

# Una Introducción al Estudio del Derecho

COLECCIÓN JURÍDICA  
SERIE MENOR

Publicaciones de la Escuela de Derecho  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso



# Una Introducción al Estudio del Derecho

CUARTA EDICIÓN 2003

ALVARO D'ORS



EDICIONES UNIVERSITARIAS DE VALPARAÍSO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO - CHILE

© Alvaro D'ors Pérez-Peix, 1989  
Inscripción N° 44.997

Derechos Reservados  
Edición de 100 ejemplares, 2003

Ediciones Universitarias de Valparaíso  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Fax (32) 273429  
Email: [euvs@ucv](mailto:euvs@ucv)  
[www.euv.cl](http://www.euv.cl)

Impresos Libra, Valparaíso

HECHO EN CHILE

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

*Presento ahora una nueva redacción, totalmente re-  
hecha y ampliada, de unas páginas escritas hace más de diez años  
(Una introducción al estudio del derecho, 1963 - simple reim-  
presión en 1973). Adolecían entonces de no haber sido escritas  
con la mira puesta en un nivel determinado de lectores; quizá  
hoy se concrete más este destino, al pensar en estudiantes que  
van a iniciarse en el estudio del derecho.*

*¿Qué es lo que se debe decir sobre el derecho a lectores  
de ese nivel? Varios planteamientos eran posibles. Podía darse  
una explicación de tipo filosófico, pero quizá no podría hacer yo  
más que trivializar un poco lo que es propio de la Filosofía del  
Derecho y que constituye el objeto de una asignatura especial.  
También podía darse en comprimido una síntesis de todo el  
derecho positivo, con amplia referencia a su historia, empeño  
para el que, francamente, no me encontraba preparado. Podía  
también pensarse en una introducción metodológica de carácter  
práctico, para enseñar a estudiar, a resolver casos, a manejar  
repertorios y enciclopedias, incluso con apretada información  
bibliográfica. Por mi parte, quizá por el peso de tener la labor  
ya encauzada por la primera edición, me resultaba más factible  
el presentar una interpretación congruente de los conceptos  
principales que el estudiante encontrará a lo largo de su ca-  
rreira; de los conceptos generales más que de las instituciones*

*particulares, pero sobre todo, de ciertas claves que sirven al fin de preparar la mentalidad de los jóvenes para la crítica de la realidad actual.*

*Debo subrayar todavía que se trata de una introducción no “al derecho”, sino “al estudio del derecho”, y de ahí el carácter más escolar que práctico y la diferencia con otro tipo de introducciones que parecen dirigidas al hombre de la calle más que a futuros estudiantes de la Facultad de Derecho; y no se trata de una diferencia sólo de tono, sino también de materia; de ahí también la referencia, en el tercer capítulo, a la Organización Social, como introducción al estudio del Derecho Público que se imparte en las Facultades de Derecho.*

*Es muy comprensible que se me censure por haber montado esta interpretación sobre una determinada ideología personal. Nada tengo que oponer a esta censura, que se basa en un hecho cierto, a no ser la duda de si acaso se puede reprochar a alguien que sea, también en estas ocasiones, consecuente con su pensamiento fundamental. Por lo demás, ¿es posible presentar una interpretación sintética de la realidad si no es sobre las coordenadas de un sistema de pensamiento sin fisuras? Y precisamente por reconocer este carácter subjetivo, si se quiere, de mi interpretación he titulado a este librito “Una introducción. . .”, pues hay, en efecto, otras posibles, que por lo demás, acaso hayan de ser siempre tan subjetivas como la mía. La virtud, quizá, esté en saber reconocer la propia parcialidad, y en evitar la presunción solemne del que se cree indiscutible.*

*Aunque destinada esta interpretación a futuros estudiantes de Derecho, es posible que algún jurista ya formado, y que esté un poco de vuelta de los textos que estudió, encuentre cierto deleite en esta franca comunicación que aquí ofrezco.*

*Relaciones reiteradas y sinceramente cordiales con algunos juristas chilenos, ilustres y amigos, me han deparado*

*la gustosa ocasión de publicar una nueva edición precisamente en esa tierra, América, que, sin haber visitado yo todavía, amo y admiro, y por la que ahora me presiento bien entendido, en estos tiempos en los que por doquier resulta tan difícil encontrar comprensión si uno no rinde obsequio a la tiranía de los tópicos revolucionarios, con los que no me encuentro en condiciones de simpatizar.*

*Pero debo pedir disculpas al lector chileno por el hecho de haber redactado primeramente y luego revisado este libro, con el pensamiento puesto en el ambiente de España y en las frecuentes deformaciones intelectuales de los universitarios españoles de nuestro tiempo. Es probable que un conocimiento más directo y profundo de la manera de pensar de los universitarios chilenos me habría llevado a decir otras cosas que aquí omito, o a matizar mejor algunas de las ideas aquí enunciadas. No habiendo sido esto posible, debo dejar tal labor de acomodación y suplencia a la inteligencia que creo de mis lectores.*

*No sé si se podrá percibir sin más aclaración la gran esperanza que albergo de un poderoso despliegue intelectual de los pueblos americanos de habla hispánica, de una futura pujanza que llegue a configurar un mundo en el que resulte recuperada la gran tradición cristiana sin la ganga de las infidelidades europeas. Sólo puedo decir en este momento que nunca tuve reparo para declarar mis reservas frente al mito del “europeísmo”, y que, al hacerlo, me apoyaba en esa esperanza confortadora. Incluso para el porvenir de la cultura jurídica he creído vislumbrar el papel que a esos pueblos puede caber en el futuro, y así intenté decirlo en un discurso que no llegó a ser leído en Santiago de Chile, pero que sí puede leerse ahora en su revista histórico-jurídica.*

*Con esta gran esperanza intelectual me atrevo a ofrecer hoy al lector chileno esta secuencia de ideas en la que late, como puede fácilmente verse, una esforzada explicación que pretende*

*superar, a pesar de su deliberada sobriedad, cierta rutina mental que me parece indigna del nivel propiamente universitario.*

*Quiero agradecer especialmente a Ediciones Universitarias de Valparaíso la aceptación de mi libro y al Prof. Guzmán Brito todo el cuidado puesto en procurar esta edición y corregir las pruebas.*

ALVARO D'ORS

*Pamplona, enero de 1976.*



## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **Conceptos generales**



1. El estudio del derecho es un estudio de libros y no de cosas, fenómenos o números, no necesita aparatos ni laboratorios. Pertenece a las **Humanidades** y no a las Ciencias Sociales.

Las ciencias, en el sentido más amplio, se dividen en tres grandes grupos: las humanísticas, que estudian los testimonios, normalmente escritos, de la conciencia humana individual; las empíricas, que estudian los fenómenos de la naturaleza material y las geo-sociales o geonómicas, que tienen como objeto propio la masa humana en relación con la tierra en que se halla instalada. Dentro de este tercer grupo se halla la Economía y la Sociología. Economía es una palabra griega que quiere decir, literalmente, la ciencia de la ordenación -nomía- de la “casa” -oikos-, es decir, de un hogar familiar, de una empresa, del Estado -la llamada Economía Política-, o incluso de un conjunto internacional, es decir, supraestatal; la **Geonomía** se proyecta como más amplia: referida a toda la Tierra -Geo- y a los múltiples problemas de instalación, comportamiento, comunicación, instrucción, administración, etc., de la masa humana asentada en ella, bien sean considerados en su generalidad o bien por aspectos y territorios determinados. La **Sociología**, por su parte, es la ciencia del comportamiento de las masas humanas; la palabra es híbrida, pues “socio” es un término latino que alude al agrupamiento masivo de hombres, y “logía” es la palabra griega para decir exposición

científica.

2. Los libros de derecho se refieren a soluciones propuestas para resolver conflictos principalmente patrimoniales -es decir, relativos a cosas útiles o bienes- entre dos personas. El conflicto mismo no es social, sino personal, y de ahí que presuponga una actuación libre, una conducta de cada uno de los que en él intervienen.

La realidad de estos conflictos como fenómeno social interesa al sociólogo, pero no al que se dedica al estudio del derecho. Cuando esos conflictos de conductas se estudian como fenómeno social, pierde interés la consideración de la libertad personal y se toman como hechos cuantitativos, sujetos a una cierta regularidad estadística. Por ejemplo, el acto de apropiarse de algo ajeno es, en sí mismo, un acto ilícito pero libre, que podemos cada uno de nosotros dejar de cometer; para el sociólogo es un fenómeno constante de la masa social, cuya intensidad no depende ya de la conducta personal, sino de condicionamientos exteriores, como pueden ser el nivel de vida, la gravedad del eventual castigo, la menor temperatura de la estación del año, etc.

También es personal la solución propuesta para el conflicto personal tomado en consideración. Aquella solución tiene siempre un autor personal, que pudo formularla en otras palabras, incluso con un sentido muy distinto. Aunque luego se repita constantemente aquella solución, nunca llega a ser un acto social; o mejor, en cuanto lo consideramos como un comportamiento social, nos colocamos en la posición de un sociólogo y no de un jurista. A éste interesa el criterio concreto para resolver cada conflicto y no la realidad social que resulta de la aplicación más o menos frecuente de aquel criterio.

La ideología socialista y marxista, al mantener necesi-

riamente un punto de vista sociológico, es absolutamente extraña al interés del estudio del derecho propiamente dicho. Aparte de esta radical incompatibilidad con el oficio jurídico, la doctrina marxista resulta en sí misma anacrónica por su vinculación dogmática a un credo materialista que la nueva ciencia Física, al eliminar la realidad conceptual de la abstracción llamada “Materia”, ha superado definitivamente.

3. La incidencia concreta de un conflicto se llama “**caso**”. Esta palabra viene del verbo latino *cado*, como también la palabra “accidente”: es lo que ocurre en un determinado momento o, incluso mejor, lo que suponemos que puede ocurrir, la hipótesis de hecho.

Los casos son el objeto ordinario del estudio del derecho, o sea, las **cosas** propias de ese estudio. La palabra “cosa” procede de la latina *causa*; así, el conflicto, en cuanto interesa al derecho, es la *causa* por excelencia. De esa misma palabra derivan otros muchos términos del derecho, como acusar, excusar, recusar, etc. Pero *causa* sirve también para traducir el término griego *aitia* -razón suficiente- y significa así la razón que justifica un acto, del mismo modo que el conflicto mismo justifica el acto de formular una solución apta para resolver aquel conflicto.

Todo nuestro pensamiento acerca del derecho versa sobre casos, cosas y causas. Pero el derecho mismo no es ese conjunto de datos materiales o mentales, sino lo que el hombre ha sido capaz de reflexionar y declarar sobre ese conjunto. Así, en definitiva, los libros. **Saber derecho** quiere decir conocer esos libros en forma suficiente para poder hablar, es decir, razonar sobre aquellos conflictos; más concretamente: para poder **responder** responsablemente acerca de la mejor solución para resolverlos.

4. La **Historia del Derecho** es una Historia de libros. En realidad, la Historia tiene siempre por objeto de su estudio los textos escritos y no los hechos mismos. Lo que interesa al historiador no es averiguar lo que realmente ha ocurrido, como si fuera un detective del pasado, sino el testimonio que los mismos hombres dan de su propio acontecer, un testimonio de la reflexión de su conciencia. Pero tampoco se trata de valorar los testimonios para averiguar la verdad -como pueden hacer los jueces que reciben las pruebas de los hechos alegados por las partes en controversia que acuden a ellos-, sino de comprender el testimonio mismo, sea cual sea su relación con los hechos, sea cual sea incluso su veracidad; no quiere esto decir que el historiador no deba distinguir entre un testimonio falso y otro verídico, sino que no debe considerar como algo sin sentido el testimonio que se descubre falso; por eso los documentos falsos se guardan en los archivos con el mismo celo que los auténticos.

Así también con la Historia del Derecho. Lo que a ésta interesa son los textos y no la realidad misma. Dentro de estos textos que interesan al derecho tienen especial importancia los **códigos**. “*Codex*”, de donde viene “código”, era el libro de páginas y no en forma de rollo o *volumen*. En el siglo III después de Cristo, por resultar mucho más práctico el manejo de un libro, cuyas páginas se pasan con una sola mano, que el de un rollo que debe sujetarse con las dos manos para desenrollarlo con la derecha y enrollarlo con la izquierda, esa nueva forma editorial fue adoptada para los libros de derecho -en tanto las obras literarias continuaron más tiempo en la forma de *volumina*-, y de ahí que el “código” sea por excelencia un libro de derecho, un libro práctico. Estos libros de páginas se hallaban divididos, no en cabezas o “capítulos” como los textos en rollos, sino en letreros o “títulos”, como ya era costumbre hacerlo en los textos escritos en tablillas. Dado el uso práctico de estos libros jurídi-

cos, la palabra “título” llegó a significar el apoyo legal de una pretensión legal, como sinónimo a veces de causa. En los textos legales modernos se acabó por combinar la nomenclatura de volumen y código, capítulos y títulos; la palabra “tomo” (corte), que era la más amplia división del rollo, también se conservó, pero como unidad divisible en volúmenes.

Los códigos modernos, divididos en libros, títulos y capítulos, constan de “artículos”, como los antiguos textos dogmáticos de la Iglesia, en tanto las compilaciones tradicionales de España, y todavía el “Fuero Nuevo” de Navarra, de 1973, constan de “leyes”; el Código Civil alemán consta de “parágrafos”.

Esta forma del código, en vez del rollo, se asoció al estilo del Cristianismo, pues resultaba más cómoda para el uso litúrgico, por lo que el formato del libro de páginas sirvió a la difusión del Cristianismo, en tanto el paganismo y la Sinagoga perseveraban en el uso de rollos. En el Pórtico de la Catedral de Santiago (llamado vulgarmente “Pórtico de la Gloria”), del siglo XII, el maestro Mateo distingue claramente a los autores de evangelios o epístolas neotestamentarias poniéndoles un *codex* en las manos, en tanto los personajes del Antiguo Testamento llevan rollos.

Así, para decirlo simplídicamente, la Historia del Derecho estudia ante todo los códigos antiguos, así como el estudio del derecho moderno se refiere a los códigos actuales.

5. Estos libros son las **fuentes** del derecho. “Fuente” vale como metáfora tomada del mundo natural para indicar la forma de producirse el conocimiento de los criterios de derecho, es decir, los libros y otros textos complementarios. Suele hablarse, también, de la simple práctica reiterada o “costumbre” como fuente del derecho llamado consuetudinario, pero tales costumbres nos son conocidas por los libros que tratan de ellas.

Algunos textos de derecho tienen carácter oficial, es decir, contienen criterios dictados por quien puede imponer el derecho, y se habla entonces de fuentes **normativas** y no de fuentes de conocimiento simplemente. “Norma” -en Latín, la escuadra para trazar ángulos rectos- es otra metáfora para indicar los criterios impuestos por aquella potestad imperativa, en tanto los criterios en general, aunque no sean oficialmente imperativos, se llaman “reglas”, es decir, por metáfora del instrumento que sirve para trazar líneas rectas (*regula* en Latín) .

La palabra “norma” aparece en el siglo IV después de Cristo para designar los reglamentos de los tributos, pero se ha generalizado y difundido mucho en nuestro siglo, por influencia alemana (“die Norm”). “Regla”, en cambio, es una palabra más usada desde antiguo, sobre todo por los autores de libros para la enseñanza del derecho, que debían extraer principios generales por razón de economía del esfuerzo, y equivalía a la palabra griega *canon*, que se utiliza para designar los preceptos del Derecho de la Iglesia, el Derecho Canónico; el término “regla” se utiliza muy comúnmente entre los anglosajones (“rule of law”).

6. Aunque la palabra “regla” indica que la rectitud se entiende como propia del derecho, en oposición a lo torcido (“tort”, “entuerto”), esta asociación se afirma definitivamente cuando la palabra vulgar *directum* suplanta a la antigua latina, de origen desconocido, *ius*; esto ocurre por influjo de la tradición judeo-cristiana, y ha determinado la formación de la palabra, tanto en las lenguas romances, directamente derivadas del Latín -”derecho”, “dret”, “direito”, “droit”, “diritto”, etc.-, como en las germánicas, que construyen la palabra sobre la base equivalente “Recht”, “right”, etc.-. La antigua palabra *ius*, en cambio, no aludía al camino recto, sino al ajuste aceptable de la solución al caso, con un valor originariamente adjetival: “lo que es justo”. La palabra *ius*, desplazada por la vulgar *directum*, ha servido,



sin embargo, para derivar términos cultos como, “jurídico”, “jurista”, “jurisprudencia”, “jurisperito”. Esto se explica porque la ciencia del derecho es fundamentalmente romana, así como la ciencia “política” proviene preferentemente de los griegos, y por ello procede de la palabra griega “polis” -la ciudad, hoy Estado-; “políticos” se llamaba en el siglo XVI a los teóricos de la nueva forma de poder civil que llamamos “Estado”.

7. De la palabra “ius” se ha derivado también “Justicia”, la virtud cardinal que consiste en el hábito de dar a cada uno lo suyo. Esta virtud, tan necesaria para la vida de los hombres, se ve fortalecida y sublimada por la gracia santificante que proporciona una Justicia infusa o sobrenatural, y, a la vez, por un don del Espíritu Santo, el don de Piedad, por el que podemos cumplir más fácilmente con la justicia de dar a nuestro padre Dios lo que le debemos como hijos adoptivos. En efecto, el primer deber de justicia consiste en dar a Dios el culto y el amor que se le debe, y por eso “el Pecado es una injusticia”. También pertenece a la Justicia el hacer sufragios por la Iglesia purgante. Respecto a nuestros semejantes, la Justicia consiste en darles lo que les pertenece, sea en nuestras relaciones particulares (Justicia retributiva), sea en nuestros juicios (Justicia judicial), sea cuando organizamos la convivencia (justicia distributiva).

La justicia es una virtud volitiva, que de poco nos serviría si no se completara con una virtud intelectual que nos indique qué es ese suyo que debemos dar a cada uno. Esa virtud intelectual es la Prudencia, otra virtud cardinal, que la gracia santificante eleva con la correspondiente virtud infusa y con el don del Consejo.

La Prudencia es la virtud intelectual que nos indica lo que debemos hacer y lo que no debemos hacer. Por lo que al derecho afecta, la Prudencia se presenta en forma de “Eubulia”,

es decir, de Prudencia para dar respuestas acerca de los conflictos propios del derecho, pero también como “Synesis”, que es la Prudencia para enjuiciar bien quien tiene el cargo de juzgar; del mismo modo que la “Gnome” es la Prudencia de gobernar bien quien tiene el cargo de mandar. Pero, en razón del objeto a que se refiere, la virtud de la Prudencia del juicio o del asesoramiento del juicio se puede llamar Prudencia del Derecho en general, es decir, como decían los romanos y seguimos diciendo hoy: **Jurisprudencia**, que definían aquéllos como la ciencia de lo justo y de lo injusto.

8. Justicia y jurisprudencia son las dos virtudes más propias del derecho, pero, en tanto la Justicia se empieza a adquirir por una formación moral general, como ocurre con las virtudes teologales -Fe, Esperanza y Caridad- y las otrascardinales -Fortaleza y Templanza-, la Jurisprudencia requiere un aprendizaje especializado que es, precisamente, el que deben facilitar las escuelas de Derecho, es decir, las Facultades de Jurisprudencia, llamadas en España “Facultades de Derecho”.

La Facultad de Derecho, junto con la de Teología y la de Medicina son las tres Facultades fundamentales y tradicionales de la Universidad. Las otras Facultades y Escuelas superiores agregadas son sobrevenidas. La Facultad de Letras empezó por dar una formación, común, propia del “bachiller en artes”, es decir, en las siete ciencias llamadas “artes liberales” de la Edad Media (*trivium*: Gramática, Retórica y Dialéctica, y *quadrivium*: Aritmética, Geometría, Astronomía y Música), y sólo posteriormente se desarrolló como escuela superior de Filosofía; la Facultad de Ciencias se constituyó por desdoblamiento de la de Filosofía en el siglo XIX; y las otras Facultades son muy posteriores. De nuestros días es la Facultad de Ciencias Económicas, la cual ha venido a liberar a las Facultades de Derecho de la

presión que ejercen hoy las ciencias sociales. En aquellos países, como en Francia, donde no existen tales Facultades separadas, las ciencias sociales han acabado por dominar a la Jurisprudencia y a arruinar el prestigio de los juristas.

9. A pesar del carácter científico del estudio de la jurisprudencia, no debemos olvidar que ésta es ante todo una virtud, una Prudencia del Derecho. Toda la vida del profesional del derecho debe quedar centrada por la conciencia de que su actividad técnica depende de esta virtud y de la de la Justicia, que se incrementan, como todas las virtudes, con el uso constante de las mismas. Debe recordar, asimismo, que la virtud de la Justicia es como ciega si no se ve asistida por la de la Jurisprudencia; y que muchas veces se incurre en resultados injustos, aun queriendo hacer justicia, por falta de Jurisprudencia, y que tantos desmanes que se perpetran en nombre de la justicia se deben a la ignorancia del Derecho. Esta ceguera de la Justicia, por la que necesita siempre de la asistencia de la Jurisprudencia, fue perspicazmente intuida por los romanos, que simbolizaron la *Justitia* como una diosa con los ojos vendados.

Jurisprudencia y Justicia deben mantenerse unidas, porque no basta saber si luego no se quiere realizar lo que se sabe que se debe hacer, pero tampoco sirve querer si antes no se sabe lo que se debe hacer.

Estas virtudes, por lo demás, no deben suplantarse por la idea de los **valores**. “Valor” y “virtud” son palabras parecidas por su origen, pues valor viene de *valeo*, estar bien, tener fuerza, y *virtud* viene de fuerza, la capacidad operativa de cada cosa, pero han derivado muy diversamente, por cuanto la virtud es un hábito moral, de la persona, y valor es, en general, el precio de una cosa, excepto cuando se habla del valor personal como sinónimo de la virtud de la Fortaleza; en este sentido se dice

que, al soldado, el valor se le supone. El sustituir sistemáticamente las virtudes por los valores es un síntoma de liquidación moral. El valor de una cosa depende siempre de circunstancias contingentes del mercado -como la “Bolsa de valores”- y de estimaciones subjetivas, en tanto las virtudes son objetivas y permanentes. Se puede hablar del valor de los bienes materiales, pero no se debe hablar de valor, sino de virtud, de las personas. La Ciencia es también una virtud, y la misma habilidad técnica, en cuanto, aptitud personal, es una virtud.

Lo que abusivamente se llama “orden sagrado (jerarquía) de los valores” es tan sólo una forma pedante y equívoca de decir “orden de bienes” -*ordo bonorum*-, incluyendo los bienes morales de las virtudes personales.

10. El que la Jurisprudencia, como toda Prudencia, sea una virtud moral no quiere decir, sin embargo, que no debemos distinguir entre lo moral y lo jurídico, es decir, el derecho.

A la conducta jurídica, como a toda conducta moral, es esencial el posible **juicio de reproche**; la diferencia está en la forma de ese juicio, la cual depende de una determinada situación social.

El grupo social suele reaccionar siempre ante las conductas personales que chocan con lo acostumbrado, pero esa reacción, que supone en todo caso un juicio de reproche, no tiene siempre el mismo grado de organización. Muy frecuentemente, la reacción social ante la conducta que se considera reprochable consiste en una manifestación más o menos abierta de censura, que puede ir desde la sorda murmuración de vecinos hasta la retirada de comunicación que obligue a emigrar. Este tipo de reacción social no convierte todavía aquella materia en propia del derecho. Una conducta empieza a ser propiamente jurídica cuando la sociedad establece un órgano, unipersonal o pluripersonal,

para declarar formalmente si una conducta particular se estima inconveniente o no. Este órgano que declara si un acto es justo o injusto -en virtud de aquella *Synesis* de que hemos hablado- se llama **juez**. La opinión del juez, su **sentencia**, constituye un **juicio** de efecto social. La actividad que compete a una persona para someter su pretensión de litigante a la decisión de un juez se llama **acción**.

Así, para cada conflicto concreto, para cada caso, es el juez quien debe decir lo que es derecho: es el *iu-dex* quien *ius dicit*. El conflicto -la *causa*, o “cosa-res- de que se trata” -objeto del juicio es el **litigio** -del Latín *lis*, genitivo *litis*- y las personas contendientes se llaman los litigantes.

Aquello que, según la organización social actual de cada momento, no puede ser objeto de un litigio, no puede tampoco llamarse derecho. No quiere esto decir, naturalmente, que sólo haya derecho en los litigios actuales, sino que sólo hay derecho cuando es posible, en principio, que aquel caso sea objeto de una sentencia judicial. La vida jurídica sólo en una mínima parte llega a los jueces, pero podría llegar, y, si excluimos esta posibilidad, excluimos a la vez la idea de derecho propiamente dicho. Los usos sociales que la sociedad no juzga por el trámite judicial, sino de manera espontánea y desorganizada, no tienen carácter jurídico.

Así, donde no pueden intervenir jueces, no hay tampoco derecho. De ahí que podamos definir el derecho como “**aquello que aprueban los jueces**”.

11. Esta definición debe entenderse, no sólo en el sentido de la justicia de las pretensiones personales que solemos llamar “derecho (con minúscula) subjetivo”, sino de los mismos criterios idóneos para resolver los casos, es decir, el “Derecho (con mayúscula) objetivo”. Esta distinción subjetivo-objetivo,

sin embargo, es un producto de un análisis racionalista no muy necesario para la inteligencia de la realidad jurídica. Lo que el juez aprueba es a la vez el criterio -el texto jurídico- que aplica, el libro que lo contiene, la competencia que se le atribuye, la pretensión formalmente presentada por el litigante, la conducta del mismo a que corresponde tal pretensión, el mismo trámite del litigio, etc. De ahí el genérico “aquello” o “lo que”, sin entrar en más distinciones, que figura en nuestra definición. Aunque el entender el derecho también como facultad tenga precedentes en el pensamiento católico, el empeño por distinguir la facultad de la regla, lo subjetivo de lo objetivo, es muy propio de la doctrina racionalista protestante, que tiende a reforzar el individualismo, y a relativizar la objetividad de los criterios de justicia. Culminación de esta tendencia es la reciente doctrina de los llamados “derechos humanos”, con la que se construye un sistema de derechos subjetivos sin preocuparse, ni de su fundamentación legal objetiva, ni, lo que es mucho más grave, de la forma de su posible declaración judicial. En realidad, para la formulación de tales derechos “naturales” sólo la Iglesia tenía la autoridad necesaria, y no una simple organización de naciones unidas.

También en el Derecho Canónico, tradicionalmente concebido como sistema de deberes, aparte lo que es pura Organización de la Iglesia, puede resultar desorientador el empeño de introducir la Categoría moderna del derecho subjetivo.

12. Las sentencias que formulan el derecho para cada caso, sirven de poderoso precedente para el momento en que casos similares vuelvan a presentarse. Esa costumbre judicial constituye una **doctrina** constante, que puede ser científicamente analizada, desarrollada y criticada. El progreso jurídico doctrinal se funda principalmente en esta reflexión sobre las sentencias judiciales, que influye a su vez sobre las futuras sentencias judiciales.

Naturalmente, los jueces también pueden equivocarse, pues son hombres. Puede incluso darse, en un mismo lugar y momento, una contradicción entre los criterios de un juez y los de otro -aparte la posible inconstancia de un mismo juez-, por ejemplo, porque prefieren diferentes libros para dar sus sentencias. Tenemos entonces un derecho **controvertido**.

Ordinariamente, esta falibilidad de los jueces lleva a organizar un sistema de revisión y eventual revocación de las sentencias, es decir, a un orden gradual de jueces, de modo que los superiores puedan rectificar los defectos de los inferiores. Como todo orden, debe tener unos límites, por ejemplo, de tres instancias, es decir, de dos posibles **apelaciones** a un juez superior. El último juez llamado a esta revisión de las decisiones de los jueces inferiores es el **supremo** (“Tribunal Supremo”, en España). El criterio, la sentencia de este juez supremo es, en último término, el que hace el derecho, al fijar definitivamente la “**cosa juzgada**”. Los otros jueces inferiores suelen acomodar sus sentencias a los criterios de ese juez supremo que puede eventualmente rectificar la que ellos declaren, y declarar injusto aquel derecho que ellos aprobaron. También puede ocurrir que, con el transcurso del tiempo, se reconozca como inconveniente el derecho que aprobaron los jueces de una época anterior; entonces ese derecho antiguo viene a quedar invalidado como injusto. También este cambio puede ser el resultado de un progreso doctrinal, pero no siempre se trata de cambios irreversibles, pues pueden depender de condicionamientos sociales y políticos mudables. Así, por ejemplo, en caso de conflicto entre un trabajador y el que le daba trabajo en forma de arrendamiento, los jueces aprobaban, en principio, la libre resolución del contrato mediante despido del trabajador. Luego la doctrina española ha cambiado en el sentido de limitar muy rigurosamente el despido; pero no sabemos si la traba que esta limitación presenta para la

productividad de la empresa y el desarrollo económico del país no puede algún día llevar a un régimen menos riguroso para el que da trabajo. Así, la declaración de otro derecho como injusto no siempre tiene carácter definitivo.

13. Si limitamos nuestra visión a los contornos de nuestra existencia terrenal, sí podemos decir que las sentencias del juez supremo tienen carácter definitivo, pues, aunque se introduzca una nueva doctrina contraria a la aprobada por aquel juez, la sentencia ya no puede ser variada. Pero también el juez supremo puede equivocarse. En tal supuesto, el que se siente perjudicado por aquella sentencia definitiva sólo cuenta con otra instancia, ya no terrenal, pero sí muy real, que es la del **juicio de Dios**. De éste hay certeza en que sucederá aunque no sepamos en qué momento. Para cada uno de nosotros hay un juicio **particular** en el momento indeterminado de la muerte, y para todos los hombres habrá un juicio **universal** y público en el “fin de los tiempos”. Aunque ese fin del mundo pueda parecer lejano, no hay que olvidar que lo anticipa sin revisión posible -pues Dios sí que no se equivoca- aquel otro particular mucho más próximo, incluso más próximo a veces que el de una apelación humana pendiente de sentencia.

Esta operación judicial divina se atribuye propiamente a Jesucristo, ante cuyo tribunal hemos de presentarnos todos, como dice San Pablo (*Rom 14, 10*). Y, precisamente por tener reservado ese Juicio Final, no quiso Cristo, durante su existencia encarnada en la Tierra, aceptar en ningún caso el encargo de juez, por ejemplo, cuando se le pidió una partición de herencia entre hermanos o la condena de una mujer sorprendida en adulterio. Del mismo modo que, siendo Rey, no quiso serlo en la Tierra, así tampoco, siendo Juez, quiso hacer de Juez en la Tierra.

Hay, por lo tanto, un derecho divino, pues hay un juicio



de Dios: es aquello que el juez divino aprueba. También este derecho debe servir de precedente -en la medida en que nos es conocido- y los hombres, especialmente los jueces, deben acomodarse a él.

El derecho divino se manifiesta en los libros de la Revelación, y los que conocemos estos libros seremos juzgados conforme al derecho divino que en ellos se contiene, y que, en la Edad Media, fue denominado **positivo**. Los que no conocen el derecho divino positivo, si no es por ignorancia culposa, y obran con recta conciencia, es decir, sobre todo los verdaderos paganos a los que no llegaron los libros de la Revelación, serán juzgados por Dios con mayor benevolencia, pues sólo puede exigirse de ellos aquella conducta que la razón humana natural les exige por sí misma, cuando no ha sido culpablemente oscurecida. Este derecho divino mitigado, conforme al cual juzga Dios a los infieles, se llama derecho **natural**. Al hombre cristiano este derecho no interesa personalmente, pues conoce el positivo más exigente, sino tan sólo por sus relaciones con los infieles. También el derecho natural se estudia en libros. Los textos por los que se puede averiguar los límites de ese derecho natural son el Decálogo dado a Moisés y los Evangelios. De hecho, como la conciencia no-cristiana o incluso ex-cristiana suele encontrarse muy obnubilada por la falta de la Gracia, sólo el cristiano puede ver con mayor claridad cuál será ese derecho divino natural, y de ahí que el magisterio de la Iglesia se haya esforzado en proclamar solemne y reiteradamente los principios del derecho natural, como son la libertad esencial del hombre, la monogamia e indisolubilidad del matrimonio, la ilicitud del homicidio incluso “eutanásico” y del aborto, la del uso sexual *contra naturam*, la de la mentira incluso en la vida política, la de la coacción contra la conciencia religiosa, etc., muchos de los cuales son desconocidos para la inteligencia oscurecida de

los no-cristianos, y olvidados en las formulaciones seculares de los “derechos humanos”.

14 Ese juicio divino tiene, sin embargo, algo de especial por lo que se distingue del humano también desde el punto de vista de la materia, y no sólo por la inmensa diferencia de la persona del juez. En verdad, la diferencia en cuanto a la materia depende de aquella diferencia personal. La materia objeto del Juicio Divino es **toda** la conducta humana y no sólo aquella porción de conducta que la sociedad, en un determinado momento, somete a sus jueces. Para los jueces humanos aquella conducta que no puede someterse a su juicio es conducta moral, pero no jurídica; para Dios, en cambio, toda la conducta moral se convierte en jurídica, pues se hace objeto de su Juicio. Así ocurre ya en esa forma de previsión del Juicio Divino que instituyó Jesucristo con el Sacramento de la Penitencia. Aunque sirva para el perdón de los pecados gracias a la misteriosa misericordia de Dios con el que los confiesa debidamente arrepentido, ese juicio de la Penitencia nos previene de cuál será el Juicio Divino en cada caso. Aunque hable la persona humana del sacerdote, el juicio es ya en cierto modo divino -como lo es ciertamente la Absolución- y por eso se extiende a toda nuestra conducta moral y no exclusivamente a la que interesa a los jueces humanos. Sólo que la plenitud del irrevocable Juicio Final de Dios en persona es incomparablemente superior a la previsión que declara su ministro, que también, como hombre que es, puede ser equivocada, aunque no para perjuicio del penitente de buena fe.

Esta conversión de todo lo moral en materia jurídica que es propia del Juicio Divino se debe principalmente a que aquel Juez tiene un conocimiento total de las conciencias, en tanto el juez humano no puede penetrar en las conciencias y debe limitarse a operar con un concepto muy convencional de la verdad,

que impone una limitación a la materia judicial, reducida a lo que la sociedad considera posible y necesario controlar por medio de sus jueces precisamente por las consecuencias sociales que aquella materia reporta.

15. El trámite por el que los jueces establecen esta verdad convencional y aplican un criterio jurisprudencial para resolver el conflicto se llama hoy **proceso**, y el estudio de lo que se ha escrito sobre esa forma de proceder es el propio del **Derecho Procesal**.

El juez puede encontrar en los libros que él tiene un criterio idóneo para sentenciar el caso conflictivo y por eso se dice que el juez ya conoce él el derecho y no hay necesidad de enseñárselo: “*iura novit curia*” (la curia, o sede judicial, conoce los derechos). Es posible que no siempre resulte clara la mayor idoneidad de tal criterio frente a tal otro, y para ello se dispone la estructura dialéctica del proceso.

Los litigantes, mejor dicho, los profesionales del derecho o **abogados** que los representan deben calificar los datos de hecho en la forma más favorable para defender los intereses de sus clientes, y gracias a la contraposición de las opiniones de los abogados puede formar el Juez su propio criterio. Por esto, los abogados no deben presumir de imparcialidad ni ponerse en la posición de jueces, pues con ello dificultarían la labor del Juez, el cual, para formar su propio criterio, debe ver agotadas antes todas las posibles razones a favor de uno y otro litigante. El abogado debe ser parcial y sólo así cumple a la vez con el deber de defender bien al litigante que le ha encomendado su defensa y con el deber de presentar al juez todas las razones posibles favorables a una parte. Esto no quiere decir que el abogado deba mentir ni falsear de ningún modo los hechos, aunque el abogado en una causa criminal sí pueda ocultar la verdad para

defender la integridad de su defendido, en consideración a que la defensa de ese bien vital y el secreto profesional del abogado es algo superior, en esa relación concreta, a la defensa de la misma verdad; hay así una importante diferencia entre el deber moral de un abogado en causa criminal y en otras causas puramente patrimoniales, pero, en cualquier caso el abogado debe procurar la mejor defensa posible del litigante y no arrogarse la pretensión de dar sentencia, como si él fuera el juez.

16. Esta estructura dialéctica del proceso es todavía más necesaria para averiguar los hechos del caso y establecer la verdad jurídica, pues la verdad jurídica, como todo lo jurídico, es aquella que aprueban los jueces.

Como los **hechos**, a diferencia de los derechos, no son conocidos por los jueces, deben los litigantes servirse de unos medios idóneos para convencer al Juez de los hechos alegados por ellos y que los **apruebe** como verdaderos: estos medios se llaman **pruebas**. También puede el mismo Juez acudir de oficio, es decir, de propia iniciativa, a medios de prueba que no han sido presentados por los litigantes, pero entonces ese mayor arbitrio suele verse compensado por reglas impuestas al mismo Juez que limitan su libertad de apreciación de las distintas pruebas. El arbitrio del Juez puede estar así en la búsqueda de pruebas (principio inquisitivo, de donde procede el sistema del proceso inquisitorial que practicaban los jueces de “Inquisición”), o en la valoración de las pruebas (principio de libre estimación de la prueba), pero no en los dos sentidos a la vez; es decir, en la medida en que en un determinado ordenamiento jurídico se amplía la libertad de inquisición, se tiene que limitar la libertad de estimación y se impone el principio de “prueba tasada”; en la medida en que se restringe la libre inquisición, limitando las pruebas a las que piden las partes litigantes (principio disposi-

tivo), en esa medida hay que ampliar la libre estimación de esas pruebas.

Esta complementariedad necesaria del régimen de la prueba judicial presenta un dato susceptible de un análisis **estructural** del derecho, pero, en conjunto, el derecho es una materia poco propicia a la metodología estructuralista, precisamente porque incluso estos datos que parecen invitar a tal ensayo sólo se pueden determinar por la observación **histórica**, de modo que toda la realidad jurídica parece condicionada por la perspectiva histórica. En otros términos, la consideración estructural o sincrónica de los distintos datos no proporciona en ningún momento la riqueza de posibles reflexiones propia de una consideración histórica o diacrónica. En fin, todo cuanto podemos explicar en esta introducción al estudio del derecho es el resultado de un estudio diacrónico.

17. Las pruebas judiciales consisten más ordinariamente en medios de hacer constar los hechos, es decir, en formas pre-constituidas de prueba para un eventual litigio. Tiene una gran tradición el uso de las declaraciones personales de personas que asistieron al hecho y dan fe de la existencia de éste; estos **testigos** suelen ser, por lo general, personas llamadas a presenciar el acto para, eventualmente, poder dar fe de su existencia. Esta certificación del acto se basa en la memoria de los testigos, y como, para los antiguos, la memoria residía en el oído -por la poca difusión de la lectura en un mundo en que abundaban los analfabetos-, se explica el gesto simbólico del “toque de orejas” (*tactio aurium*) con que se estimulaba la memoria de los testigos, así como también la de los escolares que aprendían menos rápidamente sus lecciones y la de los fieles bautizados que eran convertidos en testigos de Cristo mediante el Sacramento de la Confirmación.

18. Pero, para la seguridad del derecho, la constancia fiada a la memoria de los testigos no es siempre suficiente, sobre todo cuando el hecho consiste en una declaración larga y compleja, pronunciada de viva voz, y de ahí que resulte más útil la forma escrita: el **documento**. En esta forma de prueba podían seguir interviniendo testigos, pero era para dar fe de la autenticidad del documento más que para repetir su contenido. Con ese fin, los testigos cerraban el documento con la garantía de sus **sellos** y, si figuraban sus nombres en el documento mismo, era ante todo para facilitar la identificación de los sellos. Esos nombres de los testigos se convirtieron con el tiempo en **firmas**, que hicieron menos necesario el acto de sellar. “Signar” -del Latin *signum*, sello- pasó a querer decir firmar grafiando el propio nombre; esto, tanto para los testigos como para los mismos declarantes autores del documento.

Este documento probatorio llegó a ser tan frecuente en todo tipo de actos de declaración jurídica que, en algunos casos, el acto vino a consistir en el documento mismo. Se habla, en estos casos, de documento **constitutivo** y no simplemente probatorio.

19. Los documentos de todo tipo son textos escritos que tienen una función importante dentro de la serie de textos que el Juez debe aprobar. Valen como documentos jurídicos en la medida en que los jueces los aprueban o se prevé que, en caso de conflicto, los podrían aprobar.

El derecho debe valerse de ciertas **formas** para su seguridad. En el derecho moderno las formas orales o consistentes en gestos han sido desplazadas por las formas escritas, como son los documentos, especialmente los hechos por los **notarios**, encargados de la fe pública de los actos jurídicos de carácter privado, y los **registros**, que instrumentan el control público

oficial de los documentos.

La verdad jurídica, es decir, aquella que los jueces aprueban como tal verdad, es la convencional que establecen sobre la base de los documentos, los registros y otras pruebas judiciales complementarias. Lo que no es susceptible de tales pruebas no puede el Juez tenerlo como hecho jurídico. Sólo Dios, que no necesita medios de prueba ni formas, podrá, en su propio juicio final, juzgar sobre tales hechos que escapan al juez humano.

20. Puede el Juez, sin embargo, dar por ciertos algunos hechos que, sin llegar a ser ellos mismos probados en el proceso, dependen tan regularmente de otros hechos ya probados que se los puede dar como ciertos sin necesidad de una prueba especial. Se habla entonces de **presunciones** judiciales; muy frecuentemente el juez no acude a estas presunciones por su arbitrio, sino porque existe una regla imperativa que se lo impone, y se habla entonces de presunciones legales.

Estas presunciones, según el alcance de la dispensa de prueba que producen, pueden ser de dos distintas clases. La primera clase es la de aquellas presunciones que admiten una prueba en contra del hecho presunto; se habla entonces de presunciones *iuris tantum*. En ellas se invierte la **carga de la prueba**, en el sentido de que se dispensa de la prueba de ese hecho al litigante a que este hecho favorece (y que ya ha probado el otro hecho en el que la presunción se funda), cargándose al litigante contrario con la prueba de la inexistencia del hecho presunto. Por ejemplo, se presume que el que paga lo que no debe lo ha pagado por creer erróneamente que sí lo debía, pero su contrincante en el litigio puede probar que no hubo tal error y que el que pagó sabía que no debía lo que entregó.

La segunda clase es la de aquellas presunciones, llamadas *iuris et de iure*, por las que se excluye en absoluto toda

prueba en contra; por ejemplo, cuando se declara legítimo al hijo nacido de una mujer casada sin admitir prueba alguna de otra posible paternidad. En estos casos el hecho se tiene como cierto aunque se pudiera probar que no lo era, pero esto no es lo mismo que una ficción. Se llama **ficción** jurídica a aquella operación judicial -que también puede venir impuesta por una regla imperativa- por la que se tiene como cierto un acto que consta como inexistente, o se tiene como inexistente un acto que consta como cierto, siempre con el fin de obtener un resultado justo mediante la eliminación de un obstáculo, negativo o positivo, impeditivo de aquel resultado según las exigencias formales del derecho. Pero una presunción fuerte no es todavía una ficción por cuanto en ella se parte de una probabilidad ordinaria, como puede ser la legitimidad de los hijos nacidos de una mujer casada, en tanto la ficción parte de la base de una constancia contraria.

21. La más general de todas las presunciones jurídicas que admiten prueba en contra es la de que las **apariencias** de hecho deben presumirse como conformes al derecho; así, que el que se halla en aparente ejercicio de un derecho que pretende tener, por ejemplo, la propiedad de una cosa, no debe verse forzado a probar tal derecho, sino que debe cargarse la prueba de la inexistencia de ese derecho al litigante que lo niega. Esta apariencia defendida por el derecho en tanto que no se pruebe su falta de fundamento se llama **posesión**. El antiguo dicho “bienaventurados los poseedores” (“*beati possessores*”) no es una réplica irreverente a la bienaventuranza evangélica de “bienaventurados los pobres..” (“*beati pauperes. ..*”), sino una manera de expresar la preferencia que en orden a la carga de la prueba implica la posesión. Puede decirse que el principio de que la posesión debe ser provisionalmente defendida, y que el poseedor no tiene que probar su derecho, ejerce en la vida del derecho una



función similar a la “ley de la gravedad” en el mundo físico; si suprimiéramos tal principio, imperaría un desorden inviable.

22. Aunque distingamos entre los hechos y los derechos que debe aprobar el Juez diciendo que sólo de los primeros se requiere una prueba, no es menos verdad que tal distinción, en la práctica, no es tan clara. Los criterios orientadores de la justicia del Juez se suelen corporizar en forma escrita, en libros, y los hechos, como decimos, también en la misma forma, en documentos. De hecho, el Juez, que puede desaprobado los hechos a pesar de la forma documental, puede también desaprobado los libros que dan criterios judiciales, incluso los oficialmente impuestos, pues, aunque pueda temer que tal desaprobación sea rectificadada por el tribunal superior, esto no ocurre necesariamente siempre y, en último término, si la desaprobación de aquella norma es del Juez supremo, debe considerarse como definitiva.

La dificultad para distinguir los hechos del derecho se presenta de una manera muy especial en el llamado recurso de **casación**. Se trata de una institución de origen francés, prevista para evitar la infracción de las leyes por los tribunales ordinarios; pero, en realidad, los jueces de casación no se limitan al control del derecho, sino que, al menos cuando quieren, actúan como tribunales de última instancia y revisan las pruebas de los hechos so pretexto de infracción de las reglas sobre las pruebas, de las “reglas de la experiencia” o de la Lógica. No se trata de un abuso, sino de la natural necesidad de considerar los hechos juntamente con las leyes, si se quiere “hacer justicia”, que es lo que suele esperarse de cualquier Juez.

Esta relativa indiferencia entre hechos y derechos, códigos y documentos, es todavía más notoria para el historiador del derecho, que los toma en consideración indistintamente como materia propia de su estudio, como fuentes de su conocimiento,

pero como fuentes del derecho al mismo tiempo.

23. Aparece también esta relativa indiferencia entre hechos y reglas cuando la misma regla debe ser probada como los hechos.

Esto se da, en primer lugar, cuando la regla de derecho, aunque referida por los autores como actual y aplicable, no ha sido recogida por un libro imperativo y el juez puede ignorar si existe realmente: se habla entonces de costumbre o **derecho consuetudinario**. Estas costumbres deben probarse lo mismo que los hechos, y si el juez no las considera suficientemente probadas, no valen como jurídicas.

En segundo lugar, algunos conflictos sometidos a la decisión judicial presentan elementos personales o reales extranjeros, que, incluso por imperativo de los códigos oficiales, obligan al juez a buscar prudentemente los criterios **usuales** de los jueces del derecho extranjero preferentemente implicado en aquel conflicto. Como las normas o costumbres de tal derecho extranjero no tienen carácter oficialmente imperativo para nuestro juez, él no tiene por qué conocerlas, pues no está obligado a estudiar los libros que las contienen, sino que debe acudir a los medios de prueba necesarios para cerciorarse de cuál sería la regla que en aquel caso podría aplicar el juez extranjero de referencia. Se trata, en realidad, de un conflicto jurídico que implica otro conflicto entre el juez a que actualmente se somete y otro que podría haber sido preferentemente instado a la resolución.

Este conflicto de jueces empieza por presentarse como una cuestión de competencia, y luego, una vez admitida la propia competencia, como un conflicto de criterios para dar sentencia. Tradicionalmente los derechos europeos continentales tienden a ampliar lo más posible el ámbito de competencia de los propios jueces territoriales y con ello a reducir también lo más posible la aplicación, por esos mismos jueces, de criterios de justicia

extranjeros que serían los requeridos por una conexión preferente del asunto en litigio.

Puede contribuir a esta tendencia absorbente el principio llamado de “justicia rogada”, que no favorece la abstención de un juez ante una controversia totalmente extraña pero que le es sometida voluntariamente por los mismos litigantes, es decir, por sus abogados, siempre propensos a retener el asunto. De ello resulta con frecuencia que las sentencias, dictadas por esos jueces más como árbitros que como verdaderos jueces, carezcan de eficacia ejecutiva por falta de aceptación por el juez extranjero que debería ejecutarlas. La casuística de estos casos de conflicto de jueces es muy compleja y muy útil para la alta formación de la mentalidad jurídica; constituye el objeto de estudio del llamado **Derecho Internacional Privado**. También en esos casos la diferencia de hechos y derechos resulta notablemente disminuida.

24. Una problemática similar a la del Derecho Internacional Privado presenta la del **Derecho Interregional**. Se refiere éste al conflicto judicial que surge por la coexistencia de distintos derechos regionales dentro del territorio de un mismo Estado. También aquí la consideración de la regla más propia, que puede ser de otra región distinta a la del juez instado, da lugar a la necesidad de prueba de la regla aplicable, cuando aquélla no puede hallarse directamente en un libro oficialmente imperativo para aquel juez.

Esta coexistencia de derechos regionales se da concretamente en España, donde hay diferentes derechos propios de algunas regiones, llamados **Derechos Forales**, además de los códigos para las otras regiones que carecen de tal especialidad, que forman el derecho llamado **común**; no porque perdure en ese derecho el *ius commune* -es decir, Romano-Canónico- que

fue en un tiempo derecho común en gran parte de los pueblos europeos, ni porque tenga nada que ver con el “common law” anglosajón, ni tampoco porque sea en la actualidad realmente común a todas las regiones de España, sino simplemente por ser el que se observa en aquellas regiones que carecen de un derecho propio. Hoy en día, todas las regiones forales de España tienen ya sus propias “Compilaciones” en forma de Códigos con fuerza vinculante oficial para cualquier juez: Vizcaya y Alava (1959), Cataluña (1960), Baleares (1961), Galicia (1963), Aragón (1967) y Navarra (1973).

Al quedar legislado el derecho foral, la necesidad de probar el derecho queda reducida al derecho consuetudinario o no consuetudinario que debe observarse como **supletorio**, o sea, en defecto de reglas contenidas en aquellas “compilaciones” y que no sean, eventualmente, las de los códigos llamados comunes. De hecho, esta prueba del derecho será casi siempre la del derecho consuetudinario, aunque puede tener gran frecuencia, sobre todo en **Navarra**, donde, como se reconoce oficialmente en su “Compilación” (“Fuero Nuevo de Navarra”), la costumbre prevalece sobre las reglas contenidas en los códigos especiales o comunes. Con todo, no debe entenderse que el derecho foral es un derecho simplemente rural y consuetudinario; como todo derecho, también el foral es el producto de una Jurisprudencia, y su vitalidad dependerá siempre de la fuerza creadora que tenga la Jurisprudencia de la región correspondiente; esto explica que Aragón y Cataluña, y más recientemente Navarra, presenten un derecho foral más pujante, y más abierto al desarrollo futuro, que los de las otras regiones forales.

25. Una diferencia de otro orden se da, en cambio, entre hecho y derecho, y es que, en tanto la discusión de los hechos interesa en la instancia judicial, como objeto de prueba, la discu-

sión acerca de las reglas es la propia de la **ciencia del derecho** o Jurisprudencia.

Los especialistas en Jurisprudencia, los jurisprudentes, prudentes, juristas o **jurisconsultos**, no descienden a la discusión de los hechos, salvo cuando actúan en algún litigio

