las personas morales colegiales tengan personalidad jurídica. En este sentido, vide L. BENDER, ob. cit., p. 100.

15. Un resumen completo de las diversas teorías acerca de la naturaleza de la persona moral puede verse en L. LEGAZ, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cit., pp. 514 ss.

personas morales son esencialmente instrumentales, ya que el Derecho, por ser el orden de las personas humanas en su dirección al deber-ser social, cuando crea algo, lo hace como instrumento de las personas hacia los fines sociales¹⁶. Precisamente por esto, el Estado es persona moral, mientras que la Iglesia es algo más que una simple persona moral¹⁷. Dicho de otro modo, el Estado es creado por el Derecho y por ello es siempre instrumental respecto a sus componentes¹⁸; en cambio la Iglesia no es creación del Derecho sino que es un *corpus* con unidad ontológica, aunque sin confusión de personalidades respecto a sus miembros¹⁹.

Acabamos de ver en qué se diferencia la personalidad referida a las personas físicas y a las personas morales y es preciso que ahora digamos en qué se asemejan.

Si la personalidad jurídica de los individuos humanos es el reconocimiento ante el Derecho de una *substantia subsistens in rationali natura*, la de las personas morales tiene que crearse sobre la base de configurarlas como entes subsistentes dotados de una "racionalidad", esto es, de una voluntad (y en tanto que voluntad, una razón), propia y distinta de la de sus componentes.

No podemos detenernos (sobrepasaría el objeto de este apartado) en plantear ni en resolver los problemas que esta subsistencia lleva consigo²⁰. Pero el hecho es que la persona moral nos aparece como un ente al que se le reconoce una subsistencia, una existencia *por sí*²¹. Esta subsistencia —y ello va incluido en el concepto mismo de personalidad jurídica— debe entenderse en el sentido de ser una subsistencia en orden a los fines sociales. Es decir, la persona moral nos

16. Sobre la instrumentalidad de las personas morales, vide J. DABIN, *El derecho subjetivo*, cit., p. 177. Aunque este autor se refiera concretamente a las asociaciones (personas morales colegiales en términos canónicos), con mayor razón se pueden extender sus afirmaciones a las fundaciones (personas morales no colegiales).

17. Concretamente es una persona mística, y, en cuanto tal, su personalidad jurídica se configura de algún modo distintamente a la simple persona moral. Sobre la Iglesia como persona mística, vide EMILIO SAURAS, *El Cuerpo místico de Cristo* (Madrid-Valencia 1952), pp. 892 ss.

18. Vide F. OLGATI, *La giuridicità...*, cit., pp. 102 ss.

19. Vide, sobre el exacto sentido de unidad ontológica respecto a la Iglesia, E. SAURAS, *El Cuerpo místico de Cristo*, cit., pp. 881 ss.

20. Vide, sobre este punto, J. DABIN, *El derecho subjetivo*, cit., pp. 152 ss.; FRANCESCO FERRARA, *Teoría de las personas físicas*, ed. castellana (Madrid 1929).

21. Cfr. J. DABIN, *El derecho subjetivo*, cit., p. 201.

aparece como un ente teleológicamente constituido hacia la consecución del fin social, ya de modo total (corporaciones de Derecho público, beneficencia, etc...) ya en cuanto se dirige a la utilidad privada de sus componentes (sociedades mercantiles, etc...). En cualquier caso, la dirección a un bien social es constitutivo de las personas morales²²; la trascendencia *ad alteros* (ya sean sus componentes, ya sean terceros) de los bienes conseguidos por la persona moral, reside en su misma razón de ser.

Subsistencia y trascendencia *ad alteros* (función social) son los puntos de semejanza entre la persona moral y la persona física. Ambas, pues, son personas ante el Derecho, aunque lo son análogamente, tanto porque es análoga la subsistencia de los dos tipos de personas, como por la instrumentalidad esencial de las personas morales, instrumentalidad que no es propia de las personas físicas.

De lo dicho se desprende que, aunque en el sentido indicado, la personalidad moral puede definirse asimismo como un *ser* y un *estar* en el Derecho unos entes, compuestos por personas singulares o masas de bienes, como miembros de la comunidad jurídica.

Una vez que hemos visto en qué consiste la personalidad, debemos responder a la pregunta: ¿quiénes son personas?

Este interrogante se plantea con respecto a las personas físicas y no con respecto a las personas morales, porque, siendo éstas una creación del Derecho, serán tales aquellos entes a quienes el Derecho reconozca personalidad a través de la norma (natural, divino-positiva o humana) o por un acto de concesión por parte de la autoridad.

La cuestión aquí propuesta se reduce a resolver quienes son personas físicas. Que persona física sólo lo puede ser el hombre es una consecuencia lógica de la definición de personalidad que hemos dado; pero ¿lo son todos los hombres? Pregunta ésta que más exactamente se traduce en otra: ¿el Derecho reconoce la personalidad a todos los hombres?

La respuesta no puede menos de ser afirmativa. Todo hombre, por el mero hecho de serlo, tiene un ámbito trascendente *ad alteros*

22. Cfr. J. DABIN, ob. cit., pp. 162 ss.

y una función social impresa en él por tener la naturaleza humana. El Derecho, contemplando esta realidad ontológica, le concede personalidad jurídica; lo contrario constituiría un desorden, ya que el orden en todo hombre es que pueda desenvolver (como contrapartida del deber que sobre él recae) la función y el destino que le han sido asignados. Y desorden y Derecho (que es orden) son contradictorios.

No deben entenderse las palabras anteriores en el sentido de que el Derecho debe reconocer a todo hombre la personalidad jurídica, de modo que si no lo hace habrá una falta de Derecho, pero el individuo humano no reconocido carecerá de personalidad. Lo que se afirma es que el Derecho siempre reconoce la personalidad a todo hombre, porque basta que exista, para que haya una norma de Derecho (natural y positivo o sólo natural) que le reconozca su calidad de sujeto primario del orden jurídico. La privación de esta personalidad —mejor, de su ejercicio— es una situación de violencia contraria a Derecho —a un Derecho que existe— y no carencia de una norma que la reconozca.

La personalidad jurídica de los individuos humanos refleja algo dado al Derecho y como *ubi homo, ibi societas* y *ubi societas, ibi ius*, donde hay hombres relacionados *hay* personalidad, porque si el Derecho es ley del ser humano, donde hay unos hombres relacionados con una función social, hay una ley que los dirige ²³. Y en tanto que hay función social y hay ley (que no es más que el orden dinámico de la función social) hay personalidad, ya que la personalidad jurídica no es sino la dinamicidad de la función social del hombre respecto a la esfera de esta función que dice relación con las actividades intersubjetivas. Por lo demás, es claro que es imposible que exista función social sin ley, puesto que la función social la exige por definición, ya que es esencialmente dinámica; es decir, presupone la ley. De ahí que, pues todo hombre constitutivamente tiene una función social, la personalidad jurídica del hombre es de Derecho natural, de modo que el Derecho positivo no tiene más misión que el despliegue ordenado de esta personalidad.

23. En efecto, la función social es connatural en la persona humana, es una dimensión suya; donde hay hombre hay función social. Pero la función social es dinámica, y como no hay dinamismo sin ley, es claro que donde hay una persona hay ley, hay Derecho. Todo hombre es persona jurídicamente en virtud del mismo Derecho natural.

Por ello, si bien es cierto que la personalidad en sentido jurídico no equivale en sí misma a ser sujeto de derechos y obligaciones, lo cierto es que todo hombre, por el mero hecho de serlo, tiene unos derechos y unos deberes inherentes a su condición de individuo dotado de naturaleza humana²⁴. Estos derechos más que *derechos de la personalidad* son bienes que están en la persona humana (en sentido ontológico) y en cuanto jurídicamente protegidos integran un estatuto jurídico personal, apoyado en la personalidad como cualquier otra situación jurídica, pero claramente distinto de ella²⁵.

El elemento personal del Derecho se nos presenta configurado del modo que a continuación exponemos.

El Derecho contempla al hombre como principio de operación, de actividad intersubjetiva, aunque no precisa y únicamente como operante. La personalidad jurídica (o sea, la consideración del hombre, o análogamente de otros entes, como principios activos en orden al deber-ser social), en consecuencia, está lógicamente configurada equivalentemente a la personalidad ontológica, puesto que en definitiva no es más que un modo de ver esta personalidad en sentido filosófico.

La personalidad jurídica consiste esencialmente en *ser* en el Derecho²⁶, en recibir la consideración de miembro de la comunidad jurídica. Y del mismo modo que el hombre, filosóficamente considerado, tiene unas potencias, sentidos, etc..., la personalidad jurídica tiene un *contenido* que se despliega en derechos, obligaciones, facultades, etc...; es decir, en una *capacidad* y en una *titularidad* que comprenden, como integrantes de éstas, capacidades parciales (para tal o cual situación jurídica) y titularidades diversas (sujeto de este o aquel derecho).

Así como la persona en sentido filosófico abarca realmente, tanto aquello que constituye la más íntima esencia del ser personal,

24. Vide, sobre este punto, el interesante trabajo de FEDERICO DE CASTRO, *Los llamados derechos de la personalidad*, en «Anuario de Derecho civil», XII (1959), pp. 1237 ss. y la amplia bibliografía allí citada.

25. Cfr. F. DE CASTRO, *Los llamados derechos de la personalidad*, cit., pp. 1260 ss.

26. «Ser persona no es sólo la posibilidad de tener derechos, es ser en el Derecho y tener, sólo por ello, una situación jurídica». F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., II-1, p. 29.

como sus potencias, sentidos, accidentes, etc...., pero es posible distinguir ambos aspectos, así también en la personalidad jurídica se puede distinguir entre la personalidad en sentido estricto (*ser en el Derecho*) y su contenido (situaciones jurídicas) ²⁷.

La persona está integrando el Derecho en calidad de sujeto; y como el Derecho es un orden de relaciones intersubjetivas, el concepto jurídico de persona se resuelve muchas veces en el de *parte*, en el sentido de que las personas son a menudo tratadas como partes, esto es, en tanto que una persona se encuentra *junto, ante o frente a otra* ²⁸.

La persona es parte en cuanto está en una situación jurídica, o sea dotada de intersubjetividad. Pero la posición de una persona respecto a una relación concreta puede revestir dos formas: parte en sentido propio y parte instrumental. En el primer caso el sujeto está en calidad de titular de las situaciones jurídicas vinculadas entre sí. En el segundo, cumple la función de coadyuvante o sustituto del titular (tutores, consultores, administradores, etc....). Claro está que ser parte instrumental lleva generalmente ser parte en sentido propio de relaciones conexas a la relación de la que se es parte instrumental ²⁹.

El contenido de la personalidad consiste en el conjunto de situaciones jurídicas de la persona derivadas de su situación primaria: estar en el Derecho.

Lo primero que salta a la vista es que el contenido es un reflejo de la personalidad, de forma que las situaciones que lo integran se hallan en función de la posición que el sujeto ocupe en el ordenamiento; esto es, se configuran en razón de la misión y de las funciones del sujeto con respecto a la consecución del fin de la sociedad. El contenido no es el que moldea la amplitud de la personalidad. Es ésta la que configura al contenido y su amplitud.

27. Sólo en este sentido es admisible la postura de Van Hove, que distingue entre *sujeto* y *título* como elementos diversos del Derecho (*Prolegomena*, cit., pp. 19 s. y p. 23). Es preciso advertir una vez más que el «bien común», la «verdad», etc., no son sujetos de derechos; sólo la persona lo es y sólo en la personalidad radica el título.

28. Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoría general...*, cit., p. 161.

29. Cfr. F. CARNELUTTI, ob. cit., pp. 162 s.

La persona *está* en el Derecho como ineludible consecuencia de *ser en él*. Este estar supone ocupar un lugar determinado, ejercer una función, respecto a la obtención del bien común. Todo orden, estático o dinámico, no es más que la *recta ratio rerum ad finem*; esto es, en nuestro caso concreto, la recta disposición (en sentido objetivo) de cada persona en el ordenado ir hacia la consecución del *bonum commune*. Pero si el aspecto dinámico del Derecho es un ir, presupone antes un ser y un estar. Primero ser, porque *operatio sequitur esse*; segundo estar, porque el Derecho es un orden y estar no es otra cosa que el hecho de engranarse en este orden. El ser lleva en sí el tener unos ámbitos personales trascendidos *ad alteros*; el estar aporta la intersubjetividad, esto es, la conexión efectiva con los demás, el pasar a ser un elemento del orden. Estos ámbitos personales, en la medida en que son objeto de ordenación por el Derecho, revisten dos caracteres: unos son prevalentemente personales, es decir, están dirigidos al *bonum privatum* de su titular, de modo que la función social de los demás se dirige a proteger a estos ámbitos (bienes morales, corporales o patrimoniales) contra las ingerencias ajenas, proporcionando así una garantía que el titular es normalmente incapaz de poseer por sí sólo³⁰. Al mismo tiempo estos ámbitos personales están abiertos en mayor o menor grado al *bonum commune*³¹. En estos supuestos, el vínculo que une el ser con lo suyo no tiene su fundamento en el Derecho sino que le es *dado* por la moral al Derecho, quien le otorga la juridicidad en atención a su relación *ad alteros* y en la medida en que están matizados por la función social propia o de los demás³². Así, los bienes morales o corporales son propios de la persona, en virtud de su ser y de su dignidad y son bienes para sí (aunque también están matizados en parte por la función social).

Otros ámbitos son prevalentemente sociales y se dirigen fundamentalmente al *bonum commune*; su razón de ser es la tras-

30. Esta protección resulta normalmente de la combinación de la justicia conmutativa (respeto libremente otorgado por las demás personas) y de la justicia distributiva (policía, etc...).

31. Así se justifica la expropiación, la requisita en tiempos de guerra, la obligación del soldado de exponer su vida, etc. Asimismo, la apropiación o lesión de bienes ajenos en caso de extrema necesidad, los impuestos, la obligación de no dejar infructíferos los bienes poseídos, etc...

32. Se comprende que la intervención más aparente y frecuente del Derecho en estos ámbitos sea la protección. Su regulación interna es propio de las normas morales,

endencia *ad alteros*. No por ello, sin embargo, dejan de ser ámbitos personales, pero, a diferencia de los anteriores, se caracterizan por residir en la persona en función de los demás.

Hemos dicho que la personalidad lleva ineludiblemente, junto al ser en el Derecho, un estar en él; estar que, como situación en un orden que consiste en una *conspiratio* armónica *ad bonum commune*, implica una función concreta a realizar por el sujeto.

Si el ser (y con él el *tener*) y el estar del sujeto en el Derecho es teleológico (función a realizar), el contenido de la personalidad se resuelve, en primer lugar, en una capacidad en orden al tener, llamada capacidad jurídica; en segundo lugar, una capacidad en relación al actuar, denominada capacidad de obrar. La primera consiste en la posibilidad de ser sujeto de situaciones jurídicas, esto es, de ocupar un lugar determinado en la tensión al deber-ser social (fines sociales). La segunda, es la posibilidad de imprimir un dinamismo en el orden social, de acuerdo con la capacidad jurídica. Y junto a ambas capacidades existe, como núcleo central del contenido de la personalidad, la titularidad.

La capacidad jurídica se resuelve en la posibilidad de ser titular; la capacidad de obrar, en la de *usar* (disponer, ejercer, modificar, etcétera...) de las situaciones de las que el sujeto es titular.

Capacidad jurídica, capacidad de obrar y titularidad forman el contenido de la personalidad. Dentro de este contenido, en el que se incluyen todas las situaciones jurídicas en que se puede encontrar la persona, cabe distinguir un aspecto importante: el *status*, que constituye la situación jurídica fundamental de la persona, sobre la que se apoyan todas las demás. Es la concreción (*status* global), o concreciones (*status* parciales), más típica y nuclear del *estar* o *modos de estar* la persona en el Derecho.

El *status* global³³ de la persona, como ordenación en relación

si bien a medida que la función social va siendo más relevante, mayor es la intervención del Derecho. Es lo que ocurre, v. gr., modernamente con la empresa, en la que la intervención normativa (leyes, convenios colectivos...), o la de fuerzas sociales (sindicatos, cogestión, etc...) es gradualmente mayor.

33. En la persona concurren normalmente varios estados, en sentido técnico, de manera que puede hablarse de un *status* global que abarca otros estados. Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., II-1, p. 71.

al *bonum commune*, recibe un influjo metajurídico. El Derecho ha de ser calificado, como *verum* (verdad práctica), lo que supone que, junto a lo que de totalmente nuevo pone el Derecho, hay en él algo que es un reflejo de la realidad social. Por ello el contenido de la personalidad existe en función de la persona ontológicamente considerada.

Queremos decir con ello que el *status* fluye de la persona, en el sentido de que su situación real es el módulo de su situación jurídica. La capacidad jurídica, la capacidad de obrar y la titularidad que lo integran se configuran de acuerdo con la función y la situación real de la persona. Decíamos en otro lugar ³⁴ que el Derecho no es un sistema de limitaciones sino que es un orden perfectivo; si establece alguna limitación, es que tal limitación se halla en la persona humana, y, en cualquier caso, la limitación establecida por el Derecho es perfectiva. En este sentido podemos decir que el *status*, cuando otorga un más o un menos, lo hace siempre de acuerdo con la función que desempeña ³⁵ el sujeto en el orden jurídico y con las posibilidades naturales de la persona. Así, la restricción de la capacidad de obrar de la mujer casada sólo será debida a una norma jurídica (*lex* y no *corruptio legis*) en la medida en que tal restricción contribuya al buen funcionamiento de la familia en una época histórica determinada. Cuando este supuesto se dé, parece claro que tal restricción no es una verdadera y propia limitación, ya que es el orden de la función de la mujer casada; y tal función es perfeccionadora y no limitadora. Asimismo, la restricción de dicha capacidad en los menores, en los privados de uso de razón, en los pródigos, etc..... no es, supuesta una carencia en ellos, limitadora sino perfeccionadora, ya que implica sustituciones (tutela, etc...) que ordenan en los tales la función social de sus ámbitos personales.

La dependencia del *status* con el ser y el estar de la persona en el ordenamiento jurídico lleva consigo una importante consecuencia. El *status* no significa siempre, aunque sí a menudo, una carac-

34. Vide J. HERVADA, *El Derecho como orden humano*, cit., pp. 413 ss.

35. Así ha dicho Ihering (*El espíritu del Derecho Romano*, t. IV, § 70) que los derechos no protegen nada inútil; la utilidad y no la voluntad es la sustancia del Derecho. En este mismo sentido, JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE (*La idea de explotación en el Derecho civil actual*, en «Revista de Derecho Privado», 44 (1960), p. 361) afirma que el no uso de la cosa pone de relieve la injustificación del derecho correspondiente.

terización de la capacidad de obrar³⁶. Evidentemente el *status* global de la persona lleva consigo una caracterización de la capacidad de obrar, pero no es necesario que tal ocurra en los *status* parciales que lo compongan. Esto es debido a una razón: el *status* (y aquí nos referimos a los estados parciales) es un modo de estar la persona en el proceso tensivo al deber-ser social. Pues bien, puede haber modos de estar (y como tales condiciones estables) que siendo relevantes jurídicamente, no lleven, sin embargo, una modificación en la citada capacidad³⁷.

El *status* es, repetimos, un modo de estar la persona respecto a la tensión al bien común. Pero de lo que hemos dicho anteriormente claramente se deduce que este modo de estar, que constituye la concreción más típica del contenido de la personalidad, es una manifestación directísima del ser ante el Derecho.

El contenido de la personalidad puede revestir diversas formas; las más importantes, aunque no únicas, son el derecho y el deber³⁸.

El objeto.

3. El Derecho tiene un aspecto factible porque tiene un elemento objetivo; este elemento, el objeto, será tema de estudio a continuación, aunque muy brevemente.

El Derecho es un orden dinámico que, como tal, supone un movimiento de las personas hacia un fin. Pues bien, junto al elemento personal, el Derecho tiene otro elemento, constituido por el *motus* de las personas hacia el *bonum commune*. Este movimiento es el *obiectum iuris*, el objeto del Derecho, constituido por las *operationes* de las personas en orden a un fin. El elemento objetivo del Derecho, su objeto, es la *prestación* o actividad de las personas que constituyen el efectivo y actual cumplimiento de su misión y de sus deberes.

36. En un sentido contrario, F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., II-1, p. 71.

37. Un interesante estudio sobre el concepto de estado puede verse en FRANCISCO DE A. SANCHO REBULLIDA, *El concepto de estado civil*, en «Libro Homenaje al Dr. Serrano y Serrano», vol. I (Valladolid 1963), pp. 741 ss.

38. Vide, sobre estas manifestaciones, PIO CIPROTTI, *Lezioni di diritto canonico* (Padova 1943), pp. 123 ss.; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 209 ss.; F. DE CASTRO, ob. cit., 15 ss.

¿Son las cosas objeto de Derecho? Es necesario concluir que, propiamente hablando, no. El Derecho, por ser un orden de las personas, a lo que se dirige es a ordenar las personas en sus conductas intersubjetivas; no a ordenar cosas, sino operaciones. Por lo mismo, aquello que constituye el elemento objetivo del Derecho, aquello que constituye el término del orden jurídico, es la prestación y no las cosas. Estas, más que elementos del Derecho, son puntos de referibilidad del orden. El Derecho toma en cuenta las cosas como punto de referencia de las conductas intersubjetivas, pero, en cualquier caso, las cosas no son ordenadas por el Derecho más que oblicuamente, de rechazo, en cuanto que, ordenando conductas que versan sobre las cosas, éstas resultan ordenadas por él ³⁹.

El vínculo.

4. Las personas y el objeto no agotan el Derecho considerado estáticamente. La intersubjetividad, que es característica del orden jurídico, hace que exista otro elemento además de los citados: el vínculo.

El Derecho contempla las personas humanas relacionadas, o sea, dotadas de ámbitos personales trascendidos de alteridad. Cuando por naturaleza o por situación los ámbitos personales se hallan conectados, el Derecho asume esta conexión y la transforma en vínculo jurídico. Es precisamente el vínculo jurídico el que produce, en realidad, la conexión entre estos ámbitos personales, porque antes de que el vínculo jurídico (de Derecho natural o positivo, según los casos) exista, más que una efectiva conexión, lo que hay es una expectativa, ya que, como se puso antes de relieve, la intersubjetividad supone un orden como teleológica que es; y el orden de las actividades intersubjetivas es el Derecho, teniendo en cuenta además que el teleologismo que configura al hombre es anterior a él, en el sentido de que presupone una idea de este orden preexistente y que le es infundido.

Por ello, el vínculo jurídico es un elemento del Derecho, ya que

39. Vide. sobre este punto, L. BENDER, *Philosophia iuris*, cit., pp. 47 ss.; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 344 ss. En general, la mayoría de los juristas seculares. Para Jaime M.^a Mans (*Hacia una Ciencia general del Derecho*, 2.^a ed., Barcelona 1962, pp. 120 ss.) el objeto del Derecho es el interés.

es el constitutivo de la *cooperatio* de las personas al deber-ser social. Por él existe la actual y efectiva unión de los sujetos del Derecho, unión que es un elemento esencial para que pueda existir el orden jurídico.

Integración de los elementos del Derecho: La relación jurídica.

5. El proceso que hemos seguido hasta el momento en el estudio de los elementos del Derecho ha sido analítico; parece necesario ahora dar una visión sintética de estos elementos. El Derecho se resuelve en definitiva en el orden jurídico, pero como este orden se compone de órdenes parciales, de situaciones ordenadas, parece conveniente referirse primeramente a la síntesis de estos elementos respecto a los sectores parciales del ordenamiento.

Estos sectores se configuran en su forma más primaria como relaciones jurídicas.

¿Qué es y cómo está constituida una relación jurídica? La relación jurídica consiste en una unión entre dos o más sujetos contemplada y protegida por el Derecho, unión que supone, como todas las uniones, la existencia de un principio organizador que la mantiene.

El carácter jurídico de una relación significa que dicha unión se refiere a ciertas situaciones jurídicas de los sujetos, porque la contemplación o protección por el Derecho (en esta contemplación o protección radica la juridicidad, el carácter jurídico es algo) respecto a una persona supone siempre el nacimiento en ella de una situación jurídica. Por consiguiente, la relación jurídica comprende, en primer lugar, la existencia de unas situaciones jurídicas.

Mas la relación, por su misma naturaleza, es decir, por ser una unión jurídica entre dos personas, supone una conexión entre sus situaciones respectivas. Esta conexión, por otro lado, no es extrínseca a estas situaciones jurídicas sino intrínseca, nace de su misma entidad. En efecto, una situación jurídica activa o pasiva, si bien puede considerarse abstractamente como entidad aislada, en concreto no existe nunca sin que sea referida a otra situación jurídica⁴⁰. Así, v. gr., un derecho subjetivo, como poder de exigir, supone

40. Vide P. CIPROTTI, *Lezioni...*, cit., p. 131.

siempre en alguien un deber de allanarse a esta exigencia; donde no hay a quien exigir, existirá una posibilidad de actuar, pero no un derecho. Y, en todo caso, una posibilidad de actuar, una facultad, sólo será jurídica cuando suponga en otro u otros un deber de respeto hacia ella, es decir cuando tenga la nota de intersubjetividad. Lo mismo podemos decir de una sujeción: sólo la existencia de una potestad hace posible que ésta exista, y viceversa, aunque naturalmente siempre será anterior una de las dos situaciones ⁴¹.

Esta conexión entre las situaciones jurídicas integrantes de la relación no se produce inmediatamente, sino de modo mediato a través de los sujetos. En efecto, el Derecho tiene como término las personas, nunca las cosas ⁴². Esto quiere decir que cualquier tipo de cosas o entidades no son contempladas por el Derecho directamente sino en cuanto que están referidas a un sujeto. Por otra parte, la intersubjetividad inherente a todo lo jurídico supone un contacto entre personas, lo que lleva consigo que el Derecho, al crear una situación jurídica en un sujeto la crea como un modo de estar jurídicamente el sujeto junto a los demás. Es decir, el contacto entre personas lleva consigo la necesidad de acotación de ámbitos de libertad y esta acotación tiene siempre como consecuencia una posición ventajosa en uno de los sujetos relacionados, en cuanto que le otorga un ámbito de bienes y, al mismo tiempo, una situación desventajosa en los otros sujetos, puesto que deben respetar el ámbito que al primero ha sido asignado ⁴³. Estas situaciones de los sujetos ante los demás les otorgan una posibilidad o les imponen un deber. Posibilidad o deber, no contemplados en sí mismos, sino como modos de estar el sujeto junto a los demás ⁴⁴; esto es, jurídicamente el sujeto podrá actuar o exigir respecto a otros, que deben omitir o hacer, y viceversa.

Este poder de actuar o exigir de un sujeto no se conecta, por lo

41. Aunque normalmente se sostiene la prioridad del derecho subjetivo sobre el deber, no faltan autores que afirmen lo contrario. A esta última opinión parece inclinarse CIPROTTI, *Lezioni...*, cit., p. 131.

42. Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena*, cit., p. 23.

43. Vide, en un sentido semejante, P. CIPROTTI, *Lezioni...*, cit., p. 123.

44. No es posible contemplar en sí misma la situación jurídica de un sujeto, desde el punto de vista jurídico, porque este ángulo de enfoque exige verla siempre en orden a otro sujeto, ya que la intersubjetividad es carácter esencial del Derecho. Así, por ejemplo, el derecho a la vida que tiene todo hombre, en cuanto que es derecho, supone en los demás el deber de respetarle ese bien y el de acudir en su auxilio.

tanto, inmediatamente con el deber de omitir o hacer del otro, sino mediatamente, en cuanto que estas situaciones conceden al sujeto el poder actuar frente a otro sujeto o exigirle algo, y a este otro le imponen un deber de hacer u omitir respecto al primero.

La conexión entre las situaciones jurídicas que la relación abarca no es, pues, inmediata entre ellas, sino mediata a través de los sujetos titulares, ya que son éstos los términos de la relación, y sus situaciones jurídicas no son otra cosa que modos propios de estar ellos ante los demás.

Una consecuencia importante de que la conexión entre las situaciones jurídicas nazca, como hemos visto, de su misma naturaleza es que la relación es anterior, como *prius* ontológico, a ellas; sólo la relación hace posible que surjan unos derechos y unos deberes correlativos, porque sin relación éstos no tienen posibilidad de existencia. En efecto, hemos dicho que una situación jurídica sólo puede existir cuando hay otra situación correlativa opuesta (pasiva si la anterior es activa y viceversa); esta necesidad intrínseca de conexión de estas situaciones supone una necesidad intrínseca de que entre sus titulares exista una unión con prioridad lógica y ontológica a las citadas situaciones, ya que, según hemos visto, no hay entre aquellas situaciones una conexión inmediata, sino mediata a través de los sujetos. Pero esta unión entre los sujetos titulares de estas situaciones es ya la relación, según dijimos al principio; en consecuencia, esta es el soporte de las situaciones jurídicas y su *prius* ontológico.

De cuanto llevamos dicho se desprende, en primer lugar, que la relación es distinta de las situaciones jurídicas de los sujetos y su soporte; estas situaciones jurídicas son el contenido de la relación. En segundo término, que los sujetos son parte integrante y esencial de la relación, que sin ellos no puede existir⁴⁵.

De este examen de la relación jurídica se desprende que ésta es un todo orgánico que no puede confundirse con el derecho subjetivo

45. Parece innecesario advertir que el concepto de relación que aquí manejamos es un concepto elaborado en el plano de la Ciencia del Derecho, no en el de la Filosofía. Cfr. JOAQUÍN FERRER ARELLANO, *Filosofía de las relaciones jurídicas* (Madrid 1963), pp. 157 ss. y 173.

y su correlativo deber, sino que teniendo sobre éste la prioridad ontológica, le abarca junto con otros elementos, como los sujetos.

Analícemos, ahora, el punto de apoyo de la relación, es decir, dónde radica el principio organizador (aludido al principio) de este conjunto de elementos que no permite su disgregación.

Hemos dicho, y sobre ello no cabe dudar, que una relación es jurídica cuando goza de la protección del Derecho, ya que, en caso contrario, quedaría reducida a una mera relación social.

Esta protección del Derecho no es arbitraria porque hay relaciones sociales que por su naturaleza piden dicha protección; en estos casos la relación social exige que la norma actúe y la respalde dándole carácter jurídico. Unas veces, la relación social se transforma en jurídica por voluntad directa del legislador divino o humano; otras, éste, respetando la autonomía privada, da eficacia jurídica a la relación social creada por la voluntad de las partes. Mas independientemente de cual haya sido la causa eficiente que le ha dado origen, es evidente que una relación jurídica persistirá mientras el Derecho la proteja, aunque ello se haga independientemente de la voluntad de los sujetos; y del mismo modo desaparecerá, al menos jurídicamente, cuando el ordenamiento le retire la antedicha protección. El principio jurídico sustentador de la relación radica es la norma protectora, basada en una razón de justicia. Así se comprende la elasticidad de ciertas instituciones jurídicas como, por ejemplo, la propiedad. Si ésta existe en aquellas ocasiones en que su contenido queda reducido a la mínima expresión, como ocurre con el nudo propietario, es porque la norma atribuye a su titular una determinada situación en esta compleja relación jurídica que es la propiedad.

Es la norma la que, en última instancia, da unidad a la relación y su sustentadora. Pero, ¿por qué actúa la norma manteniendo la relación? Indudablemente lo hace para conseguir una peculiar organización justa, ya que el Derecho tiene como fin el orden social justo. Es, por consiguiente, un principio de justicia conmutativa, legal o distributiva, el principio de unidad de la relación jurídica.

Visto ya por qué actúa la norma nos queda por analizar cómo actúa.

Hemos dicho que la relación jurídica es una unión entre dos

sujetos; pues bien, la norma actúa vinculando a éstos en aquello que respecta a determinados fines y, como consecuencia de ésto, creando, refiriendo y conectando las situaciones jurídicas respectivas.

La norma actúa, pues, de dos maneras: primariamente, creando o apoyando la creación y el mantenimiento de la unión de dos sujetos en determinada parte de su personalidad jurídica y refiriendo unas posibilidades jurídicas de un sujeto a otro; secundariamente, creando o protegiendo unas situaciones jurídicas en los sujetos, vinculadas entre sí, que pueden tener muy diversas manifestaciones: derecho-deber, potestad-sujeción, facultad-obligación, exclusión de terceros..., advirtiendo que no siempre el contenido de la relación es un derecho-deber, porque una situación jurídica puede plasmarse de modo distinto.

La vinculación inmediata entre los sujetos de la relación es precisamente el vínculo jurídico. Este vínculo consiste, como dije, en la conexión de dos sujetos en orden a determinada parte del desenvolvimiento de su personalidad jurídica, produciendo, por tanto, una referibilidad entre determinadas situaciones jurídicas de aquéllos. El vínculo es la piedra angular de la relación jurídica.

Visto como se engranan los elementos que constituyen la relación jurídica, podemos definir a ésta como "la situación jurídica en que se encuentran respectivamente unas personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico" ⁴⁶.

La relación es un todo orgánico, una situación jurídica cuya estructura comprende: a) unos sujetos; b) un contenido, que son las situaciones derivadas o subordinadas en que quedan cada uno de los sujetos; c) un principio jurídico (que preside la relación y le da unidad) que obedece a una peculiar finalidad organizadora, que tratan de conseguir las normas en el ordenamiento jurídico; d) un vínculo entre los sujetos de la relación en orden a determinado desenvolvimiento de su personalidad jurídica. Si además tomamos la relación jurídica no sólo en lo que afecta a la estructura jurídica sino en su sentido total, habría que añadir otro elemento: e) la ma-

46. Vide F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., I, p. 621.

teria social a que afecta ⁴⁷. La relación jurídica no es, pues, el conjunto de derechos y deberes cuyos titulares son unos mismos sujetos y dirigidos a proteger una determinada finalidad, sino el conjunto que comprende todos los elementos que hemos citado. El derecho y el deber no son la relación, sino su contenido; aunque no siempre este contenido sean derechos y deberes, sino otras situaciones jurídicas distintas.

En definitiva, teniendo en cuenta lo que ya hemos dicho respecto a la personalidad, podemos decir que la relación es fundamentalmente la unión teleológica de dos o más personas en una parcela de su personalidad, unión que normalmente se despliega en un conjunto de derechos y deberes, aunque no siempre.

Los elementos del Derecho se integran en situaciones jurídicas parciales: las relaciones. A su vez las relaciones se engranan, a veces, en unidades superiores, las instituciones, y, en definitiva, en el ordenamiento canónico.

II. LOS MOMENTOS DEL DERECHO

En general.

6. Si el Derecho es, además de un orden estático, un orden dinámico, junto a los elementos estáticos hay unas fuerzas impulsoras de su dinamismo; son los momentos del Derecho. Estos son: la norma, el juicio, la titularidad y la titularidad inmediata.

La norma.

7. El momento del Derecho que es preciso estudiar primeramente es la norma. La norma es el momento creador del Derecho por excelencia; es el impulso motor del Derecho que de ella recibe su impulso dinámico primigenio. La norma no es, en una visión total del Derecho, su primer motor. Este, como tal, está fuera del Derecho; es en la ley eterna donde reside la fuente motriz primaria de la realidad jurídica, que constantemente imprime en la norma su fuerza

47. Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., I, p. 623.

ordenadora. La ley eterna no ordena al hombre sólo a través de la norma, sino también por medio de las leyes físicas que inciden en la realidad social; pero sí es cierto que en el plano estrictamente humano, el de la racionalidad y de la libertad, el ciclo normativo tiene su génesis en la norma. Y desde el punto de vista estrictamente jurídico, la norma debe ser considerada como el primer motor del Derecho.

a) *Distinción entre mandato y ordenación.*

En la norma jurídica pueden distinguirse dos aspectos: el imperio o mandato y la ordenación⁴⁸. La norma, por una parte es imperio. El mandato o imperio es lo que constituye a la norma en momento del Derecho. El momento, como impulso dinámico, es una fuerza; y la fuerza de la norma, su capacidad de impulso, radica en que es mandato, imperio. Si a la norma le faltase este aspecto, si fuese sólo ordenación, quedaría reducido a una mera idea ejemplar y, como tal, carente de impulso; no sería una *lex*. De ahí que el consejo, la exhortación, etc... no sean momentos del Derecho, porque no tienen en sí mismos esta fuerza impulsiva⁴⁹.

La norma jurídica es un dictamen, una orden, un mandato, que no sólo orienta, traza una regla, indica una dirección o un ámbito de actividad, sino que impone la orientación, la indicación⁵⁰. "Lex —nos dice Santo Tomás⁵¹— *imponitur aliis*". La propiedad esencial de la norma es la de obligar (*ob-* ligare, ligare, ligare)⁵².

48. En este sentido ha dicho JEAN DABIN: «Cualquiera que sea el origen, objetivo o subjetivo, de la regla de derecho, e incluso si se hace derivar de alguna realidad, positiva o ideal, *indica* a cada uno lo que "ha de hacerse", y al mismo tiempo *prescribe* lo que ella indica». *Teoría general del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1955), p. 68.

49. Que el consejo o la exhortación no tengan un aspecto imperativo no quiere decir que carezcan a veces de eficacia jurídica, ni que su incumplimiento no pueda llevar consigo una represión jurídica. En cambio, sí quiere decir que la fuerza impulsiva que puedan tener, o bien proviene de su perfecta adecuación a los supuestos de hecho, de modo que su contravención dé lugar a una situación considerada como antijurídica, o bien emana de una *auctoritas* moral (v. gr., poder de magisterio) que tiene una relevancia jurídica y, en cuanto tal, protegida por el Derecho, o bien son objeto de regulación de una norma.

En cualquier caso, la posible fuerza impulsiva del consejo o de la exhortación no es principio de dinamismo del Derecho; tiene ante éste la consideración de hecho y, como tal, sus efectos jurídicos presuponen una norma jurídica (natural o positiva) que protege y da relevancia a estos efectos.

En fin, no puede olvidarse que bajo el aspecto de consejos o exhortaciones se encierran, a veces, verdaderos mandatos, verdaderas normas jurídicas.

50. Cfr. F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità...*, cit., p. 169.

51. I-II, q. 90, a. 4. El subrayado es nuestro.

52. Cfr. F. OLGIATI, ob. cit., p. 169.

El imperativo, el mandato, es constitutivo esencial de la norma y aquello que le constituye en momento del Derecho. En este sentido ha dicho el Doctor Angélico⁵³ que así como toda proposición es un dictamen enunciativo de la razón, así la ley es un dictamen preceptivo⁵⁴.

Como es obvio, la imperatividad de la norma jurídica no tiene nunca un carácter negativo, como nunca lo tiene el deber-ser. Aún en el caso de las normas permisivas, lo permitido supone la posibilidad de elección entre varios deber-ser radicales y como tales deber-ser imperativos. Y siempre la norma impone una conducta determinada a todos o a algunos de los sujetos de la relación o del grupo de relaciones sobre las que esta norma recae. "Tale imperativo nella norma giuridica —ha dicho Olgiati⁵⁵— non ha mai un carattere negativo, anche quando dichiara lecite determinate azioni, o quando proibisce altre, o commina sanzioni, poichè simili disposizioni permissive, o d'indole proibitiva, o punitiva, non debbono essere valutate prescindendo dalla vita che le genera, le impone o le suggerisce, e da quella finalità ultima della legislazione che vivifica tutte le norme parziali, ossia dal *bonum commune*. Esse acquistano il loro significato in relazione a questo scopo, che è la loro anima; e siccome un simile fine è squisitamente positivo e costruttivo, anche le singole norme, che in qualsiasi modo cooperano alla sua attuazione, possegono lo stesso valore"⁵⁶.

Por otra parte la norma es ordenadora. Es *mensura actuum*, medida de los actos sociales del hombre. La ordenación es el aspecto más importante de la norma jurídica; constituye su razón de ser. Si el mandato integra la norma como *jurídica*, la ordenación la constituye como *norma*. La norma es ordenación de conductas o de situaciones —de la vida social, en definitiva—, o no es nada. Por ello, lo fundamental de la norma es ordenar, o sea su *vis directiva*. Su *vis*

53. I-II, q. 92, a. 2.

54. En este sentido ha dicho G. MICHIELS: «His verbis indicatur, quod lex intelligitur ordinatio non mere directiva, licet forse ex auctoritate proposita, sed auctoritative imposita, per imperium scilicet, quo jubetur ut aliquis actus ponatur vel omittatur, ita ut sit vi sua obligationis causativa seu vi sua obligationem inducat ut servetur. Est ergo praeceptum directivum, jussum, mandatum, vinculum morale quo subditi ligantur», *Normae generales...*, cit., p. 155.

55. *Il concetto di giuridicità...*, cit., p. 169.

56. Para una amplia demostración de la imperatividad de todas las normas jurídicas, vide J. DABIN, *Teoría general del Derecho*, cit., pp. 66 ss. Asimismo, GIORGIO DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, 9.^a ed. (Milano 1953), pp. 230 ss.

*compulsiva*⁵⁷ y su *vis coactiva* son aspectos secundarios. De ahí que, donde hay un *imperium eminens* que ordena, hay norma jurídica, aún cuando el sujeto pasivo de la ley se sujete al *imperium*, por un acto voluntario, como es el caso del extranjero que actúa en el ámbito de un ordenamiento del que no es súbdito, o del catecúmeno que se somete a las leyes de la Iglesia. La carencia de sanción, e incluso la falta de coacción, no impiden a una norma ser imperativa y jurídica. ¿Cómo va a ser la carencia de coacción obstáculo para que una norma sea imperativa si el Derecho pertenece al ámbito de la libertad? Precisamente en la libertad la norma jurídica se revela con toda su pureza y con todo su vigor, porque el Derecho es orden de la libertad. Y la obediencia obsequiosa representa la conducta jurídicamente más perfecta, porque sólo entonces procede exclusivamente de la prudencia y de la justicia (orden de la libertad) del sujeto pasivo, que son las dos virtudes en que descansa el Derecho en su perfección.

La ordenación que la norma lleva consigo consiste en la medida o configuración de las conductas de los sujetos (y en el otorgamiento a estos de una posición en el ordenamiento) para que tiendan eficazmente a los fines sociales. En este sentido de ordenación, la norma jurídica representa la forma esencial extrínseca de la realidad social en cuanto que dirigiéndose al bien común. Es la pre-figura, la pre-forma o ejemplar, del orden social tanto en su dinamismo (*mensura actuum*) como en su estaticidad (medida de la personalidad y de su contenido).

b) *Su unificación en el mandato organizador.*

Mandato y ordenación se funden en la norma indisolublemente. La norma no es un compuesto de dos elementos, sino que ambos —imperio y orden— constituyen una unidad simple. Y esto por una razón bien sencilla. Así como el bien y el ser se identifican, lo mismo ocurre con el ser y el valor; es el mismo ser el que es valor. Pues bien,

57. Es evidente que si por *vis compulsiva* se entiende la imperatividad, entonces tal fuerza no es diversa de la *vis directiva* (ordenación imperativa) y no hay razón para distinguir entre ambas. Si se diferencian, la *vis compulsiva* sólo puede significar el impulso que la ley imprime en el sujeto pasivo por el temor, por una forzada y forzosa obediencia. Y como el Derecho pertenece al ámbito de la libertad, tal fuerza compulsiva es necesariamente secundaria y sustitutiva.

el orden, como valor, es *ipsum ens*; es el ser mismo el que es, está, en orden, de modo que sin orden, se corrompe en la medida en que está desordenado; en consecuencia, el mandato mismo es ordenación. Esta identidad real entre mandato y ordenación se revela incluso en el lenguaje corriente en el que los términos mandato, orden, disposición (asimismo mandar, disponer, ordenar) son sinónimos.

No es posible, pues, distinguir *secundum rem* en la norma jurídica el imperio y la ordenación⁵⁸. Un acto imperativo desordenado —y no hay más orden que el señalado por la ley eterna— no sólo no está ordenado, sino que tampoco es verdadero imperio, es coacción. Porque estando el orden y el ser identificados, la pérdida del orden implica la pérdida del ser; consecuentemente, la pérdida del orden implica la pérdida del imperio, en la medida en que falta el orden.

Mandato y ordenación se funden en un sólo acto: el mandato organizador o norma jurídica. El mandato organizador actuará en el súbdito fundamentalmente con una *vis directiva*, esto es, dirigiéndole impulsivamente hacia el fin social.

c) *Su naturaleza.*

La cuestión de la naturaleza de la norma jurídica se puede plantear así: ¿Es la norma un acto formalmente de razón⁵⁹, o lo es de la voluntad⁶⁰, o bien es un acto de razón, presupuesta la voluntad⁶¹, o un acto de voluntad presupuesta la razón?⁶²

Lo específico del hombre es la racionalidad, y toda desviación del orden racional supone una regresión en el plano del ser; el orden

58. En este sentido se expresa Sto. Tomás de Aquino, para quien la ley es un acto de razón, porque esta potencia en cuanto que es ordenadora es imperativa. Cfr. I-II, q. 90, a. 1.

59. Modernamente sostienen que la norma es un puro acto de razón diversos juristas, Vide, HANS KELSEN, *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre entwickelt ans der Lehre vom Rechtssätze* (1911), pp. 116 ss.; *La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, ed. castellana (Madrid 1933), *passim*. CARLOS COSSIO, *La Teoría egológica del Derecho*, 1944, pp. 301 ss.; *Norma, Derecho y Filosofía*, separata de «Anales» del Colegio de Abogados de Santa Fe, año I, núm. 1, *passim*. Vide, asimismo, una concepción similar, pero sobre bases distintas en A. GARCÍA VALDECASAS, *Juicio y precepto*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», I (1953), pp. 277 ss.

60. Tal es la posición de diversas corrientes doctrinales como, por ejemplo, el positivismo jurídico. Una concepción del Derecho como fuerza social organizada puede verse en JOSÉ ZAFRA, *El Derecho como fuerza social* (Pamplona 1964).

61. Así lo entiende STO. TOMÁS DE AQUINO, I-II, q. 90, a. 1.

62. Tal es la posición de SUÁREZ, *De legibus*, lib. I, c. 5.

moral, eminentemente racional, pertenece al plano del ser humano y, por lo mismo, toda desviación del orden moral implica una regresión del *status libertatis* —el único estado humano— al *status servitutis*, al estado de siervo propio del irracional; es una pérdida de *humanidad* y un aumento de irracionalidad. Ahora bien, el imperio, creador del deber-ser⁶³, pertenece al *status libertatis* del hombre, ya que el deber-ser sólo nace en el ámbito del ser libre. Y el deber-ser, no solamente pertenece al campo de la libertad psicológica, sino también al de la *libertas a malo*; parece, pues evidente que, siendo el mal el no-ser, es imposible que exista un deber-ser que limite la *libertas a malo*, porque, en tal supuesto, no sería un deber-ser, sino más bien un deber-no-ser. Y tal deber-no-ser no existe, pues el mal, el no-ser, por definición, no tiene exigencias. El deber-ser, en cuanto deber, radica en una exigencia del ser; por lo mismo, para que existiese un deber-no-ser, haría falta que el no-ser tuviese una exigencia, lo que es imposible, como asimismo lo es que el ser exija el no-ser. Si, pues, el imperio es un acto que se mueve en el ámbito del *status libertatis*, la norma jurídica requiere necesariamente el requisito de racionalidad, por ser la razón la raíz de toda libertad.

La *voluntas legislatoris* no es, ni puede ser, la única fuente de la norma jurídica. Sin embargo, la libertad, como potencia, se identifica con la voluntad⁶⁴; puede parecer, pues, que la norma jurídica, que depende de la libre elección del legislador —divino con respecto a las normas jurídico-naturales y divino positivas; humano, en relación con las normas positivas—, es un producto de la voluntad, aunque con intervención de la razón.

La voluntad y la razón están presentes en la génesis de la norma; pero, ¿qué intervención tiene en ella cada una de estas potencias? Es ésta una cuestión que tiene su sede en Filosofía. No es a los juristas a quienes corresponde su solución, sino a los filósofos, porque el nudo gordiano de este problema está en determinar si el acto del imperio, del que nace la norma jurídica, es un acto de la razón,

63. Sobre el deber-ser y sus relaciones con el Derecho y la libertad, vide J. HERVADA, *El Derecho como orden humano*, cit., pp. 405 ss. y 423 ss.

64. «Voluntas et liberum arbitrium non sunt duae potentiae; sed una». STO. TOMÁS, I, q. 83, a. 4. «Unde liberum arbitrium est ipsa voluntas; nominat autem eam non absolute, sed in ordine ad aliquem actum ejus, qui est eligere». STO. TOMÁS, *De veritate*, q. 24, a. 6.

presupuesto un acto de la voluntad, o bien es un acto de la voluntad, presupuesto un acto de la razón ⁶⁵. Mas, a pesar de ser materia filosófica, el interés de esta cuestión es grande en la ciencia del Derecho; por eso no es posible soslayarla.

Entiendo que tiene más visos de verosimilitud la doctrina tomista, para la cual el acto de imperio es un acto de razón, aunque presupuesto un acto de voluntad. El acto de imperio no es distinto al acto de ordenación; ambos, como se vio anteriormente, se identifican. Esto supuesto, bastará ver si es la razón o la voluntad la potencia ordenadora para ver cuál de ellas es capaz de imperar.

El orden no es más que un aspecto del ser; un aspecto que dice relación a un fin, tanto en su fase de obtención, como ya poseído. El orden es relación entre seres; ordenar un acto será, en consecuencia, establecer la dirección, actual y dinámica, entre el acto y su fin; dirección que está en potencia en el agente por la tendencia incoativamente impresa en los seres hacia su fin.

El ser se nos presenta en un triple aspecto: *unum, verum et bonum*. Toda operación se refiere al ser hacia el que se tiende en su aspecto de *bonum*; por lo mismo, la norma jurídica, al establecer la dirección actual —el orden— entre el hombre y su fin social, se refiere al fin de los actos humanos en su aspecto de *bonum*. El *bonum* dice relación de apetecibilidad del fin hacia el agente; pero esta apetecibilidad es independiente, tanto del ser, como del agente, en el sentido de que es una dirección ontológica que no depende de ellos. Pues bien, esta relación no se impone, se descubre —*intelligitur*—; y, además, se descubre como exigencia de la naturaleza de los seres relacionados ⁶⁶. Esta función descubridora es propia de la razón, que

65. Sto. Tomás (I-II, q. 90, a. 1) se inclina por la primera sentencia; Suárez (*De legibus*, lib. I, c. 5), por la segunda.

66. En este sentido escribe ALFONSO GARCÍA VALDECASAS: «La ley ha de nacer como versión y como interpretación, como entendimiento del Derecho. Porque en definitiva ésta es la verdad fundamental en este orden: el hombre no puede crear Derecho, el hombre puede sólo descubrirlo, porque el Derecho en algún modo se forja en las creencias y exigencias de intrínseca justicia coesenciales a la comunidad. El Derecho se revela al hombre en su justicia, la ley lee lo que es de Derecho, dice lo que es Derecho, y no puede decir otra cosa. Si, olvidando esto, la ley piensa que puede ser la iniciativa de las voluntades del momento, la exploración de campos nuevos, la imposición de tendencias parciales, le estará fallando su misión. Esas innovaciones tendrán otra manera de hacerse, tanto por vía de experimentos como por vía de ejemplos, pero la ley, como tal ley, ha de ser revelación del Derecho». *El problema de las fuentes del Derecho*, Patronato de la Universidad de Deusto, 1955, pp. 20 s.

la presenta al agente como dirección de exigencia, como algo que se impone. En esto consiste precisamente el acto de imperio. Es decir, supuesto que A debe tender a B, el orden —la dirección actual— en que debe desenvolverse A para llegar a B, no puede ser otro que el que ya está incoactivamente en la naturaleza de A y en la de B. La razón descubre esta dirección y la impone como necesaria. Como este proceso es el acto de imperio, éste es un acto de razón y no de voluntad. Y la dirección indicada no es más que la medida del movimiento del acto hacia su fin; es decir, la norma.

Sin embargo, la voluntad interviene en el acto de imperio (en la norma), como presupuesto necesario e ineludible.

Interviene la voluntad del Legislador divino como creadora de los seres, en cuanto queriendo A y queriendo B y, además, que B sea fin de A. Pero una vez establecido ésto por su voluntad, de la razón divina emana tanto la ley que rige A y B, como la que establece el orden entre ambos; con la diferencia respecto a lo que antes decíamos, de que la razón divina, más que descubrir la norma, la causa ⁶⁷.

Análogamente ocurre con respecto al legislador humano. En las materias referentes al *ius gentium*, éste se limita a descubrir la norma jurídica y a presentarla imperativamente; la voluntad del legislador no interviene más que queriendo el orden social justo. En cambio, en las materias referentes al puro Derecho positivo humano, la voluntad del legislador, aunque no interviene creando, sí, en cambio lo hace eligiendo entre varios supuestos posibles. Pero cuando la voluntad ha elegido uno de estos supuestos (el fin) es la razón la que dicta la norma, es decir, la ordenación de los actos humanos hacia el supuesto querido. Sin embargo, en esta elección interviene también la razón; la elección de alguno de los supuestos citados, que lo transforma en deber-ser concreto, no es un puro acto de voluntad; porque en toda elección, como acto libre —al menos con libertad psicológica— interviene la razón ⁶⁸.

Cuando el legislador es justo, su voluntad sólo se adhiere, antecedentemente, a aquellos supuestos que la razón le presenta como *bona*, es decir, como deber-ser radical; entre ellos elige la voluntad

67. Cfr. STO. TOMÁS DE AQUINO, I-II, q. 93, a. 1 ad 3; I, q. 16, a. 1.

68. Vide I-II, q. 13, a. 1.

del legislador y se adhiere consiguientemente a uno de ellos. Puesto que estos supuestos se presentan con el carácter de deber-ser radical, la razón los presenta como tales y, por lo mismo, impone a la voluntad la elección de cualquiera de ellos; es decir, limita la elección a los supuestos presentados como *bona*.

En la norma jurídica humana hay, pues, una doble racionalidad: la que es común a toda norma —aún injusta—, por ser producto del acto ordenador de la razón; y la que emana del acto imperativo de esta potencia en cuanto limitadora de la elección de un fin a aquellos supuestos que son deber-ser radicales, que son *bona* ⁶⁹.

Concluyendo, parece que la fuerza motiva, el poder impulsivo que incluye esencialmente la norma jurídica, está participado de la voluntad, que previamente lo imprime a la razón; pero es esencialmente un acto de la razón, porque lo que hace que el poder impulsivo no sea una fuerza ciega (y la voluntad lo es), sino un impulso que tenga la impronta de la humanidad, es su participación por la razón, único modo de que tanto el acto de gobernar del legislador, como el acto de obediencia del súbdito, estén de lleno en el ámbito del *status libertatis* ⁷⁰. Si es la razón la que está al servicio de la voluntad, y no viceversa, nos encontramos ante una pérdida del elemento formalmente humano —la razón— y asimismo ante una pérdida de voluntad que se transforma parcialmente en apetito animal.

La doctrina que afirma que la norma jurídica es formalmente un acto de voluntad, olvida, según parece, que la razón casi se identifica con el alma humana, y que, por lo mismo, es el principio humano por excelencia.

Si desde el punto de vista psicológico se pueden distinguir netamente voluntad y razón como potencias distintas, metafísicamente la voluntad nos aparece trascendida de racionalidad. La formalidad humana la da la razón y como la forma es el principio del orden, no hay orden humano que no dimane esencial y formalmente de la razón.

69. La característica de la norma jurídica, que los canonistas denominan «racionalidad», se refiere a este segundo aspecto de la racionalidad de la norma.

70. Vide I-II, q. 90, a. 1 ad 3.

Negar que la norma jurídica, como orden, es un acto esencial y formalmente racional, supone casi siempre establecer una separación entre el orden jurídico y el ser en el ámbito humano; porque si el elemento formal del hombre es la razón y el orden dimana de la forma, sólo si se admite que el orden jurídico no pertenece al orden del ser, es posible afirmar que la norma jurídica —que esencialmente es orden imperativo— no pertenece esencial y formalmente a la razón. Es, en definitiva, participar del nominalismo y establecer un *hiatus* entre el intelecto y el ser. Si de la razón, y no de la imaginación, emana un orden humano como lo es el orden jurídico, este orden no puede ser sino el orden del ser. Y por lo mismo que la formalidad humana la da la razón, así también la razón es la única ordenadora de la actividad humana propiamente tal.

Que el orden humano —y por lo mismo el orden jurídico— sea racional incluye, según se desprende de lo dicho: 1.º) que la razón formaliza todo el ser humano y, por lo mismo, le infunde un orden de algún modo distinto al que física y biológicamente tiene. Por eso el desorden moral es un desorden ontológico. 2.º) Por lo mismo que la razón es la única facultad cognoscente, el conocimiento del orden del ser es privativo de la razón. 3.º) La función de la voluntad del legislador no va más allá de querer un fin o un medio; querido el medio o el fin, es la razón la que infunde el orden en la dirección del hombre a aquellos. 4.º) Si la voluntad actúa sobre la razón, ésta deja de formalizar la conducta derivada de la voluntad y, por lo mismo, se produce una regresión del plano de la humanidad al de la animalidad. 5.º) En conclusión, parece que es cierto que la norma jurídica es producto de un acto esencial y formalmente racional, aunque presupuesta la voluntad justa.

Las normas se manifiestan por las disposiciones jurídicas. La disposición jurídica —señal o signo sensible mediante el cual se manifiesta el mandato organizador—, como expresión que es de algo, es un medio manifestativo y puede revestir diversas formas; puede hacerse por escrito, oralmente, por usos continuados, etc... Respecto a la ley natural, ésta se manifiesta por la ordenación del mecanismo cognoscitivo y racionador del entendimiento práctico ⁷¹.

71. Cfr. STO. TOMÁS DE AQUINO, I-II, q. 90, a. 4 ad 1.

d) *Función del legislador humano en la génesis de la norma.*

La norma para llegar a ser un momento del Derecho tiene que ser promulgada ⁷². La promulgación no es una condición *sine qua non* para que la norma exista, sino que es *de ratione legis* ⁷³, aunque no tanto respecto a su esencia como a su existencia. Supuesta la distinción real entre esencia y existencia, la promulgación no pertenece a la esencia de la ley, sino que opera el paso de la esencia a la existencia. La norma es en cuanto que imperada por la razón y querida por la voluntad del legislador; mas *existe* cuando se promulga.

A este respecto ha dicho Santo Tomás de Aquino ⁷⁴: “lex imponitur aliis per modum regulae et mensurae. Regula autem et mensura imponitur per hoc quod applicatur his quae regulantur et mensurantur. Unde ad hoc quod lex virtutem obligandi obtineat, quod est proprium legis, oportet quod applicetur hominibus qui secundum eam regulari debent. Talis autem applicatio fit per hoc quod in notitiam eorum deducitur ex ipsa promulgatione. Unde promulgatio necessaria est ad hoc quod lex habeat suam virtutem”.

El Doctor Angélico nos dice por una parte que la fuerza de obligar *est proprium legis*. Sin embargo, parece claro que la fuerza de obligación a que aquí se refiere no es la que deriva del imperio, sino aquella que consiste en la efectiva fuerza obligante, actual, sobre los destinatarios; es decir, se refiere a que la norma esté actuando sobre sus sujetos pasivos. Lo cual se deduce del texto, en el que habla de *aplicación* de la norma a aquellos a quienes tiende a regular. Y nos dice que la fuerza obligante efectiva *est proprium legis*. Mas es evidente que esta fuerza obligante efectiva no es tanto propia de la esencia de la ley (lo es, en cambio, la *vis directiva* en cuanto derivada del legislador) como de su existencia, porque la norma obliga efectivamente no *siendo*, sino *existiendo* ⁷⁵.

72. Sobre la promulgación de las leyes, vide VINCENZO DEL GIUDICE, *Promulgazione e obbligatorietà della legge canonica*, separata del «Annuario della Università Cattolica del Sacro Cuore», año académico 1926-27.

73. Cfr. STO. TOMÁS DE AQUINO, I-II, q. 90, a. 4, en donde se resuelve de modo afirmativo la pregunta: «Utrum promulgatio sit de ratione legis».

74. I-II, q. 90, a. 4.

75. Del texto de STO. TOMÁS se desprende que cuando habla de fuerza obligante efectiva se refiere a su validez y no sólo a su eficacia, ya que entiende que la ley obliga a todos «in quantum in eorum notitiam devenit... vel *devenire potest*». Loc. cit., ad 2. El subrayado es nuestro.

Por lo demás, la promulgación no es una *conditio sine qua non* de la norma jurídica, porque, siendo ésta el contenido de una relación poder-destinatario ⁷⁶, la existencia de la norma requiere como elemento propio (y no condicional) su salida desde el legislador hacia los sujetos pasivos. Condición de la norma lo será el medio de promulgación, no la promulgación misma.

El problema fundamental que aquí se plantea consiste en la función del legislador humano en la génesis de la norma. No vamos a tratar aquí del legislador divino a cuya función ya hemos aludido antes. Este crea la norma y es razón y medida de su contenido ⁷⁷.

La racionalidad de la norma jurídico-positiva pone de relieve un aspecto decisivo de la naturaleza de ésta.

El legislador humano no crea la norma; la promulgación es un requisito esencial de la norma jurídica sólo en el sentido de que opera en ella el paso de la esencia a la existencia.

Pero la norma jurídica no es creada por legislador *ex nihilo*; es puesta. Sin legislador no hay norma, porque éste es el que opera, con su poder, el paso de la norma a la existencia; pero la voluntad del legislador humano, al elegir entre unos debe-ser radicales e imponer uno de ellos, no es el criterio del contenido de la norma; el contenido de ésta está fuera del legislador, ya que radica en la naturaleza de los supuestos sociales. La acción positiva del legislador no es generante, porque su voluntad no es criterio de contenido; no hay nada en el legislador para *hacer*, para crear *ex nihilo*, la norma. La acción del legislador es posicional, existencial; por ella, la norma pasa a la existencia.

Y esto por las siguientes razones: Según afirma Santo Tomás ⁷⁸ el intelecto humano "est mensuratus a rebus, ut scilicet conceptus hominis non sit verus propter seipsum, sed dicitur verus ex hoc quod

76. No precisamente poder-súbdito como hemos dicho antes. Vide PEDRO LOMBARDÍA, *Derecho divino y persona física...*, cit., pp. 201 s. Asimismo J. HERVADA, *Comentario a la sentencia S.R.R. de 20-Julio-1955, c. Bonet*, en R.E.D.C., XIV (1959), p. 265.

77. Cfr. STO. TOMÁS, I-II, q. 93, a. 1 ad 3, donde dice: «Intellectus vero divinus est mensura rerum: quia unaquaque res intantum habet de veritate, inquantum imitatur intellectum divinum, ut in Primo (q. 16, a. 1) dictum est. Et ideo intellectus divinus est verus secundum se. Unde ratio eius est ipsa veritas».

78. I-II, q. 93, a. 1 ad 3.

consonat rebus: ex hoc enim quod res est vel non est, opinio vera vel falsa est". Ahora bien, la norma jurídica, como juicio prudencial, es un *verum*; por consiguiente, si la verdad del entendimiento práctico del legislador no está en él mismo sino en las cosas (en la realidad social en este caso), parece evidente que la acción positiva del legislador no crea el *verum* —lo que sí hace el intelecto divino—. Es preciso, pues, concluir que la acción del legislador es posicional; *pone* la norma, la hace pasar de la esencia a la existencia, mas no es criterio de su contenido. El criterio de contenido de la norma está fuera del legislador humano.

Importante consecuencia de lo que acabamos de decir es que si la norma jurídica positiva tiene, por una parte, como carácter una *auctoritas* que proviene del poder del que la dicta, dándole legalidad y ungiéndola con su poder, por otra parte, tiene una *ratio* o valor intrínseco que le viene dada por su contenido moral, político o técnico; valor determinado jurídicamente por su finalidad (bien común) y por su legitimidad (conexión con el Derecho natural) ⁷⁹.

e) *La objetividad de la norma*

Una vez operado el paso de la norma a la existencia, ésta desarrolla su vigencia independientemente —de modo relativo— del legislador. Santo Tomás, al resolver una posible objeción a su doctrina de la ley como un acto de razón, afirma que la ley no es propiamente la operación de la razón, *sed aliquid per huiusmodi actum constitutum* ⁸⁰; la norma es al acto de razón lo que lo edificado al edificar o el efecto a la operación. Y del mismo modo que el efecto permanece, si no es instantáneo, fuera de la operación, así la norma jurídica permanece y ejerce sus efectos fuera del legislador.

La norma jurídica se independiza del legislador; no ejerce su influjo desde el legislador, sino en cuanto ella misma está puesta, en cuanto está existiendo. Lo cual, por lo demás, es obvio. Una vez emanada del legislador, la norma pasa a formar parte del orden jurídico y se engrana con las demás normas ⁸¹, recibe el influjo de

79. Cfr. F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., p. 53.

80. I-II, q. 90, a. 1 ad 2.

81. Vide J. DABIN, *Teoría general...*, cit., pp. 92 ss.; F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., I, pp. 62 s.

la realidad social, es aplicada e interpretada por los jueces, etc... Es decir, sale del legislador y es recibida en el ordenamiento —en la realidad jurídica— del que pasa a formar parte; se engrana en el ciclo normativo de la realidad social, a la que configura y a la que se acomoda. Es lo mismo que ocurre —seguimos el pensamiento tomista— con las proposiciones de la razón especulativa. Cuando alguien expone una teoría, ésta sale de algún modo del sujeto pensante y pasa a formar parte del acervo cultural de la humanidad; y es desde fuera del que la ha emitido, desde donde ejerce su máxima influencia.

Sin embargo, esta independencia de la norma respecto al legislador no es absoluta. La norma conserva el impulso existencial que le ha impreso el legislador; la acción positiva de éste en la norma jurídica persevera en su virtualidad. Asimismo la norma permanece dentro de la órbita del poder del legislador, que puede derogarla, modificarla, etc...

La perseverancia de la acción positiva del legislador en la norma es lo que le da validez; sin esta perseverancia, la norma jurídica perdería su calidad de tal ⁸².

f) *La novedad de la norma.*

La norma jurídica, para ser verdaderamente tal, debe suponer una novedad en la realidad jurídica ⁸³; debe llevar consigo una *inspiración organizadora*. Si la norma jurídica no plasmase en una dirección a la realidad social, perdería su razón de ser, porque la norma — la *lex* jurídica— es esencialmente directiva hacia un fin. Y este plasmar la realidad social debe tener el carácter de la novedad; si así no fuese, carecería de la fuerza impulsiva que es propia

82. De ahí que la interpretación del Derecho, especialmente del Derecho canónico, deba hacerse *secundum mentem legislatoris*, pero siendo una *mens* objetivada en el espíritu del ordenamiento.

83. Vide A. LEVI, *Teoria generale...*, cit., pp. 137 s. Entre los canonistas, V. DEL GIUDICE se ha ocupado de esta cuestión. «Para que un mandato pueda ser considerado como un verdadero precepto legislativo, basta con que innove o derogue la legislación anterior; es decir, que modifique las obligaciones o derechos subjetivos, de tal manera que pueda decirse que éstos no serían como son, si la norma no hubiese sido dada... Esta posición de considerar como carácter esencial de la ley su carácter *innovador* o *constitutivo*, en vez del de su generalidad, tiene el interés como después veremos, de explicar el carácter legislativo, incluso del *privilegio* en sentido estricto, considerado como *lex privata*». *Nociones de Derecho canónico*, ed. castellana (Pamplona 1955), p. 77.

de la estructura jurídica, puesto que ya existiría con anterioridad tal fuerza. La norma es momento del Derecho en cuanto nueva; en caso contrario (v. gr., normas de interpretación auténtica declarativa) sólo tiene este carácter al integrarse en otra norma.

g) *La norma como inspiradora.*

La organización que la norma imprime debe ser *inspiradora*. El Derecho, como estructura que gobierna a unas personas, debe respetar lo que es más propio de sus destinatarios: la personalidad. Vimos antes que la personalidad llevaba consigo la responsabilidad; es decir, cada hombre, como ser incomunicable, es él mismo el que tiende a sus fines sociales. El hombre no es una pieza mecánica en la sociedad civil o eclesiástica; es un agente libre sobre el que recae una destinación que en él se agota, por ser incomunicable. Por lo mismo, la norma jurídica no determina unos cauces objetivos de actividad detallados hasta el *mínimum*; antes al contrario, los cauces objetivos que la norma establece sólo tienen significado plenamente humano, cuando son inspiradores, es decir, cuando señalan a su destinatario el camino hacia su plenitud perfecta, pero dejan cierto margen para que el sujeto ponga su impronta personal en la realización del orden social, cuando no maquinizan a su destinatario, sino que lo responsabilizan. La norma jurídica, perteneciente al ámbito del *status libertatis* del hombre, ilumina a su destinatario para que él mismo, *personalmente* —esto es, su *yo*— tienda a su fin social.

Sólo siendo inspiradora, la norma jurídica conserva su carácter de humana —es decir, dirigida a hombres—, porque únicamente así es norma de un ser libre, para el que la imperatividad de una conducta reside en una exigencia de su ser, al pedir éste su perfección ontológica; imperatividad, por lo demás, que supone necesariamente una *auctoritas* exterior al ser libre, que el impone tal perfección.

La norma jurídica es inspiradora, porque respeta la intimidad de la acción personal de su destinatario. Cuando una norma no es inspiradora, no hay propiamente un orden social dinámico, sino estático; la inserción de los hombres en un orden de este tipo no tiene un sentido histórico-humano, de *agere*, sino de *facere*. Es un orden mecánico que se desenvuelve en un hacer, pero no en un obrar tendente a los fines del hombre; por ello no es propiamente dinámico.

mico, histórico, sino estático. En este supuesto los estatutos de tal orden mecánico son estatutos técnicos, pero no son estatutos jurídicos.

La norma jurídica, como momento nuevo e inspirador de la realidad jurídica, está empapada de historicidad. Parte del presente y se dirige al futuro; no mira al pretérito. El orden implantado por la norma no es regresivo ni estático; ésta no dirige a sus destinatarios hacia las normas organizadoras del pasado ni los estanca en las del presente. Al contrario, recoge la evolución histórica de la realidad social y la inspira y dirige hacia sus fines.

Es quizás en Derecho canónico donde el carácter de novedad e inspiración que tiene la norma jurídica adquiere su máxima plenitud. Plenitud, que puede condensarse en dos matices mutuamente complementarios: tradición y evolución, en cuanto a la novedad, y la parquedad legislativa, respecto a la inspiración.

Por una parte, la norma canónica nos aparece profundamente enraizada en la tradición; y esto en un doble sentido. En primer lugar, hay en la Iglesia unas estructuras jurídicas perennes, que son de ayer, de hoy y de siempre, mientras perdure el *status viae*. Sin embargo, estas estructuras no pueden llamarse tradicionales *stricto sensu*. No son Derecho *recibido*, porque son siempre nuevas; la tradición es un legado de épocas anteriores, de generaciones que *fuleron*. Y esto, con relación a las estructuras a que nos referimos es en cierto modo inexacto. En la Iglesia, como Cuerpo Místico de Cristo, no hay generaciones que fueron, sólo hay generaciones —de ayer y de hoy— que *son (vita mutatur, non tollitur)*. La Iglesia, en este sentido, no es dinámica ni histórica; como identificada místicamente con Cristo, participa de cierto hábito de eternidad, de atemporalidad. Así, la estructura jurídico-constitucional de la Iglesia no es tradicional, porque no es recibida; no es un legado de quienes *fuleron* Iglesia. Es la constitución de la Iglesia militante, que, aunque cambiante en sus componentes, conjuga siempre el verbo ser en presente, a causa de no ser más que una parte de la única Iglesia. Cualquier otro grupo social se va haciendo constantemente y cada cierto lapso de tiempo puede decirse que el grupo que hoy es, aunque continuador, no es el grupo social que fue; así, la España de hoy es continuación y proyección de la España del siglo XVI,

pero la España del siglo XVI no es, fue. Por eso, las estructuras de los grupos sociales profanos son tradicionales, *recibidas*, y, por lo mismo, mudables por los componentes del grupo. En cambio, en la Iglesia no ocurre exactamente lo mismo.

La Iglesia del siglo XV, v. gr., no es una Iglesia que *fue*; es una Iglesia que *es*, aunque no Militante sino Triunfante. Del mismo modo, hay ciertas estructuras jurídico-canónicas que gozan de cierta atemporalidad; no son propiamente estructuras recibidas. Son estructuras que, en cuanto trascendidas, de algún modo, de atemporalidad, son nuevas constantemente; porque cuando la dimensión tiempo se pierde, no hay vejez, hay una constante novedad.

En segundo término, las normas jurídicas de la Iglesia están siempre empapadas de tradición. Responde ello a un profundo sentido jurídico; la cualidad de las normas canónicas de ser *secundum consuetudinem Ecclesiae, loco temporique conveniens*⁸⁴, radica en la derivación de la norma positiva de la norma natural. Todo lo ordenado a un fin —nos dice Santo Tomás⁸⁵— debe tener una forma proporcionada a tal fin; así también, toda cosa recta y mesurada ha de tener una forma proporcionada a su regla y medida. Ahora bien, la norma jurídica positiva tiene ambas condiciones: está ordenada a un fin y es también una regla o medida mesurada (*mensura mensurata*).

Dijimos antes que toda norma positiva era un reflejo de la realidad social, a la vez que imprimía en ella un *quid novum*, una orientación dinámica a un determinado fin; este fin que imprime la norma positiva no está fuera de la órbita del fin al que tiende la realidad social, sino que tiene el carácter de fin intermedio⁸⁶. Precisamente en este fin intermedio reside la novedad organizadora de la norma positiva. Ahora bien, parece claro que esta novedad organizadora, en cuanto no desvía a la realidad social de sus fines últimos, viene medida por estos fines; y, asimismo, viene medida por el estado actual de la realidad social. Si así no ocurriese la realidad social se mostraría incapaz de desenvolverse conforme a los dictados ju-

84. Vide SAN ISIDORO, *Ethymol.*, lib. 5, c. 21.

85. I-II, q. 95, a. 3.

86. Cfr. J. HERVADA, *Fin y características del ordenamiento canónico*, en IVS CANONICVM, II (1962), pp. 43 ss. y pp. 48 ss.

rídico-normativos; la norma, al no adecuarse, al no ajustarse, a la realidad social, perdería su vinculación con ella y, por lo mismo, dejaría de ser una norma justa.

La norma jurídica natural refleja fielmente la ordenación inmersa en la realidad social, tanto en relación a su estado actual como respecto a su fin. Recoge esta ordenación y le da la impronta de juridicidad; es decir, la impone con imperio al hombre. La norma positiva parte de la ordenación establecida por la norma jurídica natural y desenvuelve esta ordenación, cerrando el ciclo normativo de la realidad social. Pero si la norma jurídica natural no hace más que reflejar la ordenación inmersa en la realidad social, partir de la norma natural, como lo hace la norma jurídica positiva, no es más que partir de la realidad social. Aquí llegamos a un punto muy interesante. La norma positiva humana influye en la realidad social ordenándola. Esta ordenación no permanece fuera de la realidad social; al contrario, ésta última participa de la normatividad jurídica, a la que asume y *realiza*, es decir, a la que transforma en norma social, al quedar infundida en ella, en la realidad sociológica. La norma jurídica impresa en la realidad social crea unos hábitos y condiciona dicha realidad, de modo que la norma jurídica, que cuando se promulga tiene siempre algo de artificial, llega un momento en que se *naturaliza*. La realidad social, configurada por la norma jurídica, se moldea, no sólo jurídicamente, sino sociológicamente, realmente, por ella. En este supuesto, esta normatividad sociológica, creada por el hábito, se refleja necesariamente en el Derecho natural, no absolutamente, pero sí de algún modo. La norma jurídica, al provocar unos hábitos psicológicos —una mentalidad— y sociales, produce una transformación real en la sociología del grupo —es decir, una tipología del grupo social, una *condición* de este grupo— y, por ello, esta norma positiva se asume, parcialmente y de algún modo, en la naturaleza de las cosas.

Al mismo tiempo, en la realidad social confluyen corrientes doctrinales, movimientos sociales, etc..., que, cuando son asumidos por el grupo social, crean un *tipo* concreto, una forma de ser, del grupo social. La tipología del grupo social, si bien no pertenece al Derecho natural *stricto sensu*, sí recibe de él, en cambio, alguna fuerza, en cuanto representa un cierto modo de ser, una *situación* de la naturaleza humana.

Así se desprende de la doctrina de Santo Tomás, para quien la necesidad de que la norma positiva sea *secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporique conveniens* se reduce a que sea *secundum humanam disciplinam*; habiendo dicho antes que la ley está de acuerdo con la disciplina humana, *inquantum est proportio nata legi naturae* ⁸⁷.

Cuando en un grupo social hay un poso de tradición, si bien toda tradición es algo sobreañadido a la naturaleza humana, en cuanto no forma parte *stricto sensu* de ella, sí supone en cambio una *situación* que es de algún modo natural. Por ello, toda norma jurídica que no se apoye en la tradición no es justa, porque le falta, de algún modo, el apoyo de las normas jurídicas naturales, el pilar de la misma realidad social. Una norma tal no sería una norma *evolutiva*, sino *revolucionaria* y, como tal, carente de justicia; porque, al no ser nunca revolucionaria la realidad social —por mucho que así pueda parecer en las grandes crisis sociales—, tal norma dejaría de *ajustarse* a la realidad social. Una norma revolucionaria no es justa, porque, como dice Santo Tomás ⁸⁸ el que la norma sea *secundum consuetudinem patriae* es presupuesto para que sea justa. Por ello, ha podido decirse de la Iglesia que no es revolucionaria. Y es que Ella, por ser la intérprete indefectible del Derecho natural, se halla imposibilitada para serlo.

Sin embargo, la tradición, por ser recibida, se halla plenamente inmersa en la historicidad; aunque reciba el apoyo del Derecho natural, este apoyo no es pleno y, por ello, la tradición se halla ordenada por la evolución. Y decimos ordenada, porque todo grupo social es esencialmente dinámico, porque es perfectible. Por ello, si en la tradición no converge la evolución, el grupo social se hace estático y, por lo mismo, se corrompe. De ahí que se afirme que la evolución ordena la tradición, en cuanto que con ello se quiere decir que la evolución es el orden en la tradición, ya que la dirige hacia su perfección, hacia su fin.

Si, por una parte, las normas canónicas son tradicionales, por otra, son evolutivas.

Una razón de este hecho, común a las normas seculares, es la ya

87. I-II, q. 95, a. 3.

88. Loc. cit.

apuntada: la naturaleza dinámica del orden social exige la evolución. Pero al mismo tiempo en la Iglesia hay una razón más profunda: la acción del Espíritu Santo en los fieles. El elemento carismático de la Iglesia, aunque interno, no está desvinculado del elemento externo; la Iglesia de la Caridad y la Iglesia del Derecho son una única e indivisible Iglesia. De ahí que las influencias sean mutuas. Si determinados actos jurídicos tienen un reflejo directo e inmediato en el elemento interno, también el elemento carismático influye decisivamente en el Derecho. La elasticidad que imprime en la norma canónica el fin de la *salus animarum* es, a este respecto, una muestra de especial valor.

El principio de todo movimiento en un ser animado es la vida; y ésta no es más que un cierto tipo de relación entre materia y forma, una manera de ser de la forma. La forma de los vivientes es el alma, que es lo que hace que el viviente sea viviente y tal o cual viviente. La nota fundamental del alma, o sea del principio interno dinámico del viviente, es la espontaneidad, espontaneidad que se nota en su carácter *regulador* de los procesos vitales. *Vita in motu*, la vida está en el movimiento; la caída en lo estático es el término del ser viviente, no como perfección sino como acabamiento. Las formas vitales están en los movimientos y los regulan; y regular es modificar. Las formas vitales regulan y modifican los movimientos del viviente, porque la espontaneidad, que es la nota fundamental del alma del viviente, consiste precisamente en el poder sobre el movimiento, es decir, en *mover* el movimiento, en automoverse.

La Iglesia es un Cuerpo viviente; no es dinámica por un movimiento ejercido *ab extra*, sino que la Iglesia se automueve hacia sus fines.

Tiene en ella un principio vital. Y ese principio vital de la Iglesia es el Espíritu Santo. El ejerce constantemente su influjo vital en el Cuerpo Místico de Cristo al que vivifica. Por lo mismo que vivifica a la Iglesia, es un principio de movimiento; como tal principio de movimiento, el Espíritu Santo regula el dinamismo de la Iglesia hacia su perfección. El es principio vital y, por lo mismo, regulador, normador, del desenvolvimiento de la Iglesia hacia sus fines. Y si vivir es llegar a la plenitud del ser por el movimiento, el Espíritu Santo es necesariamente principio regulador del obrar de la Iglesia, de las operaciones de sus miembros tendentes al fin sobrenatural.

La vida es movimiento y desarrollo —evolución— ordenados; el Espíritu Santo, por consiguiente, es el principio motor de la evolución de la Iglesia. El Espíritu Santo infunde constantemente en el Cuerpo Místico de Cristo —por lo tanto también en la Iglesia jurídica, externa— un *orden* vital, evolutivo,

Este orden infundido en la Iglesia por el Espíritu Santo no es incompatible con el establecido por las normas jurídico-canónicas, del mismo modo que el orden biológico, ontológico, impreso en la naturaleza del hombre no es incompatible con la norma jurídica natural. Esta recoge el orden natural y lo transforma en jurídico. Análogamente —y sólo análogamente— la acción ordenadora del Espíritu Santo no se desenvuelve en el plano jurídico, sino en el de las realidades sobrenaturales; crea realidades sobrenaturales. Las normas canónicas recogen este orden infundido en las nuevas realidades sobrenaturales y le dan la impronta de la juridicidad. Mientras no reciba la impronta de la juridicidad, que le otorga el poder de jurisdicción de la Iglesia, tal orden proviene de una *lex* —todo orden dinámico impreso en una realidad es producto de una *lex*—; pero como es sabido, no toda *lex* es una *lex iuridica*.

La necesidad de que el poder de jurisdicción imprima la juridicidad a los procesos evolutivos vitales infundidos por el Espíritu Santo no proviene, por supuesto, de que la Iglesia sea una organización social independiente jurídicamente, como entiende la teoría del ordenamiento, sino de su misma constitución teológica. Quizá la raíz de este hecho pueda encontrarse en la apropiación de operaciones que la teología atribuye a las Personas divinas. El Espíritu Santo se apropia el Amor, la Vida; el Hijo de la Sabiduría, la Ley eterna y, con ella, el gobierno— también jurídico—, de todo lo creado. Cristo es, así, verdadero *Rex* del Universo. De ser esto cierto, quedaría plenamente explicado, porqué la juridicidad de las realidades sociales eclesíásticas la imprime el poder de jurisdicción, cuyo titular propio es Cristo, del que el Romano Pontífice es el Vicario.

Lo que sí es cierto es que la norma canónica, como reflejo del ser de la Iglesia y, por lo tanto, de su vida, está atenta siempre a la continua evolución del cuerpo social eclesíástico; y, cuando la norma surge, nos aparece —y así debe ser interpretada— impregnada de evolución, de dimensión histórica actual. Evolución que se manifiesta no sólo en su génesis sino en su desarrollo. Interpretar las nuevas

normas y las nuevas instituciones con criterios de momentos históricos pasados o sin comprender lo que tienen de estricta novedad, es signo de mortal decadencia, ¿y acaso no ha sido éste el gran pecado de la canonística contemporánea?

También el carácter inspirador de la norma nos aparece con singular relieve en Derecho canónico a causa de su parquedad legislativa.

Como ha puesto de relieve Politi⁸⁹, el súbdito es tanto más libre cuanto menos cosas le mandan. Y en Derecho canónico la sobriedad legislativa aparece con tal claridad, que Echeverría⁹⁰ no ha dudado en calificarla como una característica propia del ordenamiento de la Iglesia. “A este mismo nivel —escribe este último autor⁹¹— responde otra característica del ordenamiento canónico, que es su extraordinaria sobriedad. Se encuentra prácticamente contenido en un solo código, y, aun recogiéndolo en toda su integridad, creemos que muy holgadamente podría caber en un solo de los tomos de las recopilaciones en uso en los ordenamientos estatales. Y nótese que no es sólo una limitación de materias, sino que es también una gran sobriedad legislativa al tratarlas”.

Por eso, la parquedad legislativa no puede ser tomada por el súbdito como un defecto del ordenamiento (sin negar por ello que existan lagunas que lo son), sino como una llamada a su libertad y a su responsabilidad. En muchos casos, la libertad —ordenada por la prudencia y por la justicia— dará lugar a una multiformidad de organización; lo cual, salvada la unidad en lo necesario y en lo conveniente, es un signo de riqueza de la personalidad humana y un signo de vitalidad de la Iglesia y de la sociedad civil.

El legislador tiene una función ordenadora indeclinable e imprescindible, exigida por el mismo Derecho natural, que en esa indeclinabilidad e imprescindibilidad fundamenta la existencia del poder. Pero la necesidad de la intervención normativa del legislador abarca un

89. Vide *Potestà ecclesiastica e libertà giuridica*, en «Studi in onore di Vincenzo Del Giudice» (Milano 1953), vol. II, pp. 327 ss.

90. Cfr. LAMBERTO DE ECHEVERRÍA, *Características generales del ordenamiento canónico*, en «Investigación y elaboración del Derecho Canónico» (Barcelona 1956), pp. 61 ss.

91. Ob. cit., p. 61.

campo relativamente pequeño (con una relatividad variable en cada momento histórico). Por ello en muchos casos (y no son pocos los cánones del Código que lo atestiguan), la intervención del legislador no tiene otro origen que la imprudencia, la insolidaridad o la falta de criterio —la falta de responsabilidad, en suma— del súbdito.

El juicio.

8. Todo sistema de normas jurídicas parte del supuesto de la libertad psicológica de sus destinatarios, y, por lo mismo, de la posibilidad de su incumplimiento.

En este sentido, la norma se muestra incapaz por sí sola de reorganizar el orden en una comunidad. Incumplimiento derivado de la mala fe, o incumplimiento derivado de una deficiente o contrapuesta comprensión de las normas, son, en definitiva, resultado de la no eficiencia inmediata y física de las normas sobre sus destinatarios.

Por eso, junto a la norma, el ordenamiento jurídico posee un momento distinto que impulsa el orden social en los casos en que las normas no bastan por sí solas para que el orden en la sociedad se realice, o se restablezca en caso de que haya sido perturbado: este momento es el juicio.

Por tal entendemos el pronunciamiento del juez (*iuris dictio*). Por el juicio se declara lo justo en un caso concreto (*cognitio*) y se ordena su ejecución (*executio*)⁹².

La titularidad.

9. La norma y el juicio no agotan el impulso motor del ordenamiento. Junto a ellos aparece un tercer momento: la titularidad, es decir, la situación jurídica (derecho subjetivo o potestad⁹³ en virtud de la cual un sujeto es capaz de modificar el contenido de relaciones jurídicas propias o ajenas (caso de la tutela), crearlas o extinguirlas (autonomía de la voluntad).

92. Cfr. FRANCISCUS ROBERTI, *De processibus*, vol. I, 4.^a ed. (Civitate Vaticana 1956), p. 74.

93. Sobre el derecho subjetivo y la potestad, vide P. CIPROTTI, *Lezioni...*, cit., pp. 125 ss.; asimismo, las observaciones de FERNANDO DELLA ROCCA, *Le «Lezioni di diritto canonico» di Pio Ciprotti*, en E.I.C., I (1945), p. 106.

No es posible detenerse más en el análisis de este momento, porque no intento más que dar una visión panorámica y general del tema tratado. En todo caso, es evidente que la titularidad, bajo el imperio de las normas, es un principio activo del orden jurídico.

La titularidad inmediata.

10. Por titularidad inmediata entiendo el poder administrativo de la sociedad perfecta. La titularidad inmediata es capacidad de mandar en concreto lo que preceptúan las leyes de modo abstracto, es poder de mandar lo que resulte conveniente para el bien social, aun cuando no se haga como una aplicación del mandato general; es también, poder de hacer, de ejecutar con medios propios, y aun coactivamente, lo que considere oportuno para el bien público.

La titularidad inmediata es momento del Derecho porque es un poder de decisión capaz de modificar el orden jurídico y de imprimirle un impulso y configurar situaciones jurídicas. Baste recordar aquí la posibilidad de tolerar o disimular, la imposición de penas por vía gubernativa, la "iudicatio" administrativa, la dispensa, el precepto, la erección, supresión o modificación de los oficios y personas morales, la "missio canonica", etc...⁹⁴.

11. *Conexión de los momentos del Derecho.*

Una vez vistos cuáles son los momentos del Derecho nos queda por estudiar cómo se conectan entre sí.

Los momentos del Derecho no son consecuenciales; es decir, no derivan unos de otros a modo de causa y efecto ni tampoco por conexión lógica. Se producen unos a partir de otros y todos ellos concurren integrando el Derecho. La concurrencia de los momentos del Derecho es integrativa; de ahí que el Derecho sea una composición pluriprincipial, que no es fuera de estos momentos. El Derecho es el resultado de la integración de sus momentos; si alguno de éstos falla, el Derecho, o no existe en absoluto, o pierde su integridad o su eficacia, es decir, queda incompleto, con una falta de plenitud que lo reduce a la potencia, en su existir o en su eficacia.

94. Vide sobre este punto, JOSÉ A. SOUTO, *Sugerencias para una visión actual del Derecho administrativo canónico*, en IVS CANONICVM, V (1965), pp. 133 ss.

La realidad jurídica, como dinámica que es, no es algo definitivamente hecho; es una realidad viva que está en un continuo ir haciéndose a través de la concurrencia y desenvolvimiento de cada uno de sus momentos. Ninguno de éstos origina por sí solo toda la realidad jurídica; son momentos cuya convergencia es necesaria para que ésta se dé. Ni de la norma, ni del juicio ni de cualquiera de los otros momentos surgen los demás por deducción lógica ni por causalidad eficiente; ninguno de ellos desarrolla unos efectos puros, sino que pide a los demás.

Lo que se acaba de decir nos pone de relieve que el Derecho no es constitutivamente ningún núcleo, del que los citados momentos sean manifestaciones, sino que este núcleo no es distinto de la convergencia de los momentos; el núcleo jurídico, el Derecho, está repartido entre los momentos. No quiere decir esto que la realidad jurídica esté disgregada, sin más unidad que la conceptual; pero sí que la unidad del Derecho la da la interdependencia existencial de cada uno de estos momentos, con respecto a los demás.

El fundamento de lo que acabamos de decir está en que el Derecho es norma del obrar humano y, como tal, no es producto de la razón especulativa, sino práctica; es decir, el Derecho no es lógico, sino prudencial.

La acción humana libre y responsable (y a este género pertenecen las conductas humanas reguladas por el Derecho) cuando es recta y buena no se forja en las tinieblas, sino en la luz. Lo primero que se pide al que obra es que sepa⁹⁵; pero saber no significa otra cosa que la diáfana inscripción de la realidad en el espíritu del hombre. El bien supone la verdad⁹⁶; pero la verdad es el antípoda de toda oscuridad encubridora, pues cabalmente su significado no es otro que la manifestación patente del ser.

Es cierto, por otra parte, que el primer acto de la voluntad no procede del ordenamiento de la razón, sino del impulso de la naturaleza o de una causa superior⁹⁷.

95. Cfr. STO. TOMÁS, *De virtutibus cardinalibus*, I.

96. «Verum est prius bono». STO. TOMÁS, *Quaestiones disputatae de veritate*, q. 21, a. 3.

97. I-II, q. 17, a. 5 ad 3.

Esto nos pone de relieve, como dice Pieper⁹⁸, que el círculo de luz del libre obrar humano, sujeto al dominio del conocimiento, está circunvalado de tiniebla: la oscuridad de lo natural, que nos es inherente, y la todavía más honda y densa de la determinación que Dios imprime directamente en nuestro querer y nuestro obrar. Regiones ambas de oscuridad, que, sin embargo, no son oscuras más que para nosotros; en realidad resplandece en ellas el infinito fulgor de la Ciencia y de la Providencia divinas. De ese fulgor dice la Escritura que su Luz es inaccesible⁹⁹; y Aristóteles afirma que ante él nuestra razón queda ofuscada, "como los ojos del ave nocturna al mirar la luz del día"¹⁰⁰.

Añadamos que la verdad es el bien de nuestro ser espiritual cognoscente¹⁰¹, bien al que éste tiende por naturaleza, sin que le sea dado elegirlo o no elegirlo como tal.

El espíritu finito no se comprende tan profundamente a sí mismo, ni es tan dueño de sí, que no haya menester en nada de otro guía que su propia luz.

Al enfrentarse con la realidad, no lo hace como soberano, a la manera del general en jefe que inspecciona sus ejércitos, sino porque la naturaleza le fuerza a ello, suscitando en él la tendencia al conocimiento de la verdad de las cosas reales. Pero el camino que esta tendencia, sustraída a toda autodeterminación, ha de recorrer, está iluminada por esa luz de tiniebla que envuelve y cubre velos, sin dejar un resquicio, el refulgente recinto de nuestra libertad, soberana de sí misma¹⁰².

Pero ello no obsta a que el principio "*bonum hominis est secundum rationem esse*", conserve su valor para la esfera de las opera-

98. *La prudencia* (Madrid 1957), p. 104. Seguimos el desarrollo de este autor en la exposición de la doctrina tradicional acerca de la alogicidad del obrar humano, es decir, del hecho innegable de que el obrar humano no se regula por la razón especulativa, sino práctica; y ésta no emite sus ordenamientos imperativos por silogismos. Vide J. PIEPER, ob. cit., pp. 103 ss.

99. *I Tim.*, 6, 16.

100. *Metafísica*, II, 1.

101. Cfr. STO. TOMÁS, *De virtutibus in communis*, a. 6 ad 5; II-II, q. 109, a. 2 ad 1.

102. «Hay que afirmar, pues, que la función "enunciativa" se manifiesta *constitutivamente ineficaz* en el caso de cada intención sapiencial operativa concreta». JORGE PÉREZ BALLESTAR, *Fenomenología de lo histórico* (Barcelona 1955), p. 217. Sobre este punto dice STO. TOMÁS: «Non potest certitudo prudentiae tanta esse quod omnino sollicitudo tollatur». II-II, q. 47, a. 9 ad 2.

ciones libres ¹⁰³; el concepto de “razón” incluye aquí *toda* forma de aprehensión de la realidad.

Cuanto se acaba de exponer, en palabras de Pieper, nos pone en evidencia que el obrar humano es ingobernable en su toda totalidad por estructuras lógicas ¹⁰⁴ y que todo acto libre, aun el recto, no es producto de la casualidad eficiente de las normas jurídicas, ni de las normas morales.

Que el obrar conforme a Derecho no es consecutivo, con consecutividad propia, de la estructura jurídica, lo hemos puesto de relieve en otros trabajos.

El Derecho, para que se cumpla, precisa de la obediencia de los súbditos —que origina la realidad social jurídicamente ordenada— al legislador; sin esta obediencia podrá existir la estructura jurídica, pero no el orden jurídico participado de la realidad social. La estructura jurídica no engendra, con consecutividad propia, la realidad social.

Del mismo modo, el obrar humano —y, consecuentemente, el obrar conforme a Derecho— no es el resultado de un silogismo; es decir, no es la conclusión de un proceso lógico, salvo en parte. Toda conexión lógica parte de unos supuestos dados entre los que se puede tender el puente lógico; y en el Derecho no ocurre así de modo pleno, aunque sí parcialmente. La zona de oscuridad, a la que antes se ha hecho referencia, rompe la posibilidad de que el obrar conforme a Derecho sea el resultado de un conexión lógica establecida entre varios supuestos, porque algunos de estos supuestos no son cono-

103. «In actibus autem humanis bonum et malum dicitur per comparisonem ad rationem», I-II, q. 18, a. 5.

104. Análoga idea puede verse recogida en las siguientes palabras de HANS FREYER (*La Sociología, ciencia de la realidad*, ed. castellana, Buenos Aires 1944, pp. 102 y 103 ss.): «Una formación social, aun cuando fuera externa como las pirámides, obligatoria como una ordenación de cultos, de una estructura clara como un ornamento geométrico, es sin embargo algo distinto en su fundamentación de todas esas formas del espíritu objetivo. Es un caso-límite característico de la objetividad: constituye una forma, pero no de sintetismo completo; es Historia cuajada, pero, sin embargo, Historia no sustraída al tiempo, siendo sólo uno de los grandes medios que ha encontrado la humanidad para estancar el tiempo; no es un contenido objetivo de sentido sino vida recogida en formas. Hay tres propiedades fundamentales que se condicionan entre sí y pueden ser captadas como momentos de una serie dialéctica, por las que se distinguen las formaciones sociales de todas las formas del espíritu objetivo. En la trinidad de esas propiedades naufraga toda la Sociología concebida como ciencia del Logos».

cidos claramente ¹⁰⁵. La fluidez de la realidad social es, en el campo del Derecho, el principal causante de esta alogicidad; en este sentido, la elasticidad del Derecho canónico, maximizada por la introducción en él del principio de la *salus animarum*, es una de las muestras más patentes de lo que se acaba de decir ¹⁰⁶. Pero aún hay más; la tarea de todo conocimiento científico es entender el objeto —que se tiene enfrente— en su validez autónoma. Pues bien, con respecto al Derecho tal actitud es imposible, porque el cognoscente no está fuera del Derecho; y además, éste no es algo dado, hecho, sino un

105. Vide nota 102. Esta limitación de la naturaleza humana respecto al saber operativo es consecuencia del pecado original, según J. PÉREZ BALLESTAR (*La fenomenología de lo histórico*, cit., pp. 323 s.) de quien son estas interesantes palabras: «El hecho de que el hombre esté organizado existencialmente y, en consecuencia, precise del saber operativo, es sólo una manifestación de la *finitud humana*. Pero la historia hace manifiesto un dato mucho más flagrante. Se trata de que, a pesar de estar constitutivamente dirigido al saber operativo, el hombre carece de una facultad eficazmente capaz de elaborarlo y valorarlo. He aquí un auténtico absurdo metafísico, una muestra no ya de finitud sino de *insuficiencia radical*, además. Esto no puede ser comprendido más que considerando que la dialéctica histórica es una manifestación del pecado original. La historia es, por un lado, *reincidencia en el pecado original*, en cuanto cualquier ideal existencial estrictamente mundano, en el sentido ascético del mundo, tiende a cumplir el *eritis sicut dii*. La historia es, por otro lado, *castigo del pecado original*, al proclamar la insuficiencia humana respecto al saber operativo. En contraste con el *fecit Deus hominem rectum*, como posesión preternatural de una facultad ordenada al saber operativo, la historia consume el castigo divino impuesto al hombre incapacitándolo para regular su propia "existencia".

Sin embargo, Dios mismo en cuanto trino se hace histórico continuamente mediante la Revelación, la Redención y la Santificación, para reparar esa radical insuficiencia humana, indicando que *ecce voluntas Dei: sanctificatio vestra*. Así adviene a la humanidad el único saber operativo que, por su origen sobrehumano, puede superar la caducidad dialéctica. Al proclamar que *vita vestra abscondita est cum Christo in Deo*, instaura como ideal existencial la imitación del mismo Cristo; al anunciar que *regnum Dei intra vos est*, establece el único ideal situacional posible, la realización del Reino de Dios; y al decir *efficiamini divinae consortes naturae*, ofrece la vida eterna como ideal trascendental.

Este es el último significado de la dialéctica histórica: la incitación a la fe, según que *veritas liberabit vos*; a la esperanza en la consumación del *tabernaculum Dei cum hominibus*; y a la caridad, pues si *tamen compatimur, et conglorificabimur*, porque la historia rubrica las palabras del Señor: *sine me nihil potestis facere*».

106. La *salus animarum* aunque tiene un aspecto jurídico (no admitirlo es, en definitiva, pensamiento protestante, cualquiera que sea el matiz de esta negación) es, sin embargo, un fin eminentemente moral y personal. Pues bien, aunque el principio de la *salus animarum* inmerso en el Derecho adquiere una cierta rigidez y pierde parte de la elasticidad y fluidez que tiene en el foro personal, sin embargo, depende en no poco grado de este foro interno. De ahí que las situaciones jurídico-canónicas adquieran su modalidad mucho más prudencialmente (y menos lógicamente, por tanto) que en Derecho secular. La diferente significación del principio de certeza del Derecho en uno y otro Derecho es una muestra de lo que acabamos de decir. Vide, sobre el principio de certeza en Derecho canónico, GIUSEPPE CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, en E.I.C., V (1949), p. 30; PIO FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, en «Archivio di diritto ecclesiastico», V (1943), pp. 360 ss.

proceso de realización en el que el sujeto cognoscente se halla inmerso.

Si las normas dan lugar a unas situaciones jurídicas, éstas no son el resultado de un proceso lógico, sino que, partiendo de la norma y apoyándose en ella, se estructuran de mil formas como inmensa es la variedad de situaciones sociales. Unas situaciones jurídicas específicamente iguales, radicadas en una misma norma —incluso de Derecho natural, universal, por lo tanto, en el tiempo y en el espacio—, pueden tener una fuerza y una modalidad muy variables. Piénsese, v. gr. en la autoridad del Romano Pontífice, en el derecho de propiedad, en la autoridad del varón en el seno de la comunidad conyugal, en la libertad de elección del cónyuge... y en su configuración y modalidad a través de los tiempos; los ejemplos serían múltiples. Incluso en un mismo ámbito temporal, el vigor, la vigencia, la configuración, etc... de unas situaciones jurídicas específicamente iguales y radicadas en una única norma, pueden ser variables en distintos ámbitos espaciales. No cabe la menor duda que la ideología, modo de ser, etc... de cada grupo o sector humano tiene una profunda influencia en la *modalidad* de las situaciones jurídicas creadas por una misma norma. Que la Iglesia, por ejemplo, tenga el derecho de reprimir con penas la herejía, no puede ponerse en duda; sin embargo, la modalidad de este derecho no fue igual en la Edad Antigua que en la Media, ni que en los tiempos actuales.

Y ese modo de ser de los hombres, que influye en la configuración de las situaciones jurídicas, es algo que no se nos presenta de modo patente y mensurable —único modo de que la modalidad de las situaciones jurídicas respondiese a un proceso lógico—, sino que es una dimensión en parte inconmensurable, que hace que los momentos del Derecho no sean producto de un proceso lógico, sino prudencial¹⁰⁷.

Conviene notar, sin embargo, que la no consecutividad lógica, y la no derivación por casualidad eficiente de los momentos del Derecho, no suponen la independencia de cada uno de ellos. Al contrario, como ya hemos dicho antes, todos ellos están mutuamente co-

107. La coprincipialidad de los axiomas operativos, así como su conexión puede verse en J. PÉREZ BALLESTAR, *La fenomenología de lo histórico*, cit., pp. 195 ss.

nexos por una dependencia existencial o de efectividad, según los casos. Es más, dentro del operar humano en la esfera de lo agible, el operar jurídico es el que tiene en máximo grado la independencia del cambio de situaciones¹⁰⁸, independencia que existe en todo lo agible a causa del sustrato ontológico de toda operación, como radicada en la persona humana, que no es puro existir ni puro hacer, sino que es *ser* antes que *operación*¹⁰⁹.

El ser de la persona humana y, sobre todo, su destinación marcan los cauces objetivos del obrar humano, evitando caer en el puro subjetivismo. El ejemplar del hombre, Cristo, cuya imagen el hombre debe realizar en sí mismo —no de modo uniforme en todos, sino tan multiformemente como hombres existen— es la guía de todo operar humano.

Pero, además, la objetividad del operar jurídico adquiere su punto álgido en el Derecho a causa de su externidad. En todo el resto del operar humano la rectitud de la acción es determinada por la rectitud de la razón del agente, de modo que el que una acción sea recta o no, se determina por comparación con el propio sujeto; en cambio en el Derecho esta comparación subjetiva se objetiva necesariamente en alguna proporción, en el sentido de que no se tiene en cuenta tanto al sujeto singular, como a la objetivación resultante de la consideración en conjunto de las dimensiones subjetivas comunes, personales y de situación espacial y temporal, de los distintos grupos sociales. Esta objetividad no es total, porque aunque es cierto que el Derecho se mueve en el plano objetivo, no deja de tener cierta dimensión puramente subjetiva. Así, por ejemplo, la causa motiva de los actos (dimensión claramente subjetiva) no es tomada normalmente en consideración por el Derecho; pero no cabe duda que hay casos en que sí se la tiene presente. Del mismo modo, si bien el Derecho no crea unas estructuras jurídicas a la medida de los sujetos singulares, sin embargo, en muchas ocasiones la objetividad de estas estructu-

108. No admitir esta independencia sería caer en la moral de situación.

109. «La idea de existencia es, ante todo, un concepto correlativo, es decir, una noción que apunta de suyo a otra opuesta e inseparablemente ligada a ella; un concepto que en una estructura bipolar señala solamente un polo, a cuyo contenido pertenece, de modo inseparable, el polo contrario. Ese otro concepto polarmente opuesto e indisolublemente vinculado es el de la esencia». MAX MÜLLER, *Los conceptos de existencia y libertad en la ontología del existencialismo alemán*, separata de la revista «Arbor», núm. 167, nov. de 1959, pp. 3 s.

ras es relativa y se halla limitada por ámbitos espaciales y temporales, sin que falten supuestos —especialmente en Derecho canónico, imbuído teleológicamente por el principio de la *salus animarum*— en que la consideración subjetiva del obrar jurídico es casi plena ¹¹⁰.

Y decimos casi plena, porque en la determinabilidad de la rectitud de la acción jurídica, además de los criterios objetivo-subjetivos indicados, hay otro elemento puramente objetivo: el objeto. El Derecho, por moverse en el ámbito social, regula siempre algo externo (puras conductas o conductas recayentes sobre una *res*) que dice relación a otro. Pues bien, este elemento externo no admite, como es obvio, una consideración subjetiva sino objetiva, en la que se apoya la máxima independencia posible entre el operar jurídico y la dimensión subjetiva del agente; independencia máxima, pero no absoluta, como ya hemos puesto de relieve ¹¹¹.

La configuración de los momentos del Derecho depende, por consiguiente, de un ámbito objetivo (dado por el sustrato ontológico y teleológico común a toda persona) y por el objeto; y de un ámbito objetivo-subjetivo.

En esta objetividad parcial, pero máxima, del Derecho, se apoya el entrelazado y la consecutividad —alógica— objetiva de unos momentos del Derecho respecto a otros. Los momentos del Derecho nacen unos a partir de otros —influyen—, no con relación de causa a efecto, ni de premisa a conclusión, sino como proyección unos de otros.

Sentido en que debe entenderse esta conexión.

12. La conexión objetiva, aunque alógica, de los momentos del

110. La dispensa, el privilegio, la *aequitas*, etc... son instituciones que reflejan claramente la consideración subjetiva del operar jurídico. Sobre la máxima independencia de la acción jurídica del ámbito subjetivo del agente, vide STO. TOMÁS, I-II, q. 64, a. 2 y II-II, q. 58, a. 10; asimismo, vide I-II, q. 60, a. 2 y II-II, q. 61, a. 2 ad 1.

111. Un ejemplo claro de lo que acabamos de decir es el concepto jurídico de la perpetuidad del impedimento de impotencia. Según la doctrina canónica, el que un medio capaz de sanar este defecto sea ordinario (en este caso el impedimento citado no es perpetuo) o extraordinario (y en este caso lo es) no se determina por un criterio puramente subjetivo, sino objetivo; pero esta objetividad es relativa, ya que se tiene en cuenta el medio ambiente del sujeto que padece el impedimento. Y así, se nos dice, una misma operación quirúrgica, v. gr., puede ser un medio ordinario en una región y extraordinario en otra.

Derecho lleva consigo que ninguno de éstos tenga una existencia aislada de los demás; estos momentos tienen una insuficiencia radical para subsistir por sí mismos, porque fluyen precisamente de los demás. Y este fluir no es más que un ciclo; el ciclo normativo de la realidad social. En el Derecho no hay un alfa y un omega, un momento que es principio y otro que es fin; sino que todos ellos desenvuelven su existencia en la mutua conexión cíclica.

El Derecho tiene desde luego un principio, pero éste está fuera de él, ya que radica en la *lex aeterna* —que es fuente primaria de todo Derecho, pero que no es Derecho¹¹²— y esta fuente del Derecho es común a todos sus coprincipios, tanto de la estructura jurídica como de la realidad social.

Y que la conexión de los momentos del Derecho es cíclica, es fácilmente constatable.

El clásico aforismo *ubi societas, ibi ius* nos pone de relieve que la sociedad es previa al Derecho; y no porque el individuo aislado no tenga unas normas que regulen su conducta, sino porque es esencial en el Derecho que haya unas situaciones intersubjetivas, unas relaciones sociales. Sin realidad social, no hay Derecho; porque la existencia misma de la realidad social es una condición *sine qua non* para la existencia del Derecho. Como dice Levi¹¹³, del aforismo citado “si evince che la società è considerata, non come causa, bensì come condizione, necessaria e sufficiente, per il manifestarsi del diritto. Si potrebbe anche dire che, in quella massima, i due aspetti, genericamente sociale e giuridico, del fenomeno della convivenza sono pensati in funzione l’uno dell’altro”. Sin realidad social, por consiguiente, no puede haber estructura jurídica.

Pero si es cierto que sin sociedad no hay Derecho, asimismo es

112. Es preciso entender esta afirmación en su verdadero sentido. El Derecho está en la ley eterna, lo mismo que el hombre existe en Dios. Del mismo modo que fuera de Dios el hombre no puede existir, por no tener una subsistencia propia, asimismo el Derecho, como orden, no tiene subsistencia propia fuera de la ley eterna. Pero de la misma manera que el hombre tiene un estatuto ontológico propio y se distingue real y verdaderamente de Dios, así también el Derecho tiene una subsistencia —aunque derivada— y se distingue realmente de la ley eterna. En este sentido decimos en el texto que el Derecho está fuera de la ley eterna.

113. *Teoria generale del diritto* (Padova 1950), p. 15.

cierto que sin Derecho tampoco hay sociedad; si es verdad que *ubi societas, ibi ius*, no lo es menos que *ubi ius, ibi societas*.

La sociedad tiene como elemento formal un fin común a sus miembros; sin este fin común, que lleva consigo una *conspiratio* también común de todos los socios a él, no existiría una sociedad sino una agregación de hombres. Este fin común y esta tendencia común implican, como requisito necesario, un orden entre los miembros de la sociedad, una *proporción* real y personal, que determina tanto la posición personal de aquellos como los límites de su actividad y el contenido de ésta. Sin esta proporción, sin este orden, la vida de la sociedad se torna estéril y dificultosa, cuando no imposible. Y esta *proporción* —“v'è bisogno di rammentare l'insuperata definizione dantesca, che in tale *proportio* fa consistere il diritto?”¹¹⁴— la da precisamente la estructura jurídica. Si no es posible la estructura jurídica sin realidad social, tampoco sin tal estructura puede existir el orden en ésta, ni, por consiguiente, su plenitud ontológica¹¹⁵.

Pero aún hay más, porque la estructura ordenadora de una sociedad no es tanto un requisito necesario como un constitutivo esencial suyo. Si la realidad social tiene un fin común, preciso es que esté ordenada esencialmente a él, pues que el fin sea su elemento formal, no indica más que la esencialidad de la ordenación de la sociedad hacia su fin. Ahora bien, la ordenación, la organización de la sociedad hacia su fin la imprime la citada estructura. Y como esta ordenación de la sociedad es constitutivo de ella, dedúcese que la estructura jurídica también lo es. La estructura jurídica es un requisito esencial de la Sociedad civil y de la Iglesia; y asimismo lo es de toda sociedad imperfecta que nazca en su seno¹¹⁶.

La interdependencia entre la estructura jurídica y la realidad social es clara. Y asimismo lo es la que existe entre los diversos momentos integrantes de la estructura jurídica, aunque no siempre esta interdependencia tenga el mismo carácter.

114. Cfr. A. LEVI, *Teoria generale...*, cit., p. 19.

115. Vide sobre este punto, A. LEVI, *Teoria generale...*, cit., pp. 17 ss.

116. Vide, sobre este punto: JEAN DABIN, *Teoría general del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1955), pp. 19 ss.

Las situaciones jurídicas (derechos, deberes, facultades, acciones... etc.) dependen de la norma y en ella se apoyan. En efecto, que esto ocurra en el ámbito del Derecho humano es obvio. El derecho de voto, v. gr., en una comunidad política depende de que las normas constitucionales así lo estatuyan; del mismo modo, la situación de incapacidad del varón para contraer matrimonio canónico antes de los 16 años, depende exclusivamente de que el C. I. C. así lo establece.

Exactamente ocurre con relación al Derecho natural. Para ver esto claro, es preciso tener en cuenta que la norma jurídico-natural se promulga en la misma naturaleza, como consecuencia de ser ambos, Derecho natural y naturaleza, dos efectos distintos del deber-ser emanados de la ley eterna. Los llamados derechos naturales e inalienables de la persona humana radican en la ley eterna y en su participación que es la ley natural. Y por lo mismo que el impulso hacia el fin lo da la ley natural, los derechos naturales de hombre, que lo son respecto a sus fines¹¹⁷, descansan primariamente en la norma jurídico-natural. Mas porque esta norma se promulga *en* la naturaleza humana, en ella radican las situaciones jurídico-naturales.

Pero si las situaciones jurídicas dependen de la norma, a su vez la norma no opera directamente sobre la realidad social, sino originando situaciones jurídicas. La norma, al incidir en sus destinatarios, no les dirige directamente como una fuerza movente inmediata, como una ley física, sino que, a causa de su libertad, crea en ellos unas situaciones jurídicas. Si el hombre no fuese libre, entre la ley y la realidad social no existiría el eslabón intermedio de las situaciones jurídicas, ya que aquella moldearía directamente la realidad social.

La norma, pues, al incidir en la realidad social no la ordena inmediatamente, sino creando en ella unas situaciones jurídicas, que son el reflejo inmediato del deber-ser de la realidad social.

Análogamente, cuando hay una situación de anormalidad, de conflicto, la norma se muestra incapaz, por sí sola, de configurar la

117. Vide F. OLGATI, *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino*, cit., pp. 98. s.

realidad social; aparece entonces el juicio, que, emanado del juez, devuelve a la norma su efectividad ordenadora. mas, asimismo, el juicio depende de la norma, ya que el juez debe partir de ella para emitirlo. Y depende también de la realidad social, pues el juicio se adapta a ella ¹¹⁸. Que la sentencia del juez se apoya en los dos predichos momentos no parece que necesite demostrarse, pues la distinción en todo dictamen judicial entre el *in iure*, o considerando, y el *in facto*, o resultando, es de sobras conocida. Lo mismo podría decirse de los demás momentos del Derecho.

La conexión cíclica de los momentos integrantes del Derecho parece clara.

Ninguno de estos momentos es, en la génesis del Derecho, puramente pasivo. Ni la norma es puro reflejo de la realidad social, sino que tiene sobre ella una función configuradora, ni la realidad social deja de influir en las normas, en las situaciones jurídicas o en el juicio; ni éste es un acto puramente mecánico de aplicación de la norma ¹¹⁹.

Del mismo modo, las situaciones jurídicas, aunque reciben su fuerza organizadora de la norma, dan su propia impronta a la realidad jurídica, por cuanto generan una serie de actitudes, que si están contenidas en la norma, no proceden inmediatamente de ella. El ejercicio de un derecho, vgr., depende mediatamente de la norma que concede el derecho, pero inmediatamente procede de la situación jurídica, es decir, del mismo derecho. Este aspecto activo de las situaciones jurídicas se pone de relieve en mayor grado, si tenemos en cuenta que la realidad social imprime en las situaciones jurídicas una modalidad, conjuntamente a su regulación con las normas. Por lo mismo, también las situaciones jurídicas intervienen activamente en la realidad jurídica.

118. Vide, sobre este punto, F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, cit., pp. 552 s.

119. Vide FRANÇOIS GÈNY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, 2.ª ed. castellana (Madrid 1925), p. 202. A este respecto dice F. DE CASTRO: «Se interpreta una regla para aplicarla, para decidir un caso, supuesto o real. La aplicación significa pasar de lo general a lo individual; merece por ello el calificativo de creadora... Pero... la aplicación está *vinculada* al Derecho (ley, costumbre, principios) ... Por estas razones... puede decirse que quienes aplican la ley (súbditos, funcionarios, tribunales) *cooperan* en la realización del Derecho». *Compendio de Derecho Civil*, I y II-I (Madrid 1957), p. 881.

Análogamente, la titularidad moldea la realidad jurídica. El constante cambio que el tráfico jurídico —que emana precisamente de la titularidad— imprime en la realidad jurídica, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas o sociales, es bien notorio para que nos detengamos en ello. Y lo mismo cabe decir de la titularidad inmediata, que tiene su máxima fuerza activa en Derecho canónico, a causa de los especiales poderes de gobierno del Romano Pontífice.

Porque los momentos del Derecho no son pasivos, ninguno de ellos tiene en sí suficiencia propia, ni es capaz de existir por sí mismo, aunque pueda persistir potencialmente en determinados casos.

Indudablemente la influencia de los momentos del Derecho en la génesis de éste tiene un modo propio de producirse en cada uno de ellos. El modo de configurar el Derecho que tiene la norma es bien distinto, vgr. del que tiene la realidad social. La norma jurídica es el momento organizador por excelencia, que configura a todos los demás, con preponderancia sobre ellos, los cuales actúan sobre la norma acomodándola a los supuestos reales concretos. Esta función de acomodación, junto a la de concretización y de organización derivada de la norma, es común a todos los demás momentos del Derecho. La realidad social además de ajustadora de la norma y de los demás momentos a su modo de ser y de rechazar toda organización que no responda a él ¹²⁰, actúa ofreciendo unas posibilidades variables de organización al legislador y al juez ¹²¹. Asimismo, los demás momentos configuran activamente la realidad jurídica dentro de su propio modo de ser y de actuar.

En conclusión, cada uno de los momentos del Derecho es activo y el modo de conexión es cíclico.

Corolario.

13. Puesto que el Derecho no es una pura forma, sino una realidad —en algún sentido— compuesta por varios momentos, conectados

120. Vide HELMUT COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Berlín 1950), pp. 118 ss.

121. Vide KARL LARENZ, *Tendencias metodológicas en la ciencia iusprivatista alemana actual*, en «Revista de Derecho Privado», mayo 1959, p. 372.

JAVIER HERVADA

cíclicamente y todos ellos con una cierta participación activa, ninguno de estos momentos es separable de los demás. Por lo mismo, todo estudio del Derecho supone no perder de vista a ninguno de ellos. Si, por comodidad de análisis o por necesidad de acotar ámbitos de investigación, el estudioso se aplica a alguno de ellos, no cabe posibilidad de éxito en este proceso de abstracción, si ésta, por ser total, hace perder la referencia a los demás momentos.

“La pretendida lógica —entiende Gèny¹²²— que fecunda estas entidades, no es otra cosa que el desarrollo autónomo de la concepción *a priori* que ha servido a formarlas. Y mientras que las construcciones así formadas deberían permanecer subjetivas, nos las presentan como dotadas de realidad objetiva y necesaria, lo que falsea completamente los resultados del procedimiento. Me atrevo a decir que hay en esto una inversión completa de lo que el buen sentido y la más elemental reflexión aconsejan”.

No tener presente, en el estudio del Derecho, la participación activa de todos sus momentos, para erigir alguno o algunos de ellos como el único constitutivo de la realidad jurídica, es olvidar que el bosque no es un árbol, y que estudiar el árbol no es estudiar el bosque.

JAVIER HERVADA

122. *Método de interpretación...*, cit., p. 143.