

AC 09 78

Hola, buenas noches, bienvenidos un día más al tiempo del curso de Acceso, el CAT. Esta noche en nuestro programa Nociones Jurídicas Básicas hablaremos de cómo es el derecho. En el primer programa de Nociones Jurídicas Básicas hablamos de qué es el derecho.

Continuamos hoy en este espacio, en esta ocasión, hablando de cómo es el derecho con el profesor Federico Fernández de Buján, Catedrático de Derecho Romano. Muy buenas noches. Muy buenas noches.

Pues bien, esta sería quizá la primera pregunta, definir cómo es el derecho. Pues como usted muy bien dice, en el programa anterior se hacía referencia, fundamentalmente, a los contenidos del primer tema del programa de la Asignatura e Iniciación al Derecho, que se corresponde con el capítulo primero del texto recomendado que se titula Iniciación al Derecho. Tanto en la emisión radiofónica como en el propio texto, en el propio manual, se intentaba dar una primera aproximación del concepto de derecho.

Se trataba de definirlo. Completando un poco la emisión anterior, diría que han sido muchísimos los intentos de definición del derecho. Casi puede decirse que cada autor que ha tratado este tema ha dado su propia definición.

Definir es considerado, según el diccionario de la Real Academia, como fijar y enunciar con claridad y exactitud la significación de una palabra o de un concepto o de una idea. El derecho no es una realidad material, no es algo empírico, no es algo tangible, no es algo que podamos medir ni tocar. Esto quiere decir que definir el derecho es complejo.

No es lo mismo definir una realidad material, que lo podemos hacer sobre la base de la experimentación, que definir un concepto o una abstracción. Es difícilmente definible lo que sea el derecho. Pero también hay una segunda sección en el diccionario que dice que definir es delimitar.

Esta segunda sección coincide con su sentido etimológico, ya que definir es una palabra castellana que deriva de una voz latina que significa delimitar. Hay que poner límites a lo definido. Ciertamente nos volvemos a topar con la misma dificultad que poner límites a algo que no existe en una realidad tangible es complicado.

Por eso se suele diferenciar entre definir y describir. Si en el tema primero se trató de definir qué es el derecho, en este tema segundo vamos a tratar, vamos a intentar, no sé si a lograr, describir lo que sea el derecho. Y al describir ciertamente lo que estamos haciendo es dar una definición descriptiva.

Se habla de definiciones descriptivas cuando la definición no afecta a la esencia de la cosa definida, sino a sus características. Se trata de enunciar, de referir, de exponer una serie de notas o de principios característicos, justapuestos, es decir, como una adición. Con lo cual lo

que vamos a intentar al hablar de cómo es el derecho es señalar sus notas características.

Bien, es verdad, y así termino esta primera pregunta que usted me formula, que sólo hablaré del derecho como derecho objetivo. Ya en el tema primero se distinguía entre derecho objetivo, que significa derecho como norma, y derecho subjetivo, que es derecho como facultad. Pues aquí, en esta exposición radiofónica, que muy gustosamente hago, me parece que la radio es uno de los más maravillosos instrumentos e herramientas que tiene la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y que me parece que las emisiones radiofónicas tendrían que tener mucha más importancia en el espíritu de los alumnos y en, también, el interés de los profesores de la que está teniendo en estos últimos años, pues en esta emisión radiofónica digo que hablaré solamente de la descripción del derecho según sus notas características en el sentido derecho objetivo.

Vamos, pues, a señalar notas características. ¿Nos podría enunciar, entonces, cuáles son estas notas características? Creo que son cinco. Pues, ciertamente, son cinco notas.

La primera, y las voy a referir despacio, quizás hasta saboreando un poco sus palabras, ya que en derecho es muy importante referirse al sentido propio, al semántico, al sentido semántico de las palabras, su significado. La mayor parte de las veces, cada vez que expresamos un concepto jurídico, lo expresamos ciertamente, nuestro vehículo es la palabra, la tenemos que saber utilizar, no sólo basta saber, sino hay que saber decir, y, por lo tanto, casi siempre la palabra nos va a descubrir su significado. Primera nota, generalidad.

Segunda, imperatividad. Tercera, coercitibilidad. Cuarta, alteridad.

Quinta, moralidad. Pues, si le parece, podríamos empezar por esta primera nota. ¿Cómo se podría definir la generalidad? Decía que casi siempre las palabras nos dan noticia del significado de lo expresado con ellas.

También es verdad que se dice muchas veces que las palabras no llegan, en muchísimas ocasiones, para definir o para referir nuestros sentimientos. No sé qué decir porque cualquier cosa que diga no alcanza a expresar lo que estoy sintiendo. Bueno, ciertamente con esta limitación que tienen las palabras vamos a intentar, ya que no se trata de expresar sentimientos, sino de describir conceptos.

Vamos a intentar definir estas palabras. Generalidad. Generalidad hace referencia a general, y general hace referencia a común.

El derecho se dice que es general o que presenta una nota de la generalidad en la medida en que se formula con independencia de cualquier caso o supuesto particular. Lo explico. En las doce tablas es un ordenamiento jurídico romano del siglo V a.C. que ustedes, espero que estudien el próximo año, y lo espero y lo deseo vivamente, porque si son alumnos de curso de acceso que están realizando los estudios de iniciación a la universidad y han escogido iniciación al derecho, les deseo a todos lo mejor en este curso y que lo puedan superar y, por lo tanto, el

próximo año sean alumnos de nuestra Facultad de Derecho, pues ustedes verán el próximo año, en primer lugar, una asignatura que se llama Derecho Romano, a la cual yo me dedico.

Dentro del Derecho Romano se comienza con un ordenamiento jurídico primitivo del siglo V a.C., es decir, estamos hace dos mil quinientos años del tiempo presente. Pues en esa norma se expresa una formulación latina, breve y sencillita, que dice Privilegia ne in rogando. Bueno, el latín siempre asusta un poco, pero es muy facilito de traducir.

Privilegia es una palabra compuesta que significa la ley particular. Privilegium es una ley que afecta o que se refiere a un caso particular. Ne in rogando significa que no puede ser rogada y rogar significa que no se puede solicitar, lo cual significaría en el tiempo presente que los órganos legislativos del Estado no pueden dictar una ley que haga referencia a un caso concreto.

¿Y por qué? Porque ello sería una situación de excepcionalidad. La norma no contempla casos particulares y no contempla casos generales. La norma no está pensando en supuestos concretos y particulares, sino que está pensando en supuestos comunes y generales, en los cuales se pueden subsumir los supuestos particulares.

Me explico otra vez. Si el Código Civil presenta una serie de preceptos que regulan la compra-venta, no se está refiriendo en esos preceptos a ninguna compra-venta en particular que puedan celebrar dos personas. Todos los días, cada vez que salimos de casa, nunca volvemos a nuestra casa sin haber realizado una compra-venta.

Tomar un café o comprar un periódico es realizar una compra-venta cotidiana, manual se llama, en la medida en que se intercambia cosa por precio. Pero, ciertamente, la regulación jurídico-positiva de nuestro Código Civil no se refiere a ninguna de las compra-ventas particulares que hacemos, sino al régimen jurídico de la compra-venta en general. Si hubiese algún problema entre dos personas que celebran un contrato de compra-venta, el juez que aplica el derecho lo que haría es coger el supuesto que se presenta a su jurisdicción, a su competencia jurisdiccional y tratar de subsumirlo.

Subsumirlo significa integrarlo en la norma que regula ese supuesto. Por eso se dice que el derecho es general y que las normas no pueden ser de carácter particular. Así lo mismo se puede decir en relación con el régimen jurídico del matrimonio, el régimen jurídico de la hipoteca o el régimen jurídico de la propiedad.

Por eso se trata de hablar de instituciones muy corrientes que todo el mundo conoce. Profesor Fernández de Buján, volviendo a esa frase latina que usted nos ha comentado, ¿de alguna manera significa que no se pueden solicitar privilegios? Ciertamente, solicitar privilegios no se pueden. Ya que usted me lo pregunta, le voy a hacer un pequeño distingo que no estaba previsto, pero que me viene muy bien su pregunta para hacerlo.

Hay que distinguir entre leyes particulares, que son aquellas que se dictan pensando en un

caso del llamado *ius singulare*, que es que una norma da soluciones diferentes a casos análogos, pero que presentan alguna variante. Vamos a ver si lo explico un poco bien. Hay una doctrina del Tribunal Constitucional, que es nuestro más alto tribunal, intérprete de nuestra norma suprema, que dice que infringe el principio de igualdad no sólo tratar desigual a los iguales, sino también tratar igual a los desiguales.

Esto quiere decir, siempre que exista una situación excepcional, cabe que el derecho contemple esa situación y, en base a las circunstancias excepcionales de la misma, dé una solución distinta a los casos generales. Quiere decir, la generalidad no está reñida necesariamente con que haya supuestos concretos que el derecho atienda por razón de su excepcionalidad. Generalidad, la norma debe tratar siempre igual a los iguales.

Excepcionalidad, *ius singulare*, en el caso de que haya circunstancias excepcionales que son tenidas por el derecho como tales y dignas de protección, se puede dar soluciones diferentes. Podríamos pasar a la segunda nota característica. A mí me suena, por lo menos a mandato, es la imperatividad.

¿Es así? Sin duda ninguna. Le suena perfectamente. Ciertamente yo siempre digo que el derecho, casi todo, es sentido común.

Y cuanto más sentido común se tenga, pues más sentido jurídico se tiene. Alguien definió al derecho como la *ratio scripta*. Otra expresión latina, pero muy facilita.

Ratio, razón, escrita. Imperatividad suena a mandato. ¿Qué significa esto? Que el derecho, en sus preceptos, no invita a hacer, no ruega que se hace, no aconseja lo que se debe hacer.

Todo eso no lo hace el derecho, sino que el derecho manda. Todo precepto jurídico es un mandato jurídico, porque todo precepto jurídico es imperativo. El derecho es derecho en la medida en que ordena o prohíbe, y además ordena o prohíbe, conductas de las personas.

El derecho ordena determinadas conductas y el derecho prohíbe determinadas conductas. Todo lo que no sea ordenar o prohibir, cae fuera del campo del derecho, al menos entendido en sentido estricto. Ciertamente es verdad que existen a veces, con carácter muy excepcional, normas en el ordenamiento jurídico que no son imperativas, que no mandan.

Una de las muy famosas, que generalmente se citan, es una norma que está contenida en nuestra primera Constitución. Ustedes van a estudiar, muy pronto, derecho constitucional, y van a estudiar un poquito la historia del constitucionalismo español. La primera constitución nacida, porque hay constituciones no nadas, que pudieron ser pero no fueron, pues la primera constitución que surge en la historia del constitucionalismo español es la Constitución de Cádiz, que es la Constitución de 1812.

Hay un precepto en la Constitución de Cádiz, con una formulación hasta simpática, que dice que todos los españoles deben ser buenos y benéficos. Uno, siempre que lo lee, no deja de sorprenderse un poco de la candidez del legislador constituyente. Y lo que se pregunta es,

bueno, y si no somos buenos y benéficos, ¿qué ocurre? Pues, ciertamente, no va a ocurrir nada.

Es un buen deseo formulado por el legislador, pero es excepcional. Repito, imperativo significa que el derecho ordena, y ordena prohibiendo o obligando. La tercera nota característica es la coercitibilidad, que es difícil de decir.

Parecen sinónimos. ¿También viene de coartar? Ciertamente sí que parecen sinónimos. Parecen conceptos prácticamente análogos.

Está, por lo tanto, directamente relacionados uno y otro. ¿Qué significa coercitibilidad? La coercitibilidad significa la propiedad que tiene el derecho de imponerse por la fuerza, que es imperativo. Imperativo significa que una norma ordena una conducta, o una norma prohíbe una conducta.

Es decir, no la aconseja, como decía, o no la invita, o no la ruega, sino que la manda. ¿En qué se diferencia mandar, que es la imperatividad, de la coercitibilidad? Ciertamente, como sabemos, los mandatos jurídicos pueden ser cumplidos o pueden ser violados. La violación del derecho se habla también de la trasgresión de las normas jurídicas.

Se habla también de la conculcación de las normas jurídicas. Una norma jurídica se conculca cuando no se respeta lo que ordena. Ciertamente, en muchísimos casos, la mayor parte de las normas jurídicas son cumplidas voluntariamente por los ciudadanos.

Cuando digo que son cumplidas voluntariamente por los ciudadanos, no le estoy restando nada a la imperatividad. Ciertamente, por poner un ejemplo, que todos somos muy sensibles, es bueno y benéfico pagar impuestos. ¿Quién podría decir lo contrario? En la medida en que tenemos conciencia de que con la contribución que cada uno hagamos a las arcas públicas y a los presupuestos del Estado, se realizan múltiples servicios por parte de los órganos de la Administración.

Se redistribuye la renta, se realizan servicios públicos, siempre se piensa en carreteras, hospitales, escuelas, etc. Ciertamente, creo que se debe concienciar uno de la obligación, no solo jurídica, sino también moral, de pagar impuestos. Pero la gente paga impuestos porque son imperativos, un tanto por ciento alto.

No es que se le aconseje a usted dar un porcentaje de su renta, sino que se le manda, no se le invita, sino que se le manda a dar un porcentaje de su renta. Las dos posibilidades que caben en el contribuyente son cumplir voluntariamente lo que es un mandato o no cumplirlo. Si uno cumple voluntariamente lo que es un mandato, el mandato está ahí y se ha cumplido sin necesidad de utilizar ningún medio coactivo.

Pero el mandato fue imperativo, no se le dijo que sería bueno que usted diese un porcentaje en concepto de impuestos, sino que se le manda pagar impuestos. ¿Qué diferencia hay entre la imperatividad y la coercitibilidad? La coercitibilidad parece que viene en una segunda instancia, que es, y en aquellos casos en que los ciudadanos, no obstante el mandato imperativo del

derecho, no pagan impuestos, pues entonces viene una nota del derecho que es la coercitibilidad, que se puede identificar con una palabra, que es fuerza, y además fuerza cruda o en su sentido más crudo, que es fuerza física. El derecho es coercitivo en la medida que tiene fuerza que respalda su cumplimiento, fuerza física, que quiere decir, nos han mandado a hacer algo, si lo hemos hecho, la nota del derecho es la imperatividad, si no lo hemos hecho, viene una segunda nota, que es la coercitibilidad, que es que nos pueden obligar por la fuerza a cumplir lo que no hemos querido cumplir voluntariamente.

Ciertamente esta nota es muy discutida en la doctrina. Algunos autores piensan que la nota de la coercitibilidad no es de esencia del derecho. ¿Cómo razonan? Dicen, no es de esencia en la medida que el derecho, si ordena una conducta y esa conducta es cumplida voluntariamente por el ciudadano, ya no se necesita la coercitibilidad.

En la medida en que el ciudadano no cumple por una razón de fuerza física, sino por un convencimiento, a instancias de un mandato, no a ruegos, sino a instancias de un mandato, la nota de la coercitibilidad no se da en todo caso. Bien, es verdad que esta argumentación se podía deshacer. En derecho casi todo no es nunca ni blanco ni negro, sino que hay infinitas tonalidades grises.

Una de las cosas que creo que debían ustedes, los que me escuchan, que son candidatos a alumnos de derecho, me gustaría que las emisiones de radio de la UNED no las escuchasen solo los alumnos de la UNED. Me parece que una de las misiones de la universidad es la transmisión de la cultura, como consecuencia de lo cual creo que si solo hacemos emisiones de radio que puedan interesar a alumnos de las distintas titulaciones, no estamos cumpliendo del todo nuestra misión. Los alumnos serán personas que se formen en cuanto a una determinada profesión, pero la transmisión de la cultura vale para todos, y creo que la radio puede llegar a todo el mundo.

Me gustaría que alguna emisión tuviera el suficiente atractivo, el suficiente interés de que la escuchara la gente sin necesidad de que fuera alumno de una determinada titulación. Con estos paréntesis que de vez en cuando hago, expreso la idea que tengo de la radio universitaria. El derecho no es necesariamente fuerza física.

Casi es necesario decir que el derecho no es fuerza física, pero no deja de ser fuerza física. ¿Y por qué no deja de ser fuerza física? Pues no deja de ser fuerza física porque muchas veces las conductas ordenadas por el derecho se cumplen porque se sabe que si no se cumplen vendrá la fuerza física. Es decir, dicho de una forma sencillísima, las normas son disuasorias.

Porque hay código penal hay mucha gente que no comete tipos delictivos, porque los cometería de no haber código penal, porque sabe que si comete esa conducta y es delictiva, y ciertamente existe la posibilidad de que las fuerzas de orden público a través de una denuncia, a través de una investigación lo puedan coger, pues se le aplicará toda la fuerza del derecho. En definitiva, creo que la fuerza es un elemento esencial del derecho para que éste se cumpla. Y vamos ya a la cuarta nota característica que es una palabra ya más compleja, quizás se nos

escapa un poco más al sentido común del que hablábamos antes.

¿Qué es la alteridad? Decía que había que siempre referirse al significado de las palabras. Alteridad viene también de una voz latina que significa alter. Alter es el otro.

Lo cual significa que la alteridad hace referencia a una norma que regula conductas humanas pero en relación con otros. Esto quiere decir, el hombre es un ser social. Eso lo dijo hace mucho tiempo Aristóteles.

Realmente lo que dijo fue que es un animal político. Cuando dice que es animal, ciertamente no nos tenemos que ofender. Cuando dice que es político, quiere decir que vive en la polis, en la medida en que los hombres vivimos juntos y no aisladamente, somos animales políticos.

La intimidad o la interioridad no interesa para nada al derecho. Al derecho le interesan las conductas del hombre en relación con otros hombres. En la medida en que estas conductas violan o conculcan los derechos de los demás, ciertamente el derecho va a actuar.

Hay un principio penal que dice que el pensamiento no delinque. Lo voy a explicar de una manera muy simple. Puede ser de que un cajero todas las noches cuando haga caja, arda en deseos de llevarse parte de la caja hecha.

Pero en la medida en que no dé un paso hacia el exterior, cabría la posibilidad de que sí que lo diese aunque no consiguiese el resultado. Eso se llama tentativa o frustración. Cuando ustedes estudian derecho penal, si es que lo estudian, o cuando ustedes topen con un periódico que comente una noticia de un delito en estado de tentativa de frustración, pues querrá decir que la gente ha iniciado el camino para la consecución del resultado antijurídico y no lo ha alcanzado.

Pero, repito, el pensamiento no delinque. No estamos en un código moral en donde la intencionalidad, el querer hacer algo malo para ese código moral, es igual que el hacerlo para el derecho. Solamente interesan las conductas en cuanto se proyectan hacia el exterior.

Y hablamos de moralidad. Quizá es la quinta nota característica de la moralidad. ¿Quiere decir que el derecho es moral? Al final, y me parece la nota más importante de todas, ciertamente aquí ofrezco, igual que en toda mi exposición, nada de lo que he dicho es dogma.

Absolutamente todo lo que han escuchado es opinable. Es mi idea. Ciertamente no puedo decir que sea necesariamente original en cuanto que es suscrita por muchos autores, muchos pensadores o muchos ensayistas jurídicos, pero todo es opinable.

La moralidad, considero que es la nota fundamental, lo considero yo y lo considera mucha otra gente. ¿Por qué se dice que el derecho es moral? Porque, a mi juicio, el derecho recoge en su propio ámbito una serie de valores que son metajurídicos. La palabra metajurídico, ¿qué significa? Meta es más allá.

La metafísica es lo que está más allá de la física. Y lo metajurídico es lo que está más allá del derecho. ¿Y cuáles son esos valores metajurídicos? Ciertamente cada uno tendrá los suyos, pero hay algunos respecto a los cuales existe cierto consenso.

Un valor metajurídico es la libertad. ¿Es que la libertad es un valor jurídico? Pues yo creo que no. La igualdad, o la equidad, o la solidaridad, que es un valor humano, y la caridad es un valor cristiano, el preocuparse de los otros.

Tanto desde el punto de vista estrictamente humano, trascendente, caridad, solidaridad. Son valores metajurídicos. El derecho también parte de conceptos que no son jurídicos para trabajar.

¿El concepto de persona es un concepto jurídico? Yo creo que no. Todo hombre, por el hecho de serlo, es persona. El derecho no crea el concepto de persona, sino que se limita a recogerlo.

¿El concepto de propiedad es un concepto jurídico? Yo creo que no. Es un concepto de derecho natural. La propiedad forma parte de la propia naturaleza humana, de alguna manera.

La persona forma parte de la propia naturaleza también humana, el concepto de persona. Por lo tanto, el derecho es un orden o un conjunto de valores, es decir, un orden axiológico. Por eso es el derecho una ordenación moral.

El derecho, por lo tanto, recoge en su seno unos valores morales. Su propio fin es la justicia, y la justicia no es un valor jurídico. Acabo con una cita muy bonita del Digesto, que ustedes estudiarán, Dios mediante el próximo año, los que lo estudien y los que no lo pueden leer, consultar, preguntar o indagar.

Es un libro importantísimo en la historia de la ciencia del derecho. Nos dice, conviene que aquel que se vaya a dedicar al estudio del derecho sepa de dónde procede la voz derecho, que los romanos llamaban ius. Y dice, ius a justicia appellatur, que significa ius, llamado así por derivar de justicia.

La primera idea, pues, es que justicia no deriva de ius, sino que ius deriva de justicia, lo cual significa que la justicia está antes que el ius, que el derecho. En la medida en que hay justicia, hay derecho. No en la medida en que haya derecho, hay justicia.

Ius a justicia appellatur. Y sigue diciendo, pues, como elegantemente define Celso, Celso es un jurista del primer tercio del siglo II de nuestra era. Dice, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.

Y continúa, razón por la cual se nos puede llamar sacerdotes, porque profesamos el saber de lo bueno y de lo justo. Anhelando hacer buenos a los hombres. En definitiva, que ciertamente a mi juicio no puede haber derecho si este derecho no tiene unos referentes morales.

Sin moral, sin valores morales, no es posible que exista el derecho. Y una última nota, si

derecho es un conjunto de valores morales, ¿en qué se diferencia moral y derecho? Pues se diferencia en alguna de las notas que les he enunciado antes, como son la imperatividad y la coercitibilidad. Y traigo un ejemplo muy sencillito y con esto acabo.

Es un precepto moral, yo creo que universalmente aceptado, no matarás. Para los que profesamos una determinada religión y para los que no la profesan. Para los que la profesamos está hasta en el decálogo.

El quinto mandamiento es no matarás. Para los que no la profesan, es que yo creo que hoy es indiscutido, que no se pueda atentar contra la vida de nadie. El precepto dice no matarás, pero ¿qué ocurre si alguien viola o infringe el precepto moral? De Texas para abajo parece que no pasa nada, porque es que el código moral no tiene coercitibilidad, no tiene fuerza detrás.

El no matarás queda sin sanción, mientras que si se infringe el precepto jurídico que consagra el no matarás, sí que hay sanción. El viejo código penal que yo estudié, no estudié el nuevo que es muy reciente, decía en su artículo 407, el que matare a otro será castigado como reo de homicidio a la pena de reclusión menor. Hay diferencia entre uno y otro, no imponen la misma conducta, pero uno tiene sanción, coercitibilidad y además ordena, y el otro simplemente es algo que hacemos porque nuestra conciencia nos obliga a hacer.

Nada más y muchas gracias. Con estas palabras debemos despedirnos del profesor Federico Fernández de Wuhan. Muchas gracias a todos, muy buenas noches.

Y hasta aquí la programación de la UNED. Les esperamos de nuevo el próximo lunes, aquí en esta misma emisora. Gracias por su compañía, feliz fin de semana.

Subtítulos realizados por la comunidad de Amara.org