

## ESTIMATIVA JURIDICA EN LA PROMOCION Y CREACION DE LA NORMA

### I. EL «FACTUM» DE LOS ASUNTOS HUMANOS

Cualquier trabajo de investigación filosófica y más aquella que hace relación con los actos y vida humanos, o con el *factum* de los asuntos (1) ha de caracterizarse por su *claridad* (2). En el asunto de este trabajo de firma, yo añadiría además la sinceridad y la honestidad al prestar, dentro de un espacio y tiempo reglamentarios (3), el resultado de una meditación y estudio concretos. Y es por esto por lo que en este apartado quisiéramos anticipar, descubrir o ambientar el tema.

Y ninguna introducción puede resumirlo mejor que la expresión de la toma de conciencia de los asuntos humanos, aprendida de Recaséns en las lecciones que le escuché en 1965 en México y luego desarrolladas en una monografía. Es decir, el filósofo jurista reflexiona sobre una acti-

---

(1) RECASÉNS, en Lección oral a los Docentes en la Universidad de Méjico —1965—. Luego desarrollado en el trabajo *Logos de lo humano, experiencia jurídica y Derecho*. Publicado en el tomo XI del ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Madrid, 1965, pág. 12 y ss. También LEGAZ LACAMBRA, en *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona, 1960, pág. 107 y ss.

Advirtamos que este *factum* de lo humano nada tiene que ver con la evidencia intelectual del *cogito* (Cfr. *Descartes und die Philosophie*. Walter de Gruyter. Berlín, 1936, págs. 32 y ss.), aunque la operación cognostiva de la intimidad sea, en principio, humana.

(2) En *La claridad en Filosofía*, Madrid, 1958, págs. 17 y ss. Es aquí donde distingue muy bien MILLÁN PUEBLES la exposición filosófica, cualquiera sea el objeto.

(3) Es trabajo de *firma de cátedras*, redactado en agosto de 1966. Se publica con la autorización reglamentaria. De ahí el mantener las bases bibliográficas de entonces, salvo alguna de nuestro propio pensamiento. El tema ciertamente, con posterioridad, ha tenido desarrollo hasta en tratados completos, más bien científicos o logicistas, pero las líneas de nuestra meditación iusfilosófica estimamos siguen siendo válidas. Cfr., no obstante, MARTÍN OVIEDO, *Formación y aplicación del Derecho*. Madrid, 1972.

tud, un *comportamiento* de lo humano, «los hombres deliberan, discuten, argumentan y se esfuerzan por atinar una solución, respecto de la cual no se puede predicar la nota de verdad, ni su contraria de mentira, o *falsedad*; la de exactamente acertada o exactamente errónea; ni la calificación de absolutamente buena o absolutamente mala; antes bien otros tipos de calificaciones: la que parece más justa, más adecuada, más conveniente, más fructífera, más eficaz, más apropiada, menos peligrosa, más humana, más sensata, más discreta, más discrepante, más cuerda, más juiciosa, más cauta, con mayor dosis de buen sentido, más prudente, más viable, etcétera» (4).

Confieso que en estos últimos años mi reflexión sobre este factum de lo humano obedeció a un planteamiento radical de una filosofía jurídica en la que lo social-humano está por esencia y no por adjetivación y descripción (5). Pero acaso—y ya me acerco al tema—una personal participación legislativa me ha hecho ver cómo aquellas *adjetivaciones* de Recaséns latan persistentemente en todo el proceso gestor de la norma jurídica. Nunca un legislador, y más aún un legislador actual, podrá sustraer al planteamiento de lo más sensato, lo más prudente, lo más apropiado, lo más viable. También lo más medido—añadiría yo—.

Tratamos, pues, en nuestro estudio, de ensanchar las raíces filosóficas de lo jurídico en la vertiente *prenormativa*. Lo jurídico no es algo exclusivamente *a posteriori*, si lo jurídico se toma como asunto humano. Frente al aspecto científico de la *interpretación* de la norma, está el estimativo de su *promoción*; junto a la indagación lógica y programática de la relación jurídica (6) está la creación de la norma. Estos instantes de *promoción* y *creación* no están a espaldas de la relación jurídica; es verdad que ellos, *por eso*, no integran la norma misma. Pero nos interesa mucho como predeterminantes de lo jurídico, si queremos que realmente se apoye con sentido imperativo, de un lado, y *proyec-*

(4) RECASÉNS, en *Logos...*, págs. 13 y 14. Quizá por eso no resulte exacta la afirmación de GARCÍA MAYQUÉS, *Lógica del conflicto jurídico*, México, 1959, pág. 47, cuando al estudiar el método de formación conceptual en el campo jurídico, afirma que «si dirigimos primeramente la atención hacia la actividad del legislador, al punto nos percataremos de que por su misma índole, *a fortiori*, y está orientada hacia la formulación de preceptos de carácter genérico» (pág. 47).

(5) No son, pues, hechos jurídicos por designación, de que habla SCHREIER, en *Conceptos y formas fundamentales*, Buenos Aires, 1942, pág. 211.

(6) HECK habla de que en el pensamiento jurídico hay tres tipos de tareas, la de formulación, de establecimiento de hechos, y de presentación de resultados. (Cfr. G. MAYNEZ, *ob. cit.* 106.)

tor, de otro, en los asuntos humanos, o en, como modernamente se habla y se dice, la *naturaleza* de las cosas (7).

Creo—y con esto termino la introducción—que este tema está precisamente sirviendo de *punte* concreto entre las posiciones que tratan de radicalizar un Derecho *natural*, de contenido concreto y material, aunque trascendente, y las que tratan de superar las arquitecturas formales, a estilo kelseniano, de las normas, como puros fenómenos jurídicos (8). Y ello es así, porque de esta manera la filosofía jurídica se municióna de la singladura sociopolítica e ideológica, que *irá* a parar a la norma, para dirigir conductas, según criterios de valor, una vez depuradas o acaso desorbitadamente humanizadas en todo el proceso legislativo previo. Podemos decir que una creciente literatura filosófico-jurídica comienza a hacer reflexión o a destacar la importancia del tema, casi siempre desde posiciones lógicas o políticas (9), seguramente porque el respeto a lo humano-jurídico ha asentado, en líneas generales, el escozor desorbitado—aunque históricamente quizá justificado—de una totalización política, de una radicalización social materialista, y también de una ideologización ultramontana, en los restos hegelianos del idealismo (10).

El *factum* de los asuntos humanos, pues, se contempla aquí y se detiene en el asunto de las motivaciones humanas de la norma (promoción) y en el de la deliberación (creación), doble instante convergente que, cuando la soberanía legislativa es mínima y suficiente, se ofrecen, en tal momento, sin subordinación, al Estado, y se anticipa o en ocasiones augura previa y (justamente) la propia norma jurídica.

(7) Esta expresión se encuentra en ARISTÓTELES en ética de lo general de la ley y su bondad, el que sea más o menos bueno, pues «la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta ley: está por entero en la naturaleza misma de las cosas, porque esta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas».

(8) Sobre las coincidencias esenciales de KANT y KELSEN en lo que hay de instrumentación humano-formal del fenómeno jurídico. Cfr. nuestra *Memoria*, en el capítulo *Filosofía jurídica de lo sociocomunitario*.

(9) El pensamiento jurídico italiano manifiesta un creciente interés por el fenómeno de la promoción parlamentaria-legislativa (Cfr., entre otros, STARZÓ, «Parlamento e partitocrazia», en *Opere*, II, vol. XI, 1927; CABOARA desarrollará, recientemente, el tema en *Partidos Políticos en el Estado Moderno*, Madrid, 1967).

(10) Un eco anticipado de las preocupaciones que laten en este tema está en L. VON WIESE, *Der Wag der Sozialphilosophie*, en *ARSP*, XXXII (1938-39), 217. El propio VON WIESE, a otros efectos había de preguntarse, a los temas fundamentales de una sociología, sobre cómo explicar el fenómeno que llamaremos «social», y «qué efectos tiene lo social en la esfera humana» (Cfr. *Sociología*, México, 1957, pág. 24).

Sin ser contrapuestos, sino más bien interrelacionados tales momentos, a efectos de ordenación sistemática del tema, abordaremos separadamente la *promoción* y la *creación* de la norma jurídica.

## II. PROMOCION DE LA NORMA JURIDICA

La promoción normativa hace referencia a las motivaciones centripetas del proceso legislativo, es decir, a la *ambientación de lo humano*, la *opinión pública*, la *circunstancia social*, el *interés*, la *necesidad*. No nos referimos a la *excitación* del órgano promotor administrativo, público o privado. Estamos apuntando al *factum* humano, que comienza a tomar *conciencia en la norma vivida* y preexistente sobre conveniencia de su modificación, alteración o superación.

A primera vista el problema puede estar plenamente relacionado con lo que ya Legaz y Lacambra (11) ha anotado como el ser y el *deber ser de la experiencia jurídica*. Ya hablaremos algo más de esto. Pero en la promoción normativa hay desde luego *experiencia jurídica*; pero *algo más* porque es *síntesis* de un asunto humano, preexistente en la propia norma, y aunque ésta quisiera abstraerse de aquel proceso síntesis, bien por pura lógica, bien por simple experiencia, bien por voluntad del Estado, bien por puro relativismo pragmático de voluntades individuales mayoritarias, ninguna norma ajustada a lo humano podría ser auténtica o comunitaria (12), si no se hiciera cocimiento de la urdimbre social humana que nos *detecta* lo que en la ciencia jurídica podría denominarse *suficiencia o insuficiencia* de la norma, o en estimativa jurídica decimos justicia o injusticia de las leyes.

Es por esto por lo que vamos a señalar algunos presupuestos, *ad exemplum*, que serían pautas indicativas para el conocimiento y la reflexión en torno a la promoción normativa.

### 1. FILOSOFÍA DE LA «GESETZESIDEE».

La ideologización del Derecho natural se produjo, a nuestro modo de ver, con la escuela racionalista del Derecho natural, porque si bien es cierto que incluso desde Séneca y Cicerón (13) la doctrina del De-

(11) Con Ponencia al Congreso de Filosofía Jurídica y Social, Milán, 1967.

(12) MARITAIN había de referirse a la necesidad de la unidad de orden o techo «unidad de integración», cuando alude a las distintas disciplinas a que lo humano está o debe estar presente (Cfr. *Ciencia y Filosofía*, Madrid, 1958, pág. 222).

(13) Cfr. E. WOLF, *El problema del Derecho natural*, Barcelona, 1960, páginas 79-80.

recho natural, como «Derecho de la razón», se ha convertido casi siempre en la antropología filosófica occidental, es lo cierto que es con el racionalismo del siglo XVIII como llega a hacerse doctrina única, y este sentido doctrinario y casi—por su carácter excluyente—totalitario, es el que él hace aflorar en derivaciones no metajurídicas, sino formalmente políticas y relativistas (14).

Podemos decir que desde entonces la ideologización del Derecho se encarna con la *idea política*, y el Derecho se hará concreción o realización de esta última. La carga ideológica va a estar cifrada en la norma jurídica, como expresión de motivaciones políticas, o como concreción de mandatos políticos (15).

No obstante, el pensamiento filosófico-jurídico ha puesto a este racionalismo natural-jurídico dos importantes filtros: la crítica de la razón pura de Kant y la crítica fenoménica de la conciencia husserliana. No vamos a estudiar nosotros esa cuestión, porque además Recaséns dedica al problema—incluso en lo relacionado con el nuestro—una parte del trabajo citado.

Nosotros nos limitamos a mostrar la también insuficiencia de estos dos últimos planteamientos (16), aunque convencidos de su gran papel en el pensamiento filosófico, si bien subrayamos la necesidad de reforzar la importancia de una *filosofía* de idea de la Ley, o lo que es lo mismo, una «gesetzsídee» no radical, tampoco puramente lógica, sino *integradora*.

Herman Dooyeweerd ha dedicado al tema un acertado estudio (17), que nos sirve de ambientación al que aquí nos ocupa. Si se trata de superar aquella doble crítica kantiana y husserliana; si se trata de desentrañar el papel de una actitud teórica de un pensamiento y de una experiencia es porque el «mundo temporal» presenta una complejidad problemática y una diversidad experimental, precisamente porque parten de un tiempo «integral» y se proyectan en un orden de trascendencia al tiempo mismo.

(14) Cfr. BONA, *Sofía natural*, Mar del Plata, 1966, págs. 31 y ss.

(15) Cfr. DUVERGER, *Introduction a la política*, y RONCEK, *La ideología medio de control social*, New York, Philosophical Library, 1958. En el tema hay aspectos polémicos en los que no vamos a entrar aquí. Cfr. F. DE LA MORA, *El crepúsculo de las ideologías*, Madrid, 1965, y G. DE ARANDA, *El tema de las ideologías*, Madrid, 1966.

(16) Cfr. especialmente LEGAZ LACAMBRA, «La lógica como posibilidad del pensamiento jurídico», ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, Madrid, 1957. Cfr. nuestra obra *Ortega en el pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1964.

(17) «Die Philosophie der Gesetzesídee und ihre Bedeutung für die Rechts- und Sozialphilosophie», publicado en *ARSP*, vol. LIII, 1967, págs. 1 y ss.

Dooyeweerd, luego de recordar los antecedentes de esta última actitud de la filosofía cristiana, situada según él en los años 1920 y en la Universidad libre de Amsterdam, viene a destacar la importancia de la «*Gesetzsidee*» para la filosofía jurídica y social y su pensamiento final lo resumen tres puntos fundamentales: en el problema del lugar o de *cohesión* y de relación mutua entre los aspectos lógicos y los no lógicos de la experiencia; el problema de «yo humano» como punto de referencia central del pensamiento y de la experiencia teórica; el problema de la tendencia hacia el absoluto del pensamiento individual.

Pues bien, uno de los presupuestos, y a la vez uno de los escenarios de la promoción normativa, está en una *ideología* de la norma como cuestión noosológica, como la llamaría Sombart (18), como categoría previa a lo que *posteriormente* es radicalización o politización de la norma.

La norma, la ley, tratará de provocar unos ideales de conducta; pero el Derecho no podrá ser exclusivamente una mera regla de juego o de conducta a estilo de Cossio. La carga ideológica de la norma dosifica de impurezas e inconcreta en cuanto a pareceres políticos pretendidamente concretos, y ha de hacer frente a ese momento progestor, elevador de la pura realidad o experiencia y superador de la simple lógica. La necesidad social, como reajuste o como transmutador de estructuras (19), con los estímulos que ponen en tensión experiencia y realidad. Lo que hemos venido denominando promoción normativa, es el *punto de tensión* entre necesidad—experiencia y pensamiento—e ideología. Es una *instrumentación* que a veces genera en ley, y que en ocasiones nos detecta por sustracción o por purificación los presupuestos personales y comunitarios de una situación-experiencia que no ha podido hacerse *lógicamente razonable*, en expresión ambientada en Recaséns.

## 2. EXPERIENCIA Y REALIDAD DE LO HUMANO.

Si una filosofía de la idea de la ley nos emplaza ante lo que denominamos ampliamente un «proceso motivador de la norma», como antecedente de un derecho que implique realización de valores, nunca tal «*Gesetzsidee*» será bastante para comprender plenamente toda la problemática de una promoción normativa.

(18) En *Noosología*, Madrid, 1962. También, ARON, *La Sociología alemana contemporánea*, Buenos Aires, 1953, págs. 123 y ss.

(19) W. GOLDSCHMIDT, en *Filosofía, Historia y Derecho*, Buenos Aires, 1953, se refiere a aquella expresión de MARX, de cómo los filósofos se habían limitado a interpretar el mundo, y que lo que importa es que lo modifiquen. Por eso GOLDSCHMIDT apunta a las aportaciones de la Sociología el terreno de las ideologías políticas.

Max Scheler tiene afirmado (20) que en toda dinámica humanocultural son las ideas con los *factum* los que la hacen omnicompreensiva. Muchas veces lo que subyace en el pensamiento son versiones «logoides» y «razonables» de hechos, de necesidades, de realidades. No puede decirse que el proceso motivador de la norma sea siempre impulsado por las *ideas*, sino—con frecuencia—manifestado en tensión por las realidades.

Se nos plantea aquí lo que apunta Kalinowski (21): que es una parte de ese proceso entre el conocimiento puro y la acción, algo que afecta al «*l'homme de la rue*», contemplado aquí no en el instante de su aplicación jurídica—que es algo más que «arte» y que «técnica»—sino referido y anticipado a una posible o deseable norma jurídica. «*L'homme de la rue*» está descarnadamente en la promoción normativa y es la realidad-necesidad que le rodea, lo que incita, promueve, autoexige la solución de lo humano en Derecho.

El tema, si se quiere, no es nuevo. Ya dice Recaséns (22) que «las cuestiones relativas a los razonamientos para decidir los problemas prácticos que conciernen a la conducta humana en materia jurídica, económica, constituyeron ya uno de los puntos centrales en los desarrollos de los sofistas». También está el antecedente de Aristóteles (23), en el cual podría distinguirse el logos de la razón, de lo humano.

La gestación de la normativa haría una doble referencia: a esa *especie de razón de lo humano*, aplicada en términos generales, que es la que tiene ante sí el legislador (24) y a esa razón que tiende a verse vista proyectada *en y por* la acción humana, en sentido concreto.

Para nosotros, la *experiencia* y la *realidad humana* es la segunda cara de lo que hemos llamado el *Derecho como forma de dinámica de vida social*, entendido como traducción jurídica de los fenómenos sociales en la dinámica de la convivencia, partiendo de una «ordinatio» compleja y copiosa y atendiendo también a lo abundoso de la vida social misma a la que contorna el Derecho.

En primer lugar, esa vida social se da en el mundo y la realidad

(20) *Sociología del saber*, Madrid, 1935.

(21) En *Application du Droit et Prudence*, publicado en *ARSP*, vol. 1967, 4 III/2, págs. 161 y ss.

(22) En *Logos...*, *ob. cit.*, pág. 14.

(23) En *Etica a Nicómaco*, VI, 3-5; en *Tópica*, I, 1 y 2. No es lugar para extensión sobre este punto que es de sobra conocido en la Filosofía Jurídica aristotélica y tomista. V. BONITZ, *Index Aristotélicus*.

(24) La «prudencia legislativa» es la que cabría aplicar a la ciudad (Cfr. también, *Retórica*, I, 9.

cósmica se le da hecha al hombre en su mayor parte—pese cada vez a mayores técnicas y métodos—y, desde luego, lo que se le da hecho es una ordenación esencial, pues para descubrir más plenamente esa realidad cósmica, en lo profundo y lo alto, el hombre, el científico, parte de esa misma ordenación, aumentando el diámetro de la abertura, pero siempre siguiendo una línea básica. Es lo que Jaspers viene a denominar como acción incondicionada en el mundo, en cuanto que «la incondicionalidad se comprende como acción conforme a una ley general» (25).

Tal ordenación de ese cosmos, en el cual el hombre, quiera o no, ha de vivir, es la primera disyuntura formal para que la existencia del hombre tenga los autolímites de su realidad.

El propio Jaspers parece de alguna manera reconocerlo cuando explica que «el mundo, cuando producido por el hombre, es tanto un caos en que se mueven vertiginosa y confusamente los individuos con la articulación del orden humano». Una realidad empírica del mundo en completa desorganización, en la cual sólo un héroe pudiera crear enteramente por sí y para sí y los suyos un orden autónomo, es su representación límite. El hombre singular no posee una grande, sobrehumana; reducido así sólo no podría existir más que en el germen. Ese movimiento articulado y confuso de los individuos en la articulación del orden humano es el punto de unión de esa ordenación cósmica irreversible, y la ordenación—o incondicionalidad para aquel autor—en lo humano.

Antes de esta última habrá una "*ordinatio*" lógica, que sea como hitos, como barandillas unitivas en la relación mundo-hombre o en la vida-social. La lógica estructura, la realidad de las cosas según la ordenación cósmica superada o cristalizada por la acción libre en la modulación de aquélla. La lógica estructura, también la realidad del pensamiento en cuanto proceder humano, reflexivo, consciente.

Y tras esto, inmediatamente la *ordenación-vital*, en ese misterio mismo de nuestra presencia en el mundo, de nuestro peregrinar por el mundo, de nuestro acabarse la vida en el mundo. Principio y fin de una existencia, con momentos en nuestra vida que no son de gran plenitud—niñez, ancianidad—, y acaso por eso mismo la forma jurídica (el Derecho) de esa vida social no sea tan plena, tan amplia y rica—in-capacidades, limitaciones, tutelas, etc.—*en la obra en aquellas circunstancias* (26).

(25) En *Filosofía*, II, 221-230.

(26) Cfr. RUIZ GIMÉNEZ, *Derecho y vida humana*, Madrid, 1967. Anteriormente, RECASÉNS, *Los temas de la Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1934, pág. 142.



Para que se cumpla, pues, esa distinción social de la norma, es preciso transportar al *proceso gestor normativo* una buena parte de las vivencias que articulan lo humano. Porque, por de pronto, darán *espontaneidad* al devenir de la norma y porque, *a posteriori*, nos permitirán un eco vivo para la aplicación. Si el Derecho nace para ser vivido y aplicado, en la génesis de la norma habrá de estar una buena parte de lo que luego han de ser normas operantes. Diremos finalmente que el proceso gestor tiene carácter instrumental; pero no es pura alcayata científica porque él mismo no es que implique una corrección al decisionismo o al idealismo jurídicos, sino que representa un trasunto de lo humano, una pauta y un juicio de valor, si separamos los posteriores ingredientes—el «Estado» (27)—que rematen los condicionamientos todos para que el Derecho pueda y deba ser vivido.

### 3. ELEMENTOS LÓGICO-PRUDENCIALES.

Si los elementos *fácticos* avivan o hacen aflorar a la vida prejurídica—lo cual no deja, por ello, de ser vida jurídico-social—lo humano de los asuntos prelegales, y si la «Gesetzsidee» nos abre las pautas ontológicas que permitan el arranque para la plasmación completa de una norma, en todo *proceso gestor* de ésta, y más en ese instante de mutua convergencia de elementos ideológicos y reales—en momento de la promoción normativa—será preciso el ingrediente lógico-humano—no lógico-matemático—que nos permita adelantar y avanzar constructivamente en ese instante de unas *realidades jurídicas* que no son sino corporización de las ideas (28).

También el tema de la lógica y de la prudencia ha tenido antecedentes notables. Queremos, sí, destacar la actualidad de la cuestión, en la cual nosotros no hacemos sino incidir, ampliar y concretar en este aspecto de la *promoción de la norma* (29).

Los elementos lógicos de la norma no están sólo en los supuestos de aplicación del Derecho. Están también cuando lo social-humano excita y llama al Derecho. Karl Engisch (30) no vacila en destacar el

(27) El pensamiento de Kelsen se ve al respecto más claro cuando analiza el «Estado y Derecho como realidad e ideología, frente a la tesis en Marx. Engels», Cfr. *Teoría Comunistista del Derecho y del Estado*, Buenos Aires, 1957, 18-24.

(28) RECASÉNS, en Lección de Cátedra, México, 1965.

(29) Se trata de un tema de Filosofía moral, pero siempre al de Filosofía jurídica (Cfr. JAEGER, «La logique de la preuve judiciaire et la philosophie du jugement», *ARSP*, 1966, 59-85).

(30) En *Eingührung in das Juristische Denken*, Stuttgart, 1959, págs. 23 y 56.

papel axiológico de algunos postulados lógicos: «*Was erlaubt ist, ist nicht verboten*». Es más, yo diría que en algunos supuestos los elementos lógico-prudenciales ahogan la norma que pudiera ser, la *lege ferenda* y que, aun cuando algunos supuestos sean lógicos—matemático-exactos, evidentes, incitante, exigidos—en el proceso de promoción se diluyen, pierden aristas, y hasta por atemperación desfiguran, lo que se presenta como idea o como experiencia inexorable. Esto ocurre con cierta frecuencia ante la legislación socio-económica.

Si es cierto (31) que a veces la experiencia jurídica no es sólo fuente que inspira la prudencia del Derecho, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, y que las operaciones mentales del legislador, del juez, del jurisconsulto y del filósofo del Derecho no constituyen un pensamiento sistemático, antes bien, por el contrario, si resulta un pensamiento sobre problemas, es evidente y cierto que tenemos que habérnoslas con un pensamiento que no parte de primeros principios como premisa para extraer consecuencias, sino que arranca del análisis de problemas prácticos suscitados por la vida social, los *analiza* (el subrayado es nuestro) en cuanto a todos los factores y a todas las dimensiones que ellos contienen, los pondera mediante el examen de los diferentes argumentos contrarios que las partes interesadas, los valora a la luz de los criterios de Derecho natural, por tanto, de justicia, y también criterios de prudencia, y trata de hallar solución que a la vez que sea la más justa—inevitadamente en términos relativos—, la más prudente y la más viable, habida cuenta de todas las circunstancias que concurren en todos los problemas, circunstancias que son diversas en cada situación social y que además son cambiantes.

En esta expresiva afirmación de Recaséns creemos que está bien demostrada gran parte de la estimativa jurídica de lo que venimos denominando promoción normativa. Hay autores, como Von Hippel, Essner, Wilburg y últimamente Kalinowski (32), que inciden en una especie de asistemática jurídica para tratar de ahondar en la búsqueda de soluciones justas a problemas actuales-humanos, con criterios iusnaturalistas, y en conjunción con realidades concretas. Quizá podría argumentarse que tras este tema, en definitiva se encuentra todo el de un eterno retornar a un Derecho natural que sirva, con sentido proyector, creador y progresivo, a la realidad humana, para que ésta se rija según relaciones justas (33).

(31) RECASÉNS, en *Logos...*, *trab. cit.* 34.

(32) En «*Die Philosophie*», *ob. cit.* págs. 1 y 4 y ss. También 26.

(33) La reciente obra de G. FASSO, *El Diritto naturale*, Torino, 1964, puede ser

Pero en cualquier caso, bien sean tomadas de la propia criteriología de la justicia, bien de la instrumentación lógica-humana, quiere resaltarse desde luego que en la promoción normativa han de existir unos elementos de medida—*lógico-prudenciales* los hemos calificado nosotros—que nos permitan entrever mínimamente la eficacia de la propia norma.

Serán reglas «extralógicas» o sencillamente prudenciales, las que nos procuren cerner o encauzar esos otros supuestos lógicos y de prudencia en la aplicación de la Ley, si los llevamos al proceso gestor mismo de la norma. Porque muchas veces—y aquí está la axiología jurídica—todo eso que llama Perelman (35) «presencia de juicios de valor en el silogismo de la aplicación del Derecho, y que da pie al juez, o al poder ejecutivo, o al contratante para «elegir» o «estimar», se presenta previamente «o por eso mismo» en la gestación de la norma. Toda la preocupación de Kalinowski de destacar el papel del silogismo prudencial en la vida jurídica, es lo que nos lleva a nosotros a destacarlo como elemento básico en la vida legislativa, en la promoción normativa. Tal «*syllogisme prudentiel*», si sólo se reduce al ámbito de la «calificación jurídica», resultará—y el propio Kalinowski lo apunta—puramente formal cortado en las alas, puesto que la ley es—para el hombre que *aplica* la Ley—dice este autor, y para el hombre que *hace la ley*, añadimos nosotros—«*como* *L'oeuvre de celui qui statute, est une oeuvre qui de par sa nature appelle le concours de la prudence, cette mise en forme de l'intellect en vue de la détermination des moyens les plus appropriés pour atteindre la fin ultime de l'homme: la plénitude de son humanité*».

### III. CREACION DE LA NORMA

Estudiados anteriormente los componentes ideológicos, reales y lógico-prudenciales que configuran lo que hemos venido denominando promoción de la norma jurídica, vamos a estudiar aquí este segundo instante de la creación de la norma. Bien entendido que la distinción no es radical, o sin solución de continuidad; advirtiendo además, de entrada, que no nos referimos aquí a lo puramente instrumental u ortopédico que pudiera haber, o como pudiera entenderse a simple vista el problema.

Examinaremos este punto, en dos grandes apartados, referidos unos

---

sumamente expresiva del movimiento iusnaturalista; también la obra de REALE, *Filosofia do Direito*, Sao Paulo, 1965.

(34) V. PERELMAN, *Le Fait et le Droit*, Bruselas, 1961.

(35) KALINOWSKI, *trab. cit. ARSP*, pág. 176.

a las distinciones previas—génesis, legalidad-legitimidad—para terminar con los ingredientes ontológicos, institucionales y formales referidos siempre a la creación de la norma.

### III. 1. DISTINCIONES PREVIAS.

#### III. 1.1. *Génesis de la norma.*

Stammler aborda largamente este tema (36) en «La génesis del Derecho». Y lo hace partiendo de la necesidad de un orden jurídico, lo cual «debe ser demostrado de un modo absoluto, de una vez para siempre». Por de pronto, dando por descontado que el supuesto de «estado de naturaleza» es una concepción superficial. Stammler, glosando a Brinz (37), dice: «es el propio Derecho el que dispone de qué modo ha de seguir formándose y desenvolviéndose en lo sucesivo y ello constituye el contenido de la llamada doctrina de las fuentes del Derecho. La exposición de esta doctrina forma uno de los capítulos especiales de la jurisprudencia técnica, pues se trata pura y simplemente de la reproducción de normas de Derecho positivo; en primer término de los artículos de la Constitución que a éste se refieran, más de aquellas otras leyes que regulen los poderes legislativo y la formación de nuevas normas de Derecho. Sólo en términos relativos cabe distinguir entre Ley y Derecho constitudinario, pues no pasa de ser una observación empírica la de que todo Derecho nuevo surge, o bien formulado mediante un acto especial de órganos competentes, o de un modo tácito por la práctica reiterada de determinadas normas... El problema de la legislación es un problema muy difícil. La Antigüedad no tuvo ningún Parlamento; no había más que un sistema de legislación directa por el pueblo. El mismo Rousseau reprueba todo régimen parlamentario».

Al hablar, pues, nosotros de génesis del Derecho, dentro ya del capítulo un tema precientífico, cual es el *punte de unión* entre la *promoción* y la *creación* a través de un principio común, superior, cual es la génesis del Derecho. La promoción, como proceso motivador de la nor-

(36) Madrid, 1936. Otra fuente al tema puede verse en DEL VECCHIO, *Supuestos, concepto y principios del Derecho*, Barcelona, 1962; ENGISCH, *El ámbito de lo no jurídico*. Córdoba, 1960.

(37) *La génesis...*, *ob. cit.*, pág. 13. La cuestión está en línea con las preocupaciones de HENKEL, en la distinción de «datos previos» y «datos a cumplir por el Derecho»: V. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, 1968, 267 y ss., y 489 y ss.

ma, no compromete el cauce único y forzoso de *qué sea la Ley*, hasta dónde alcance ésta, *dónde* está la ley en la costumbre y si la costumbre es ya ley. La promoción normativa va a incidir y está incidiendo en ambas fórmulas de lo jurídico, porque comienza por ser *«factum»* de los *asuntos humanos* (38).

Por eso comenzamos a hablar de la creación de la norma con el tema de la génesis del Derecho. En él podríamos hablar, como lo hace Stamm-ler (39) del *Derecho-fuerza*, de la *vigencia* del Derecho, del *poder*, de la *utopía*, de las *condiciones históricas* del Derecho, etc. Pues bien, lo que nos puede distinguir (40) de una construcción meramente sociológica-jurídica, es el autodelimitar por la *naturaleza de las cosas* la propia génesis del Derecho. No podremos prescindir de aquellos presupuestos que entornan la promoción normativa; pero habremos de cernerlos en la reflexión filosófico-jurídica de la génesis de la norma, para su purificación, para su cauce. Quizá aquí haya un tema de solución iusnaturalista concreta (41). No entramos a examinar cuál *sea*, o deba *ser*. Nos basta aludir aquí la propia solución stammleriana, cuando al final de su estudio nos da el colorario de su doctrina, la cual la traemos aquí no por considerarla unívoca—esto sería pueril a la vista de las propias rectificaciones del neokantismo—sino como indiciaria de la problemática que los temas de *promoción-génesis-creación* de la norma nos sugiera: *«de todo lo anterior se deduce que la lucha por el Derecho sólo puede decirse legítima fundamentalmente cuando tienda a defender un Derecho justo. Y esto, tanto por lo que afecta al respeto de un Derecho vigente como a los esfuerzos por implantar un nuevo Derecho positivo. Y aun siendo el Derecho que se defiende un Derecho objetivamente justo, no podrá verse en la lucha un deber moral al que haya de sacrificarse todo incondicionalmente. Quien tan ciegamente se entregase a la lucha sería bajo instrumento de una pasión contra lo que exige el deber moral bien entendido. Sólo la pureza*

(38) Además de la cita 36, de ENGISCH, y la reiterada de RECASÉNS, cfr. especialmente LE FUR, en *Los fines del Derecho*, México, 1944, págs. 24 y ss., largamente se analiza el devenir jurídico: «el Derecho surge de los hechos, no hay nada en el Derecho que no venga de los hechos».

(39) *La génesis...*, *ob. cit.*, 39 y ss.

(40) Citemos a ASPUMBE de fuentes en este punto, AESAERT, *Theorie generale du droit*, Bruselas, 1948, que viene a desenvolver una concepción puramente técnica del Derecho, y RECASÉNS, y Gurvitch, *tratado de Sociología*, Buenos Aires, 1962 (tomo 7) y el capítulo H, «Rechtsphilosophie als Soziologie ind Metaphilosophie des Rechts», de la obra de FECHNER, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956, págs. 265-295.

(41) Cfr. GALÁN Y GUTIÉRREZ, en *Los tipos fundamentales del pensamiento jurídico a la luz de la «perennis philosophie»*, Madrid, 1955.

*de voluntad puede ser base de nuestro espíritu, la única idea que puede traer al hombre su libertad interior. A este supremo refugio se verán llevados cuantos sepan reflexionar seriamente sobre su propia vida, cuantos logren esclarecer su hondo sentido, su significación para consigo mismos y para con sus semejantes. Y es también la conclusión a que llegamos al abandonar nuestro tema de la génesis del Derecho» (42).*

En estas expresiones finales del trabajo de Stammler estamos bordeando ya el tema de *humanismo-jurídico*, de lo insuficiente de las propuestas formales y, en definitiva, de las exigencias del *factum* en los asuntos humanos que hacen acercarnos más a la vida jurídica, como vida humana, en la cual la norma jurídica sea expresión de la propia libertad interior y más que «refugio» sea *fundamento* del propio Derecho. La creación de la norma, pues, sólo podrá ser entendida correctamente si en el proceso motivador se hace referencia a una estimativa sustancial que nos aclare, o que nos señale unos principios-génesis del Derecho, no tanto por los ingredientes *histórico-técnicos* que concurran sino especialmente porque nos llevarán a aquellos principios ontológicos que subyacen en la creación de la norma.

### III. 1.2. *Legalidad-legitimidad de la norma.*

Otro de los temas circundantes ante los que conviene un tema de posición elemental es el de la *legalidad-legitimidad* de la norma. Una estimativa jurídica no puede enjuiciar la problemática en la creación de la norma, abocada o planteada en el terreno de la legitimidad. Diríamos, también, que aquí está el gran tema de la Justicia y del Derecho. Y más reducidamente la superación de lo que a veces se ha presentado como antinomia, *legalidad-legitimidad*.

De algunos de los logros de los que difícilmente podremos evadirnos, y de los que actualmente cobran mayor actualidad dentro de la filosofía cristiana, es precisamente la insistencia en la clarificación—no siempre bien expuesta por los neoescolásticos—de la legalidad y la legitimidad (43).

(42) STAMMLER, *ob. cit.*, pág. 140.

(43) Hay un tratado muy claro de LUÑO PEÑA, *Sobre la distinción de la norma de los usos sociales y el Derecho*, 1938, que me gusta recordar ante este tema, por su claridad. Me interesa resaltar que se ve aún más claro cuando el tema de legalidad-legitimidad se emplaza en el estudio de las instituciones concretas, la propiedad, el trabajo, etc.

Por otra parte, el problema se ha trasplantado al terreno más cientifista, pero no deja de orientar interesantes apuntaciones. Cfr. el pensamiento de HUBBSON cuando muestra el interés y necesidad de una explicación de lo jurídico de otro

Cuando se habla de creación de la norma parecería que nos estamos refiriendo a una cuestión de legalidad, o de *expresión formal* de la norma. Y no es así, como luego insistiremos. Conste que incluso por eso mismo hemos hablado desde el comienzo de «creación de la norma», aunque sabemos que la mera sustitución o empleo terminológico no resuelve el problema del todo.

Más bien, nuestra tesis, aunque sin emplear métodos deductivos o doctrinarios, ha tendido desde el principio a ampliar el radio de acción de la estricta legalidad, porque *nunca lo legal acota lo jurídico-normativo*. Porque no todo Derecho es estrictamente Derecho positivo; porque en definitiva el Derecho o la norma natural tiende a cristalizar en normas activas, positivas.

Creo que como fuente expresiva, por no citar otras muchas, de esta preocupación, acaso ninguna mejor que el ejemplo que nos muestra Radbruch, en su misma evolución filosófico-jurídica.

Radbruch, en efecto, nos había planteado el problema de la validez del Derecho (44), como problema de la «normatividad de lo fáctico» (G. Jellinek): ¿Cómo es posible que surja una norma de un hecho? ¿De qué manera la voluntad jurídica del Estado o de la sociedad puede producir un deber ser?... «En la busca del fundamento de esta validez, tropieza fatalmente todas las veces la teoría de la validez con la situación de hecho de un querer autoritario, irreductible a toda ulterior derivación. Deducirá la validez de un precepto, de la de un decreto de la de una ley y la validez o vigencia de una ley de la Constitución; pero la constitución misma puede y tiene que concebirse en una teoría puramente jurídica de la validez, como una causa *sui*. Esta teoría puede, por tanto, demostrar la validez de un precepto jurídico—en realidad con otros preceptos jurídicos—, pero nunca, en cambio, la validez de los preceptos jurídico-supremos, los llamados principios fundamentales, y por eso mismo jamás la validez de la ordenación jurídica como un todo. La ciencia jurídica, inmediatamente, como es prisionera en los límites de una determinada ordenación jurídica cuyo sentido ha de interpretar, puede sólo medir la validez de una ordenación jurídica por su propia pretensión de vigencia, pero nunca decidir imparcialmente sobre la pretensión de vigencia de una de estas ordenaciones en relación con la pretensión de otras».

Hemos citado largamente este texto porque creemos que es sumamente expresivo de la preocupación de Radbruch por la *certeza*, la *validez* y la

---

orden, y que de alguna manera lo «legítimo» en su acción; Cfr. *Introducción, ARSP*, 1953-54.

(44) En *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1933, págs. 102 y ss.

*vigencia* del Derecho, si bien luego en su última fase (45) se viera desplazado por una mayor valoración de las ideas de justicia material. Pero también este párrafo por sí mismo puede ser confirmatorio de la tesis de Wolf (46) de que una parte de esa pretendida evolución y superación relativista estaba ya en su primera época anterior a la segunda guerra mundial.

Quintano Ripollés ha citado alguno de sus últimos escritos (47), donde claramente se ve desprenderse de los prejuicios del formalismo jurídico kantiano, proclamando que «el Juez ideal» debe ser hombre y hasta hombre de Estado, en contacto con la vida humana y sus realidades, *no esclavo de la norma* como pretendió el positivismo. Aquella insuficiencia de la ciencia jurídica para medir la validez de la ordenación jurídica, para explicarnos o fundamentarnos la validez y vigencia con respecto a otras pretensiones jurídicas, llegará a mutarse por una formulación mucho más amplia del concepto de «naturaleza de la cosa, como primer principio de la doctrina jurídica». La validez-legalidad normativa vendrá a sustanciarse por *legitimación-naturaleza* de las cosas, o *legitimidad*—«base de todas las cosas».

Sin olvidar, por tanto, el proceso motivador de validez del Derecho, podemos decir que quedan ya muy lejos la referencia a lo *legal-decreto*, *ley-Constitución*, como predeterminantes del *devenir* de la norma, aunque ésta tuviera otras atemperaciones culturales o ideológicas.

Al variar, pues, los pilares sobre la «validez y obligatoriedad del Derecho», siguiendo a Radbruch, podemos decir, que, sin embargo, toda su rica reflexión filosófica sobre el devenir de la norma, como hecho con fuerza real suficiente para imponerse en la vida, pasó la frontera de la legalidad en la génesis y en la creación de la norma, para mostrarnos lo que hemos denominado una *legitimidad* de la norma que en Radbruch va a apuntarse en la base de *las cosas*, y que en el pensamiento jurídico moderno nos mostrará los últimos cauces y derroteros de un Derecho natural de contenido potencialmente progresivo y que tiende a humanizarse o a concretarse. La fuerza *legitimadora* de la norma no ahoga lo legal de lo jurídico, sino que lo encauza, le sirve de eco, le da humanidad.

(45) Especialmente, en *Der Geist des englischen Rechts*, 2.<sup>a</sup> edic., 1947; *El espíritu del Derecho inglés*, Madrid, 1958; en *Rechtphilosophie*, Stuttgart, 1956; en *Die Natur der Sach als juristische Denkform*, Darmstadt, 1960. El juicio que mueve a RECASÉNS esta evolución del pensamiento de RADBRUCH puede verse en *Panorama del pensamiento jurídico*, México, 1963, tomo I, 241.

(46) En «Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy», en *Naturae Law Forum*, 1958.

(47) En *Filosofía y Ciencia del Derecho alemanes de la trasguerra*, Madrid, 1951.



Y este proceso, que a vía de ejemplo hemos visto en Radbruch, se contempla más y mejor justamente en toda la problemática de la creación de la norma, una vez que ya hemos subrayado aquellos presupuestos que nos tipifican el proceso motivador de la norma, su promoción y hasta su génesis, y en camino ya de adentrarnos en los ingredientes ontológicos que nos van a dar más definidamente la estimativa jurídica en la creación de la norma.

### III. 2. JUICIOS DE VALOR EN LA CREACIÓN DE LA NORMA.

En este apartado vamos a referirnos al núcleo estimativo que *comporta* la *génesis-creación* de la norma. Se trata de reflexionar no sobre un problema de límites, de ámbito o de instrumentación de la norma, en el instante anterior a su formulación, y desde luego a su imperatividad, o a su aplicación. Puesto que ya hemos visto antes cómo en la génesis de la norma se anticipan los supuestos fácticos humanos que nos marcan el escenario concreto de la norma, y que le darán pie para su interpretación ajustada a Derecho, no cabe duda que la *naturaleza de la cosa* incide, además, en el proceso promotor normativo de la norma, en ese otro más *cercano* a la norma misma.

Buscamos una fundamentación ontológica de que aquel proceso, porque si no haríamos puramente sociología jurídica (48) referida mínimamente a una auscultación o a una instrumentación. O haríamos filosofía política o a lo sumo ciencia política si al relacionar Estado y Derecho, nos pusiéramos miopemente a implicar el aparato estatal en la norma en sí (49).

Ya que los presupuestos ideológicos fácticos, lógicos y prudenciales quedaron expuestos en el punto II, no tendrían por sí explicación suficiente si no los engranamos en los juicios de valor que de ellos mismos emana. No es que se trate de seguir a Cohen (50) en la distinción de las cosas como *dadas—gegeben—*, sino—«*propuestas*»—*aufgegeben*. Y que

(48) Cfr. RECASÉNS, *Tratado general de Sociología*. México, 1963, cap. XXXII, páginas 578 y ss. Con la biografía por él citada. En general, puede decirse que de todo análisis no puramente pragmático de lo jurídico como hecho social nos hace enlazar con los temas más entitativos de la ciencia jurídica dogmática. Cfr. GURVITICH, *Elementos de sociologie juridique*, París, 1940, y también, *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, 1956, de CABRAL DE MONCADA, y BRAMDAO, VILANOVE, LUNDSTEDT y ALIVECRONA.

(49) Cfr. MARENINI, en «Legislazione abttorale, e el val», *El tirano senza volta*, 1966.

(50) Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, *La lógica como posibilidad del pensamiento*, Madrid, 1957, pág. 16.

nos llevarían a normas no dadas, sino «*propuestas*»—que es el término común a la problemática aquí expuesta—, sino de analizar los elementos axiológicos que provocan o inciden en la *creación de la norma*. Si ésta no aflora a la superficie por vía virginal, también es cierto que no tampoco podremos reducirla a puro sistema, o a puro esquema lógico-sociológico, a puro instrumento.

Sin tratar de ser exhaustivos, vamos a subrayar los aspectos fundamentales.

### III. 2.1. *Principios ontológicos.*

Afirmemos que la creación de la norma no puede sustraerse a un tratamiento ontológico-social de superior nivel (51). Pero aquí hemos de singularizar tales principios o categorías, porque son los que nos darán el auténtico juicio de valor sobre la creación normativa.

#### III. 2.1.1. *La libertad.*

Afirma Heinemann (52), en contra de Hartmann (53), que no se pueden separar *personas* y *problemas*, y que los problemas, lejos de ser estables con relación al hombre, dependen de él.

Esa dependencia, o mejor diremos nosotros, esa relación ontológico-humana, de problemas y hombres, nos sitúa dentro de la creación de la norma, en el problema de la libertad. Legaz y Lacambra afirma (54) que podría decirse que la historia de las formas políticas, bajo un aspecto fundamental, al menos, es la historia de las formas de organización de la libertad con arreglo a distintos sistemas de principios. El Estado es una realidad social, el Derecho es una forma de vida social, y esto tiene una implicación importantísima: ni el Estado ni el Derecho tienen existencia como tales en la vida personal. En la vida personal, el Estado y el Derecho son vividos como ideales morales, pero no tienen ahí su sede ontológica.

Glosando este punto nosotros hemos entendido que:

La realidad de la libertad en la vida social implica la realidad de la re-

(51) Cfr. RECASÉNS, *Panorama...*, *ob. cit.*, tomo I, 501, en que resume su propia posición.

(52) En *Die Geschichte des Philosophie als Geschichte des Menschen*, 1926, 214.

(53) Cfr. No obstante la evolución inmediatamente posterior del pensamiento de HARTMANN, *La filosofía del idealismo alemán*, Buenos Aires, 1960, II tomo. (El prólogo de esta obra lleva fecha 1929.)

(54) Cfr. *Humanismo...*, *ob. cit.*, 150-152.

lación socio-vital, probada más evidentemente, más palpablemente, en el instante supremo de la organización de las libertades recíprocas en la ordenación del Estado y Derecho, pareja a aquella más remota sociedad y vida, cuando el hombre es protagonista de la convivencia, que se hace dinámica en las *ordinatio*s cósmica, lógica y humano-social.

¿Qué papel ocupa entonces el Derecho? La ordenación socio-jurídica no será sino un escalón más, un momento más de las religaciones y auto-limitaciones cosmo-lógico humanas, o será la expresión formal más nítida, más importante, más fundamental de la vida social-ordenada.

La respuesta vendrá después de indagar la implicación de lo social en el derecho mismo, porque será la manera de ver si la materia prima—el Derecho—de suyo es materia receptora-reactora, como uranio-social, capaz de convertir y re-vertir las irradiaciones de y a la vida social.

Esta ontologización social de la norma en cuanto se personaliza y sirve a lo humano, es posible por el *juego de la libertad* que den la legislación o la codificación (55).

El *presupuesto de la libertad* llama a todas clases de normas (56): las éticas, según la noción de justicia enraizada en el destino individual y trascendente de cada yo; las políticas, orientadas a proporcionar la armónica seguridad entre quienes coexisten en la tierra para ganar su destino trascendente, y las normas jurídicas, cuando la forma de convivir seguro es además para la justicia. Precisamente las dos primeras especies son un poco los estadios previos de la norma jurídica plena, pero en aquellos dos primeros—lo que Elías de Tejada llama norma ética y norma política—se encuentra más palpable y visible en el proceso ontológico, o en la «sede ontológica»—como le llama Legaz a la creación normativa—. Casi siempre es la ética política lo que está *acelerando* el *devenir* jurídico. Pero si la exigencia de la libertad se proclama ostensiblemente en lo ético político, quiere decirse que no se podrá hablar propiamente de normas jurídicas cuando en el proceso gestor falte la libertad humana. No ya porque la norma jurídica propenda siempre a abrir puentes de libertad, sino porque carece de un vicio de origen. De la misma manera que una resolución judicial se adoptase sin las mínimas garantías, o audiencias del interesado (57).

(55) Cfr. GÓMEZ ARBOLEYA, *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*. *Rev. Est. Políticos*, XI, 57, 1951, pág. 21.

(56) Cfr. ELÍAS DE TEJADA, *La Filosofía jurídica en la España actual*, Madrid, 1949, pág. 57.

(57) Aquí está una buena parte de los atisbos axiológicos de la Filosofía jurídica norteamericana, sobre base jurisprudencial y realista.

Una fuente muy directa y concreta al respecto lo constituye el estudio de Peter Noll (58), porque nos pone en su misma titulación el abanico problemático de los dos valores, «libertad e igualdad» ante la legislación. La declaración de libertad e igualdad son parte integrante de las constituciones, son resultado de la norma, pero están en la norma: «on a toujours fair valoir que les hommes sont inègaux d'après leurs qualités innés et que nul législateur ne peut los rendre agaux, que même le parlement anglais ne peut transformer una femme en homme. Ici aussi, ce n'est que l'égalité sociale qui est un probleme normatif. Il est sur que le legislateur ne peut transformer des hommes en femmes, mais il peut dependent leur acorder les memes droits ou droits differents».

Se trata, por tanto, de que ante el problema de las *opciones*, de las que irán a deducirse normas jurídicas, *libertad e igualdad* resulten visibles y no contradictorias. Y además de que ambos conceptos sean mínimamente presentes en el proceso gestor de la norma.

### III. 2.1.2. *Interés-conflicto.*

Todas las orientaciones que (60) tratan de reflejar en el Derecho un *interés jurídicamente protegido o protegible*, han de ser consideradas, mejor que en ningún otro momento, en ese concreto y preciso de la *creación* de la norma.

Primeramente la existencia de intereses protegidos o a proteger en el proceso gestor de la norma, atempera, encauza, o cualifica los supuestos de libertad, o el ejercicio de la libertad para la opinión u opiniones públicas. El legislador es una especie de caja de resonancias, de libertades individuales concretas (61), y de intereses, generalmente concretos y no

(58) *Liberte et egalite en tant que probleme legislatif*, ARSP, vol. 1967, LIII, 2, páginas 215 y ss.

(59) Cfr. DAHRENDORF, «Sociedad y libertad», *Hacia un análisis sociológico de la actualidad*, Madrid, 1966, especialmente el ensayo «El futuro de la libertad».

(60) La corriente alemana que luego había de denominarse «Jurisprudencia de interés», tuvo su origen en IHERUG, especialmente en dos de sus obras, *Der Kampf ums Rechts*, 1872. (Versión esp. *und Ernt in der jurisprudence*, 1884.) (Ver. esp. *La lucha por el Derecho*, Buenos Aires, 1939.) (Ver. esp. ed. Derecho Privado, *Jurisprudencia en broma y en serio.*) Tal corriente había de tener en HECK (*Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, 1937), en RUMELÍN (*Human Society in Etchycs and Politics*, New York, 1955) y DERTMANN (*Interessen und Begriffe in der Rechtswissenschaft*, 1931), sus continuadores y sobre todo se hará motivo de referencia en una buena parte del pensamiento jurídico y social, especialmente STAMMLER, KELSEN, CATTANEO, CORTS GRAU, y otros.

(61) Cfr. G. DE AZCÁRATE, *El problema social*, Buenos Aires, 1946, págs. 11 y

abstractos. Es decir, que ni la libertad fundamentará *exclusivamente* la *norma-proyecto*, ni tampoco el interés será de *por sí* determinante de la norma misma.

Y esto no es un juego de palabras, sino sencillamente el propio juego de libertad e interés, porque la libertad se ejercita para algo, lleva a algo, y aspira a algo. El primer instante de ese ejercicio es cuando se hace portadora de intereses. El legislador, presumiendo que en las opiniones e necesidades humanas de la norma hay una base suficiente de libertad, da paso a la exposición de aquéllas, pero sabe que de alguna manera los intereses están detrás. Bien porque la norma trata de darles eco en justicia porque así se estima, bien porque tratan de crear una norma más refleja, proyección de soluciones jurídicas (62).

Esta es la explicación de las posibles limitaciones—humanas y técnicas—de las normas; la de su contradicción a veces, la de su insuficiencia normativa; la de acudir quizá a soluciones de delegación o decretos-leyes que no siempre resultan adecuados o, en principio, conformes con el bien común (63).

Naturalmente, en la creación de la norma afloran esos intereses, y hasta, en definitiva, los conflictos de intereses (64). Lo que en sociología hemos denominado tensiones sociales (65) y lo que en filosofía social cla-

---

siguientes. Con el criterio de posiciones concretas es como ha clarificado ROBERT N. BECK, las *Perspectives in social Philosophy*, 1967: realismo, liberalismo, utilitarismo, idealismo, comunismo, pragmatismo, existencialismo, filosofía analítica.

(62) Se trata de contemplar también el impacto de lo que en el Derecho pueda haber o no actividad económica y moral, que son las fuentes cualificadoras del interés. Tema que ya según es conocido abordó STAMMLER en *Juicios del Comunismo*, y que AGUSTÍN DE ASÍS ha actualizado en *Economía y Derecho*, 1957. Cfr. en este trabajo la glosa que hace a las posiciones de GROCE y ROSMINI (págs. 10 y ss.).

(63) Cfr. MESSNER, *La cuestión social*, Madrid, 1960, págs. 616 espec. De manera más general ha estudiado el tema P. NEURATH, en *Statistik für loziaewissenschaftler—Eine Einführung in das Statistische Denken*, Stuttgart, 1966.

(64) Recientemente se produjo en España el caso de un problema conflictivo entre la Sociedad de Autores y las Salas de exhibición de Cine, con motivo de los Derechos de Autor, que inicialmente planteado en los Tribunales de Justicia, fue objeto de un proyecto de Ley que a las claras trató de resolver el conflicto por vía legislativa «sub judice» la cuestión en los Tribunales de Apelación.

(65) Cfr., entre otros trabajos nuestros, «Sociología y Derecho en el conflicto económico-social», *Boletín Colegio de Abogados*, enero 1966, y *Estudios de Sociología y Derecho Sindical*, Madrid, 1966, págs. 43 y ss., cuya bibliografía damos por reproducida. Nuestro pensamiento actual está en *Justicia y Derecho en la Comunidad del Trabajo*, Madrid, 1972.

Cfr. además como ambientación axiológica del tema en cuanto representa una concreción del juicio de equidad aplicable al campo jurídico-social, el trabajo de

ramente se tipifican como conflictos sociales, obedecen a una patología posterior a la norma, pero en realidad hay una pretendida purificación de ellos, en el *proceso legislativo*. Es allí, previo a la norma, donde ha de reconocerse el tono pasional y humano, porque nunca lo justo es resultado físico-matemático, o lógico-formal.

El tema lo ha analizado abiertamente Dahrendorf (66) en los aspectos sociales, llegando a la conclusión de que la solución del conflicto no está en la represión, sino en *institucionalizarlo, encauzarlo*, para que así el sentido de cambio, o de superación que el interés-conflicto siempre lleva consigo, se traduzca operantemente en la dinámica social.

Esto mismo es aplicable, o casi mejor, *resultado*, de una concepción de la creación de la norma en la que participan los intereses. Con esto relacionamos el problema con aquellos presupuestos de *experiencia y realidad*, tomados como base del *factum* de los asuntos humanos, a la vez que singularizamos el no sentido formal de la libertad misma para el posterior ejercicio de los derechos humanos que se ponen en juego, primeramente al configurarse legislativamente la norma, y segundo *aplicándola*. El interés es un ingrediente, no fundamento exclusivo ni ontológico en el proceso motivador de la norma, y es consecuencia del propio reconocimiento de la imposibilidad de trasplantar todo un *formalismo* o *idealismo* al terreno de lo humano jurídico. Forma parte de esta ontología de lo social, mosaico de intereses, abierta a la naturaleza de las cosas, cosas que con frecuencia son conflictivas, e intereses unas veces individuales y otras superiores o comunitarios (67).

Técnica legislativa, o prácticas parlamentarias serán las que nos podrán dar los adecuados instrumentos para la calificación del predominio de intereses comunitarios o individuales, de lo que no podemos ocuparnos aquí (68).

### III. 2.1.3. *El poder.*

El último de los aspectos ontológicos en la creación de la norma, que analizáramos en el *poder*. Yo me permitiría opinar que el poder está de

---

FROSINI, «Struktur und Bedeutung des Billigkeitsurteils», *ARSP*, vol. 1967, 4, III, 2, páginas 179 y ss.

(66) En *Sociedad y libertad*, *ob. cit.*, en el estudio «Conflicto y cambio».

(67) La doctrina de BAGOLINI en cuanto al problema de la justicia lo lleva como tema de *integración* de los *intereses* y de las *finalidades* humanas, y sería de estimar aquí. Cfr. especialmente *A Justicia como Historia*, Sao Paulo, 1953.

(68) Cfr. RECASÉNS, *Sociedad: su realidad y valoración*, *Rev. Est. Sindicales*, marzo 1967, págs. 63-78.

alguna manera relacionado con los *finés* del Derecho, y, por tanto, es algo que pende siempre en la creación de la norma.

Delos analiza el problema, tratando de clarificar el problema de los fines del Derecho (69), y dice así: «Nada más lejos de toda preocupación finalista o teológica que el positivismo jurídico o el voluntarismo que han tenido tan sólido arraigo en el siglo XIX. El Derecho es expresión de una voluntad soberana—sea de los individuos cuyo libre acuerdo se registra en un contrato de la que es la ley de las partes—, o sea, la del Estado, igualmente soberano y *creador* (el subrayado es nuestro) él también de la ley a la cual se somete imponiéndola a sus súbditos».

Más adelante dice: «ciertamente la legalidad no es establecida por el Estado sin *designio*» (subrayado también nuestro), es establecida «esencialmente en intereses de los individuos», y se inclina ante «sus derechos públicos subjetivos»... «Para que el problema de los fines del Derecho pueda plantearse, es preciso en efecto admitir que el orden jurídico positivo se haya subordinado a ciertos fines políticos, morales y otros, y estos fines están determinados de tal manera que dan al Derecho positivo su orientación y lo *imponen* (subrayado nuestro) su contenido. Hipótesis que el positivismo jurídico no puede contemplar sin renunciar a su liberalismo y a su concepción de la autonomía de la libertad. Para él, el Derecho positivo no tiene otro contenido que aquel que dan la voluntad del Estado o la de los contratantes. Que esta voluntad debe someterse a reglas morales, satisfacer fines políticos, es posible, pero ¿qué importa al jurista? Porque el Derecho no comienza sino con las manifestaciones de voluntad que lo crean»... Esta doctrina que el propio Delos califica de «científicamente demasiado estéril, ciertamente ha de ponerse en el contrapunto de delimitar la auténtica naturaleza del Derecho positivo, que como él dice, es de un lado regla de vida social y de otro obra de razón».

La idea de poder, o las dosis de poder en la creación de la norma, nosotros las vemos como fundamentación de la destinación de la norma, que trata de hacer más plena la persona a través de la relación de fines personal-comunitarios. En la génesis de la norma, como voluntad normativa se da una síntesis de los intereses *poder individuales* y *poder social general* como le llama Stammler (70). Por eso, insensiblemente toda norma en proyecto, tanto si es constitudinaria y más claramente si es de carácter legal, comienza por tener la fuerza y el poder de algo que aflo- ra a la vida social, con tendencia a cristalizar positivamente. En la ciencia política el tema sería el tratamiento o la relación entre poder ejecutivo

(69) Cfr. *Los fines del Derecho*, ob. cit., págs. 49 y ss.

(70) En *La génesis...*, ob. cit., págs. 58 y ss.

y poder relativo. En la antología social, la cuestión sería estudiar ese poder social en general (71) como determinado por el influjo de un hombre sobre otros. Apenas habrá ideas en que falte el modo figurado de decir que en ocasiones el hombre no es dueño de sí mismo. No pasa esto de ser una imagen; pero cuando tal decimos de una persona la concebimos en cierto modo como desintegrada en dos personalidades distintas, viniendo así a parar en la noción de diversos hombres influidos en sus decisiones los unos por los otros. Partiendo de estas consideraciones—apunta Stamm-ler—«es como podremos discernir sistemáticamente cuál es la verdadera relación entre el Poder y el Derecho y de qué modo interviene aquél como factor en la génesis del orden jurídico».

### III. 2.2. Orden jurídico institucional.

La creación de la norma presume la existencia de un *orden jurídico*, en la que los derechos humano-comunitarios se desenvuelvan y desarrollen con *normalidad*. Nuestra afirmación fundamental aquí es que como consecuencia de tal orden jurídico humano, el *desarrollo social* acelera e imprime un nuevo carácter a esa vida social misma, y que como consecuencia de la misma el desarrollo legislativo es fruto, por de pronto, del orden jurídico.

Una vez dicho lo anterior, explica el llevar el tema del orden jurídico institucional al capítulo de los juicios de valor que intervienen en la creación de la norma, nos interesa más algo del tema.

Nuestra posición además es trasladar a la génesis de la norma cuanto de acertado se ha dicho por la teoría institucional aplicada al mundo de lo jurídico. Creo no es suficiente (72) ahondar en las raíces institucionales del Derecho aplicadas a la norma en sí. Es cierto que *idea-fin*, *principio-empresa* aparecen en la teoría de la institución dispuestos a servir como cierre de un círculo vicioso entre Derecho natural y Derecho positivo. Creemos nosotros que hay un problema colindante con él, que es el de la promoción normativa, el *instante generacional de la norma*.

Esta actitud nuestra es consecuencia del estudio y análisis anterior.

(71) STAMMLER, *ob. cit.*, 58 y ss. Cfr. además el apartado: «Anulación de los contrapoderes y subordinación de Derecho», de la obra de JOUVENEL *El poder*, Madrid, 1956, págs. 331 y ss., en «Aspecto histórico-crítico del problema».

(72) Cfr. RUIZ GIMÉNEZ, *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, 1944; últimamente, HÜBNER GALLO, en *Introducción a la teoría de la norma jurídica y la teoría de la Institución*, Chile, 1961, pág. 161. Nuestra posición personal es glosada por RODRÍGUEZ-ARIAS en *La teoría institucional del Derecho*, Anales Cátedra «Suárez», núm. 12, fasc. 1.º, Granada, 1972, pág. 59.



Pretender ser iusnaturalista al margen del *factum* de los asuntos humanos, es tan incompleto como pretender ser humano al margen de una naturaleza de las cosas, unas ideas, unos juicios entitativos de valor sobre lo humano y sobre lo social.

Creemos además que este señalamiento es el único que puede corregir las limitaciones del *devenir jurídico*, dentro de sistemas o de doctrinas que participan de criterios de libérrima humanización, pero que terminan por doblegarse a voluntades puramente individuales, que cuando se aglomeran pueden constituir auténticos grupos de presión individual-colectiva. Esta es acaso la tendencia más destacada en el pensamiento jurídico italiano más avanzado (73).

Partiendo de que en la promoción de la norma y en su gestación han de engranarse *libertad-interés-poder*, se trata de reflexionar sobre si el diseño de las *voluntades-intereses* individuales son realmente omnímodas ante el proceso normativo que antes, al *lado* o por encima de los intereses-valores individuales ha de atender a todo el escenario comunitario de lo personal-social.

El tema, de una manera más general, lo hemos desarrollado nosotros con otro motivo, y mi reflexión filosófico-jurídica puede ratificarse aquí. Creemos, no obstante, necesario y suficiente puntualizar aquí nuestra investigación de cómo realmente lo institucional no es algo que explique o fundamente exclusivamente relaciones jurídicas o institucionales concretas normativas. Sino que lo instrumental, con todas las rectificaciones necesarias, es algo que debe irrumpir o alcanzar al proceso mismo promotor y motivador de la norma (74).

Le Fur, más ampliamente, más axiológicamente si se quiere, que nosotros ha analizado el problema (75): «Como los hechos son esencialmente variables es necesario proceder a una adaptación de los hechos antiguos a las realidades nuevas.» (Esto es lo que nosotros denominamos *proceso promotor de la norma.*) Y sigue Le Fur: «Para llegar

(73) Cfr. CABOARA, *Los partidos...*, *ob. cit.*, págs. 79 y ss. El tema de manera más general fue ya tratado en su relación en los Derechos económico-sociales, por BATTAGLIA, *Filosofía del Trabajo*, Madrid, 1955. pág. 284 especial; y lo es si se quiere de nuevo por BAGOLINI, en la *ob. cit.*, cuando se refiere a una nueva base o etapa social, impuesta por circunstancias y situaciones contemporáneas y nuevas, especialmente en relación con el trabajo *Los Contratos Colectivos...*, que implican nueva visión de la justicia y nuevas premisas de orden técnico. Cfr. además *La Filosofia nella Solitudine dell'Uomo contemporaneo*, Bolonia, 1955.

(74) Cfr. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg, 1953.

(75) Cfr. *Los fines...*, *ob. cit.*, 30 y ss.

a una solución exacta es indispensable tomar en cuenta todos los hechos comprendidos en ellos, sobre todo los que emanan de la naturaleza del hombre que el Derecho está destinado a regir— Como en toda ciencia normativa, el Derecho supone juicios de valor y, por tanto, una jerarquía de actos que va a reglamentar. Es claro que esto no se consigue por procedimiento mecánico, ni tampoco por simple cálculo de los votos en pro o en contra de una solución determinada. Ni en las ciencias físicas o naturales ni en las ciencias morales o sociales, la verdad no es nunca cuestión de mayorías.»

La norma es *ligazón-participante*—hemos afirmado nosotros (76)—, puente-cauce; es atadura creadora. Como sujeto activo o pasivo, la ley re-liga al hombre, puesto que le señala el marco auténtico de las dimensiones operativas de su personalidad, y las «recepciones» de disponibilidades de los demás en reciprocidad, en equilibrio o en justicia.

No queda más remedio, pues, que *desatomizar intereses-poderes* para clasificar lo puramente *individual* de lo *personal*, y lo *estatal* de lo *comunitario*.

Es por esto por lo que en la filosofía social cristiana actual viene insistiéndose (77) en posiciones institucionales no autoritarias, sino humanitarias.

Y hasta el destacar ejemplarmente cómo las participaciones en las decisiones de poder se tratan de operar en los *niveles superiores* a los puramente intermedios o institucionales.

Partiendo de la realidad-necesidad de que en el proyecto-norma haya intereses y se sirvan de libertades, no cabe duda que lo institucional está más atrás y pide e insta la existencia de *entes institucionales intermedios* que se hagan portavoces auténticos de interés y libertades concretas, de suyo no mayoritarias—en la expresión de Le Fur—, sino sencillamente auténticas. Una ley de legalización de la homosexualidad quebrará por naturaleza si ante el problema no tienen voz ni voto los entes intermedios afectados más auténticamente, más serenamente, que los puramente individualistas, o pragmáticas, como podría ser la familia, las instituciones religiosas, el Ejército. La naturaleza de las cosas

(76) *Axiología...*, *trab. cit.*, pág. 21.

(77) Indudablemente desde SUÁREZ. Cfr. DEMPFF, *La filosofía Cristiana del Estado en España*, Madrid, 1961, Cap. IV.

En la *Gaudium et spes*, el tema resulta más claramente afirmado en este aspecto de la coparticipación a «niveles superiores». Cfr. nuestro trabajo *Filosofía de los Derechos económico-sociales* (homenaje al profesor PUIGDOLLERS), cuya biografía damos por reproducida. Publicado en el ANUARIO DE FIL. DEL DER. incorporado a *Justicia...*, *ob. cit.*, págs. 47 y ss.

radica en ellas, pero en tanto en cuanto la persona-sociedad tiene relevancia en ellas.

Cuando en el proceso legislativo sólo son los intereses o las decisiones del poder, coyunturales o patológicas, las que ambientan o explican o promueven la norma, estamos abocados a que la norma en sí no trate de encarnar soluciones jurídicas, sino pragmáticas, o acaso no trate de encubrir sino desviaciones humano-sociales que, aunque instadas por la mayoría, representa una violación de derechos humanos. La legalidad de la esclavitud como la legalidad de la sexualidad de que se habla en estos días nos denuncian—entre otras cosas—la falta de audiencias institucionales, la carencia efectiva de que la génesis de la norma está ayuna de ideas y valores; de que el proceso o génesis de la norma carece del ribete institucional preciso para su plenitud en el Derecho y en la Justicia.

Lo que hemos llamado orden jurídico institucional es, pues, referido no sólo al mundo de lo jurídico-normativo como presupuesto para la aplicación del Derecho, sino para ambientación y explicación axiológica de la génesis de la norma (78).

### III. 2.3. *Mecanismo técnico-formal.*

La creación de la norma supone necesariamente un aparato instrumental-técnico de carácter formal. Lo que la formulación de la ley no obedece sólo a un signo externo de pregonación o de conocimiento de la norma. Es consecuencia y le viene la autoridad del *proceso* anterior gestor de la norma. Stammler alude largamente al problema (79), referido especialmente al terreno del Derecho *estricto*, o Derecho *casuístico*, acaso para ser eléctico entre las posiciones de la escuela de Derecho libre, en la cual la ley no debe ser, sino ser *propuesta* para el juez, problemática que es muy parcial con respecto a las dimensiones más complejas del problema, como lo prueba el que el propio Stammler termine por decir que «sólo cabe una afirmación general y es, a saber: que el legislador, en su aspiración de proclamar siempre la norma fundamentalmente justa, deberá preferir al mismo tiempo el medio de resultados más seguros en cuanto sea compatible con aquel postulado cardinal».

No hay duda que en el proceso legislativo hay un problema de técnica y de forma que autolimitan o responsabilizan la propia norma. Con frecuencia llegan más lejos de una axiología de la norma, en lo que tiene

(78) Cfr. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, Buenos Aires, 1947.

(79) *Los fines...*, *ob. cit.*, pág. 131.

de *lege ferenda*, y se extiende la problemática a la mecánica electoral (80). En cualquier caso, tales cuestiones hay que decir que son inherentes a lo jurídico por el hecho de haberse dado forma a una relación de justicia; pero además hemos de convenir en que el tema afecta también a otro estrechamente relacionado con el orden jurídico institucional, que es la seguridad jurídica.

No obstante, hay que marcar igualmente los propios límites de técnica-forma como elementos en la promoción y creación de la norma. Por un lado, para que no ahogue la distinción personal de lo jurídico, y de otro, para que no anulen el signo creador y positivo de lo humano o de lo social.

Es de subrayar, por ejemplo, cómo el concepto de *revolución* está manejándose, además de estrategia política, como elemento de una filosofía social. En sistema de legalidad, se puede comprobar cómo no bastan el respeto de los derechos individuales para que los derechos de la persona auténticamente promocionen. O, más claramente: cómo los intereses individuales encuentran en los esquemas formales la mejor arma para su enquistamiento gangrenoso en la vida social. No basta con reconocer o resaltar las insuficiencias de un concepto de la revolución aplicado al Derecho, como lo hacía Kelsen (81), sino que es preciso institucionar formalmente las dos revolucionario-sociales ante el mundo de la jurídico.

El propio Bertrand Russell (82), hace años, y para el estudio de

---

(80) Además de los trabajos citados por CABOARA, cfr. JOHN A. FITCH, *Función social del sindicalismo*, Buenos Aires, 1964, págs. 163 y ss.; y LUDWING ROSEMBERG, *Los Sindicatos y el Estado social de Derecho*, 1966. En ambas obras se traduce la tesis—y en parte las impaciencias—para llegar al poder legislativo los problemas e intereses de los grupos sociales organizados.

Cfr., de manera más general, MIGUEL REALE, *Pluralismo e libertade*, Sao Paulo, 1963.

(81) CATTANEO, en *Il concetto di rivoluzione nella scienza del Diritto*, Milano, 1960. Esta obra resulta extraordinariamente interesante porque analiza el pensamiento último de STAMMLER, y KELSEN, a la vista de las modernas orientaciones, especialmente de BOBBIO, BELINS y HERAUD, cuyas fuentes biográficas damos aquí por reproducidas. En la página 115 hay un expresivo texto sobre la doctrina iusnaturalista democrática «Sub piano político e morale».

(82) En *Libertad y organización* (1814-1914), Madrid, 1936. Cfr. como fuente general de las tendencias en el pensamiento norteamericano la obra de PAUL KAURTZ, *American philosophy in the twentieth century*. También y como derivación del problema el trabajo de W. BALDAMUS, «The category of pragmatic knowledge in Sociologicae Analysis», *ARSP*, vol. 1967, LIII-1, pág. 31, en cuanto estudia el dualismo «teoría» y «experiencia» y aboga por la necesidad de elementos normativos y no normativos, *técnicos* y *jurídicos* para el comportamiento humano.

todo un siglo, analizaba un acontecimiento social al filo de la libertad y la organización. La una referida al individuo, la otra referida a la organización social. Y, volviendo a Cattaneo, sostiene que la doctrina sostenida es forma normativa del «fatto, hanno, nsi confronti di queste, el pregio della sincerità: ese considerano giuridico il nuevo ordinamento semplicemente in quanto existente, fanno dispendere la sua giuridicità dalla sua efficacia» (83).

Vuelve, pues, a preocupar el tema de la eficacia dentro de la problemática de la promoción normativa. La eficacia está, además de cuanto contribuya a la aplicación de la norma, y a las garantías formales y jurisprudenciales correspondientes, en cuanto trate de eliminar los cauces de la propia gestión normativa. Es la «rivoluzione pacifica» de que habla Cattaneo, es la instrumentación formal de lo jurídico en su génesis, lo que va a permitir—junto los demás elementos—su plenitud creadora como solución en justicia.

En dos notas axiológicas resumiría yo esta instrumentación jurídico-formal: la *audiencia* y la *participación*. La audiencia es la formalidad a que se refiere al reconocimiento de la norma gestante; la participación hace referencia a la técnica y a la formalización de lo institucional en el devenir jurídico. Es verdad que en el proceso final de la norma intervienen elementos casuales, imprevistos o accidentales; también los hay de coyuntura o de imponderabilidad. Pero creo que el abanico que termina todo el proceso promotor y creador de la norma ha de cerrarse con los mecanismos formales-públicos suficientes para lograr esa audiencia y esa participación institucional en la génesis. Serán dos aspectos no puramente instrumentales, sino algo expresivos de que la norma, aun cuando no naciera, se justificaría por ese instante de presencias-audiencias de las personas e instituciones con las cuales se piensa o a las cuales se dirige el pensamiento del legislador, para que así la norma, sin nacer de las mayorías, como diría Le Fur, tampoco nazca de una voluntad omnímoda del Estado mismo (84).

JESÚS LÓPEZ MEDEL

(83) *Ob. cit.*, pág. 118.

(84) Cfr. GALÁN, *Estado, naturaleza y cultura (El Estado como trozo vivo de la realidad social y sus factores condicionantes naturales y culturales según Heller)*, Madrid, 1946, donde se hace una crítica y se señala una pauta correctora a la tesis del Estado funcional, como punto de consideración para las «legitimaciones» políticas por encima o al lado de la legalidad.

Más precisamente alude LEGAZ (*Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, 320), al tema de la «justicidad» de la vida social.