

AFORISMOS

Nº 4 - 2021

DIRECCIÓN

CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA SEPÚLVEDA

SUBDIRECCIÓN

ANTONIO MARTÍN PUERTA

SECRETARIO

FERNANDO ARIZA GONZÁLEZ

MIEMBROS DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ MARÍA CARABANTE MUNTADA
ALFONSO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA GARCÍA DE DUEÑAS
JORGE VILCHES GARCÍA

MIEMBROS DEL COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO GIMÉNEZ SÁEZ
MIGUEL MARÍA JIMÉNEZ DE CISNEROS
RAMÓN DE MEER CAÑÓN
JUAN ARTURO MORENO CABRERA

COMITÉ CIENTÍFICO

JOSÉ MANUEL CUENCA TORIBIO (Universidad de Córdoba)
LUIS ALBURQUERQUE (Instituto de Lengua, Literatura y Antropología, CSIC)
CHANTAL DELSOL (Academia de Ciencias Morales y Políticas, Francia)
PIOTR JULIUSZ JAROSZYNSKI (Universidad Católica de Lublin, Polonia)
PAOLA B. HELZEL (Universidad de Calabria, Italia)
JULIO ALVEAR (Universidad del Desarrollo, Chile)
JOSÉ ANDRÉS GALLEGO (Universidad de Cádiz, CSIC)
COSTANTINO ESPOSITO (Universidad de Bari, Italia)
RAFAEL SÁNCHEZ SAUS (Universidad de Cádiz)
RAÚL CANOSA (UCM)
BENEDETTA SAPORANO (Università Aldo Moro de Bari)

Dykinson

ISSN: 2695-5253

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

AFORISMOS
agradece las donaciones recibidas
y a la Dirección General de la Fundación Universitaria San Pablo CEU su colaboración.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Los autores
Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.
Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 2695-5253

Depósito Legal: M-36543-2019

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

LA CADENA DE SUMINISTRO DEL DERECHO¹

THE LAW'S SUPPLY CHAIN

GONZALO VILLARRUBIA MUÑOZ-COBO

DOI: 10.14679/1825

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es establecer un marco general de reflexión acerca de (una parte de) la cadena de generación del Derecho. Para cumplimentar este propósito se van a tomar tres elementos -el concepto de Derecho, la función del Derecho y la necesidad de Derecho- que se pondrán en relación entre sí para establecer el engranaje de dicha cadena de generación. Dejamos fuera de la cadena de generación la parte administrativa de la producción legislativa. Igualmente el artículo elaborará en torno a cómo el orden y la prelación de cada uno de estos tres elementos en dicha secuencia tienen implicaciones no menores. El análisis de este asunto es relevante porque la disposición errónea o la ausencia de dicho orden puede tener consecuencias no baladíes a la hora de entender cualquiera de los tres elementos citados, especialmente el propio concepto de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Derecho, concepto, función, necesidad, transitividad.

ABSTRACT

The aim of this article is to establish a general framework that permits to reflect on (one part) of the so-called "law's supply chain". To this end, three elements -the concept of law, the function of law and the necessity of law- will be put in relation with each other in order to establish the chain of generation of law. We leave out of the chain of generation the part of the administrative tasks of the legislative production. The article will also elaborate on how the order and priority of each of these three elements of this sequence have implications that are not minor. The analysis of this issue is relevant because the erroneous arrangement or the lack of such an order and priority may have far-reaching consequences that are not trivial when it comes to understanding any of the three elements mentioned, especially the concept of law.

KEYWORDS: law, concept, function, necessity, transitivity.

¹ Fecha Envío: septiembre 2021. Fecha aceptación: noviembre 2021.

INTRODUCCION

Las notas que se recogen en el presente artículo se proponen brindar un marco general de reflexión acerca de lo que he dado en denominar “la cadena de generación del Derecho”. Mi pretensión no es agotar las cuestiones sobre las que ahora me detengo a elaborar sino exponerlas de una manera abierta para incitar el advenimiento de posteriores argumentos que desarrollen mi contribución. De esta manera entendería satisfactoriamente cumplido el propósito de este artículo.

Una de las cuestiones centrales de Filosofía del Derecho es, precisamente, ¿qué es el Derecho? Se trata, por supuesto, de una pregunta clásica y recurrente que ya se formularon los pensadores griegos hace veinticinco siglos y no ha dejado de acompañarnos e intrigarnos desde entonces. Hart revela lo extraordinaria que resulta la exploración entorno a este interrogante: “*Few questions concerning human society have been asked with such persistence and answered by serious thinkers in so many diverge, strange and even paradoxical ways as the question ‘what is law?’*”². Naturalmente, la reflexión sobre esta cuestión ha estimulado un copioso e intenso debate doctrinal, como consecuencia del cual la disciplina ha padecido una notable polarización que enfrenta desde antiguo a dos de las escuelas de pensamiento más influyentes, el iusnaturalismo y el iuspositivismo, sin que otras posiciones intermedias hayan encontrado similar resonancia a pesar de su innegable interés y la finura de algunas de sus propuestas³. Strauss explicó sin ambages la discordia que se venía produciendo entre lo que él describió como dos campos hostiles fuertemente fortificados y celosamente vigilados: “*The issue of natural right presents itself today as a matter of party allegiance. Looking around us, we see two hostile camps, heavily fortified and strictly guarded*”⁴. Otro autor de indudable tronío, Kelsen⁵, apunta que este antagonismo doctrinal, a pesar de haberse agudizado desde el siglo XIX en adelante, ha existido desde siempre como caso particular de un antagonismo más general en el campo de la Filosofía entre la especulación metafísica y el positivismo empírico-científico.

² HART, H.L.A.: *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford University Press, 2nd Ed., 1994, p.1.

³ Entre estas últimas cabría citar, por ejemplo, el «positivismo incorporacionista» de COLEMAN, el «positivismo incluyente» de WALUCHOW, el «positivismo presuntivo» de SCHAUER, el «positivismo sofisticado» de SHINER o el «positivismo corregido» de PECES-BARBA y, cómo no, el «soft positivism» del citado HART, que sí disfruta de una resonancia doctrinal muy notable.

⁴ STRAUSS, L.: *Natural Right and History*. Ed. The University of Chicago Press, 1953, p.7.

⁵ KELSEN, H.: “La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico”. *Revista jurídica de Buenos Aires*, núm. IV, 1961. Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, traducción de Eugenio Bulygin, p.181.

En este transcurso de este añejo y riquísimo debate doctrinal encontramos una miríada de autores de talla notable que nos han alumbrado con toda suerte de propuestas acerca del concepto de Derecho. Comoquiera que no se encuentra entre los objetivos de este trabajo hacer un repaso exhaustivo de la noción de Derecho a lo largo de la historia de la Filosofía del Derecho, elegiremos, a modo de guía urgente, apenas unas cuantas ideas de un puñado de autores indispensables: Ulpiano nos legó en el siglo III a.C. sus famosos tres preceptos del Derecho, a saber⁶: vivir honestamente según las buenas costumbres, no dañar a nadie y dar a cada cual lo suyo. De la misma época es el legado de Celso, el cual, en un alarde de síntesis, dio en definir el Derecho como *ars boni et aequi*⁷, esto es, el arte de lo bueno y lo equitativo. El insigne pensador romano Cicerón entendía que el Derecho como la *ratio* divina que el hombre sabio descubre en la naturaleza⁸, un reflejo de las verdades eternas conocidas sin duda por los hombres (*vis innata*). Ya en el siglo XIII de nuestra era el ilustre pensador cristiano Tomás de Aquino nos obsequia su conocida máxima "*ipsa res iusta*", literalmente, la misma cosa justa, abstracción ésta que hace referencia al Derecho. Para todos estos autores el concepto de Derecho era inevitablemente tributario de la moral y estaba inexorablemente unido a la idea de justicia; consecuentemente, la razón última de la obediencia al Derecho no se encontraba en su elemento coercitivo sino en la búsqueda e implantación de la justicia. Esta perspectiva fuertemente inspirada en preceptos morales de carácter universal variaría gradualmente en los pensadores que irían llegando en adelante. En efecto, en el siglo XVI Hobbes sostuvo que el Derecho no es sino el conjunto de mandamientos que tenga a bien impartir el soberano, sin que exista en Hobbes el concepto de ley injusta pues justas serían todas las disposiciones del soberano en virtud de su autoridad⁹. Dos siglos después, Kant entendió el Derecho como el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de una persona puede conciliarse con el arbitrio de otra persona según la ley universal de la libertad. Las acciones que se sujeten a este principio serán para el pensador alemán justas y conformes a Derecho. Dentro aún del siglo XVIII el pensador inglés Austin concibió el Derecho como un instrumento social que refleja relaciones de poder y obediencia mediante órdenes emitidas por el poder del soberano bajo la amenaza de sanciones en caso de incumplimiento. Austin consideraba que se debía prescindir de toda consideración moral en la concepción del Derecho. Para Marx el Derecho es la

⁶ ULPIANO: Digesto 1.1.10.1: "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*".

⁷ Recogido por ULPIANO en el Digesto.

⁸ D'ORS, A.: "Introducción a "Las Leyes" de Cicerón", Madrid IEP, 1953. Citado por BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, J. en "El orden universal y su reflejo en el derecho", Verbo, núm. 449-450 (2006), ACTAS Funda p.696, nota 7^a.

⁹ HOBBS, TH.: De Cive VI,19 y XIV,1. ID.: Leviathan, XLVI, 180.

voluntad de la clase dominante erigida en ley. El Derecho será entonces para el pensador alemán un medio de explotación en manos de la clase dominante, con un vínculo inescindible con la economía y en absoluto orientado hacia la idea de justicia. El ya anteriormente citado Kelsen, pensador netamente positivista, entiende el Derecho como una forma específica de técnica normativa que orienta la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de la aplicación de una medida coercitiva en caso de un comportamiento contrario a lo que prescribe la norma. Para Kelsen solamente tiene cabida en el Derecho lo que se encuentre plasmado en las normas jurídicas escritas de carácter positivo emitidas por la autoridad competente. Y como último ejemplo de este breve recorrido por el concepto de Derecho me detengo en el pensador inglés del siglo XX Hart, el cual defendió un concepto de Derecho configurado como medio de control social y orientación de la conducta de los ciudadanos con el propósito de garantizar la supervivencia de la sociedad. Como vemos, el concepto de Derecho ha dado (y sigue dando) mucho que decir. Más allá del juicio que cada uno de nosotros pueda hacer respecto de cualquiera de estas concepciones de la noción de Derecho, no cabe duda que todas ellas son el resultado de una sólida base intelectual, como lo demuestran la obra y trayectoria de los autores citados. Sin embargo, a la hora abordar adecuadamente el concepto de Derecho que sea, conviene, en todos los casos y con carácter previo, entender bien cuales son los fundamentos sobre los que éste se construye, de manera que podamos apreciar en cada caso la consistencia y coherencia entre noción y fundamento. Nos vamos a servir de dos elementos: la función del Derecho y la necesidad de Derecho, como partes de lo que doy en llamar “la cadena de generación del Derecho”. Dejo fuera de esta cadena de generación la parte que pudiera corresponder a la mera técnica legislativa de producción de disposiciones jurídicas, porque no forma parte en mi opinión del mismo conjunto de elementos al que pertenecen la función del Derecho y la necesidad de Derecho. En el contexto del presente artículo por “función del Derecho” se ha de entender la tarea que le corresponde hacer al Derecho en cuanto herramienta socio-jurídica. En este momento debo hacer una salvedad: la cuestión acerca de la diferencia entre finalidad y función del Derecho puede resultar exuberante en su dimensión y matices, y estimo prudente considerar que excede de las lindes del presente artículo desgranar esta cuestión; opto en consecuencia por asimilar ambos conceptos, lo cual, a pesar de que podría resultar una decisión algo comprometida, creo que no cambia en nada el discurso del mi análisis ni el contenido de mis conclusiones. En lo que respecta a “necesidad de Derecho” invito a entenderla durante la lectura como aquella situación de relevante precariedad o carencia que precisa de una solución jurídica.

ANALISIS

Lamarck sostuvo que la función crea el órgano y la necesidad la función¹⁰. Independientemente de que tal afirmación se realizara en el campo de la zoología y de los errores que el naturalista francés pudiera cometer en el desarrollo de su teoría, el punto de partida de Lamarck resulta útil a modo de analogía para el desarrollar el planteamiento inicial del asunto que el presente artículo aborda, que no es otro que el de la relación entre necesidad, función y concepto de Derecho, haciendo éste último las veces de “órgano”. En el desarrollo de este asunto reflexionaremos sobre si existe una ordenación correcta en virtud de una prelación concreta en la relación existente entre necesidad, función y concepto de Derecho. Cuando me refiero a una ordenación correcta de los elementos quiero decir que hay que establecer cual es “orden de llegada” de cada elemento.

Para trasladar en forma de analogía al campo de la teoría jurídica el planteamiento de Lamarck podríamos hacer uso de las siguientes preguntas: ¿determina la función del Derecho el concepto de Derecho? y ¿determina la necesidad de Derecho la función del Derecho? De ser cierto que la función determina la noción de Derecho y la necesidad determina, a su vez, la función del Derecho, ¿determinaría, entonces, la necesidad el concepto de Derecho?

1. El Derecho y su función

Hemos observado en la introducción del presente artículo que la mayoría de los conceptos de Derecho ofrecidos por la doctrina se organizan en torno a una función, ya sea, por citar algunos ejemplos, la realización de la justicia, la formación virtuosa de los ciudadanos, la gestión del conflicto, la ordenación de la convivencia o la legitimación de un determinado tipo de autoridad o de régimen político. Parece adecuado que así sea, puesto que no cabe pensar en un instrumento o herramienta que no aclare suficientemente cuál es su función, no permitiendo calibrar si cumple con dicha tarea eficazmente y en qué medida. El Derecho no es una excepción y, en consecuencia, la función del Derecho nos conecta directamente con la eficacia del Derecho, entendida como la capacidad del Derecho de aportar soluciones técnicas a una necesidad social determinada, y no a la autoridad o legitimidad del Derecho para regular una situación de una manera determinada. Lo que decimos, al fin y a la postre, es que la inconcreción o falta de transparencia en el concepto de Derecho

¹⁰ LAMARCK, J-B.: *Philosophie Zoologique*, 1809.

respecto de la función que éste cumple es perniciosa porque deja en precario el análisis sobre eficacia del Derecho. La calidad de la eficacia del Derecho no es un tema menor que quepa soslayar a la ligera, puesto que no sólo incide en la cualidad de la función del Derecho sino y sobre todo incide en la reputación social y el grado de reconocimiento y de aceptación del propio Derecho por parte de los ciudadanos, lo cual, a la postre, podría aventurarnos por la procelosa senda de la autoridad y el cumplimiento del Derecho. A esta primera razón en respaldo de conceder la importancia debida a la función del Derecho en la determinación del concepto de Derecho, añado una segunda: la concreción de la función del Derecho puede (y debe) afectar a algunos elementos propios de la teoría de la norma jurídica. En efecto, el alcance y protagonismo de determinados elementos de la norma, como son la coerción y la sanción, deberían ser susceptibles de escrutinio y, en su caso, revisión según la función a la que se adscriba el Derecho en cada caso.

2. La necesidad de Derecho y la función del Derecho

Hasta aquí he sostenido que el concepto de Derecho precisa de integrar con cierto rigor y concreción en su tenor literal cual es la función que se propone llevar a cabo, debido al decisivo ascendente que la función ejerce sobre en el concepto de Derecho.

Siguiendo el esquema de preguntas que ofrecía al inicio del artículo, paso ahora al asunto de la relación entre necesidad de Derecho y función del Derecho. En mi opinión la funcionalidad del Derecho ha de ser eficazmente adecuada a las necesidades que atiende. No basta con que el Derecho tenga una función que aclare de alguna manera remota el concepto de Derecho dotándole de un “aroma funcional”, sino que es preciso que dicha funcionalidad conecte de manera casi carnal con las necesidades sociales y políticas de la comunidad a la que el Derecho se dirige. De esta manera intuitiva y natural se produce la relación de la necesidad de Derecho con la función del mismo. De lo contrario, ¿qué sentido tendría un Derecho cuya función no fuera eficaz respecto de las necesidades que, a su vez, se sitúan en el origen el Derecho cuyo concepto viene determinado por la referida función? En esta pregunta, retórica por lo demás, he dado paso ya a la afirmación de que la necesidad de Derecho está en origen del Derecho. Ahora bien, no se me escapa que el origen del Derecho es otro de esos asuntos de larga trayectoria propios de la Filosofía del Derecho cuyo análisis nos obligaría a elaborar extensivamente sobre las propuestas al respecto y, todo ello, a mayor abundamiento, a la luz de la Antropología y la Historia. Sin embargo, en el contexto de este artículo, asumo que las necesidades sociales y políticas son en suficiente medida la causa que origina el Derecho. Hecha esta salvedad, retomo el hilo para indicar que no se cumple la función de Derecho por “inanición” si no existe una

necesidad que precise o desee servirse de tal función. La necesidad demanda, por cierto, que el Derecho sea efectivo y no solo eficaz en el desarrollo de su tarea. Véase que, a pesar de cierta confusión doctrinal al respecto, se trata de dos conceptos distintos: recordemos que nos hemos referido a la eficacia del Derecho como a la capacidad del Derecho de aportar soluciones técnicas a una necesidad social determinada, mientras que entenderemos la «efectividad» como el grado de consecución de un objetivo en relación con el objetivo predeterminado. En fin, en el caso de que la función fundamental asignada al Derecho fuera, por citar algunos ejemplos, la gestión del conflicto o la ordenación de la convivencia o la legitimación de un determinado régimen político, entonces así se habrá de reflejar en la noción del Derecho en cada caso y, lo que es más, debería haber una necesidad sociopolítica que respalde tal función.

3. La necesidad de Derecho y el concepto de Derecho

Hasta aquí he venido defendiendo que la necesidad social o política reclama una determinada función del Derecho que determina, a su vez, el concepto el Derecho. Pues bien, ¿determina, entonces, la necesidad el concepto de Derecho? En pura consistencia con las afirmaciones contenidas en los puntos 1 y 2 del presente análisis y como consecuencia lógica de las mismas, la respuesta ha de ser afirmativa: sí, la necesidad determina el concepto de Derecho a través de su relación con la función del Derecho. Pongamos un ejemplo algo provocativo para ilustrar el problema: parte de la doctrina del estudio económico del Derecho y de la teoría del bienestar se han valido de la «eficiencia» para tratar de precisar la función del Derecho. Fue Posner el que en los años setenta generó el mayor impacto doctrinal, especialmente entre la doctrina angloamericana, mediante sus dos alegaciones principales, a saber: (i) cada norma jurídica induce un comportamiento eficiente, y (ii) la norma jurídica imperante se identifica por su eficiencia. Centrándonos en esta segunda alegación preguntémosnos si debemos entender pues que el contenido y función del Derecho se identificaría con su eficiencia¹¹. En desarrollo de este tipo de teorías han arribado autores que se sirven de la eficiencia como objetivo del Derecho a través del cual se puede conseguir cierta justicia social. Así, en opinión de Casalmiglia el Derecho sólo tendría sentido si tiende a la eficiencia como finalidad¹². Pues bien, según lo que vengo sosteniendo

¹¹ KORNHAUSER, L.: “The Economic Analysis of Law”, ed. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis>.

¹² CASALMIGLIA, A.: “Eficiencia y Derecho”, ed. Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1987, pp. 271, 273 y 280-281, notas 16ª y 18ª. ÍD.: “Justicia, Eficiencia y Derecho”, ed. Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, núm. 1, Sept-Dec. 1988, Barcelona, pp. 305 y 306, 333 a 335.

en este artículo ¿debería entonces aparecer la eficiencia en el contenido del concepto de Derecho? Yo creo que no. Y no sólo porque soy de la opinión de que la eficiencia no es una función del Derecho sino una aspiración relacionada con la gestión de los recursos; no lo es porque la eficacia no responde a una necesidad social de carácter primordial. Sin embargo, la justicia a la que dicha línea doctrinal apunta a través de la eficiencia sí puede aparecer, a pesar de las dificultades conceptuales que presenta, en determinado concepto de Derecho ya que existe una demanda social que la ampara convirtiéndola entonces en parte de su función.

El hecho de que la tarea del Derecho sea atender determinadas necesidades socio-políticas cuando éstas se produzcan, puede hacer que el éste (a)parezca algo rezagado frente a la dinámica social. Se trata de una circunstancia que, si bien conviene aceptar con cierta resignación, requiere un esfuerzo docente de las autoridades políticas a la hora de explicar a la comunidad el decalage de dinámicas que se produce entre necesidad y eficacia; cabe el riesgo, no obstante, de que la explicaciones oficiales desvelen una agenda política divergente de la necesidad social en curso. Circunstan- cialmente, el Derecho puede anticiparse a una necesidad que apenas esté en ciernes o sobre cuya existencia haya alguna constancia, pero esto conlleva riesgos, como veremos en adelante.

4. La transitividad

La necesidad de Derecho, la función del Derecho y el concepto de Derecho son elementos de un mismo grupo que disfruta de la cualidad de la transitividad. La definición del diccionario de la Real academia de la lengua española acerca del término transitividad es: “adj. p. us. Que pasa y se transfiere de uno a otro”¹³. Giannini extiende el espectro de la aplicación de la transitividad al indicar que los términos “acción” y “relación” “transitivas” son aplicables a diversos ámbitos de la realidad, entre los cuales se cuenta el Derecho, la física, la lógica o la gramática¹⁴. En fin, en un tono distendido, diría que un iusnaturalista rápido de reflejos podría echar mano del antiguo dicho español “hacer de necesidad, virtud” para explicar la relación de transitividad entre la necesidad y concepto de Derecho.

¹³ <https://dle.rae.es/transitividad>.

¹⁴ Humberto GIANNINI IÑIGUEZ: “Transitividad, Lenguaje y Metafísica”, ed. Revista de filosofía, ISSN 0034-8236, Vol. 8, n.º. 1, 1961, pp.37-38.

5. El orden de los factores sí altera el producto

He sostenido que entre necesidad, función y concepto de Derecho existe una conexión esencial y ordenada que disfruta de la cualidad de la transitividad y que posee un orden de llegada y prelación concreto. Dando un paso más, he situado en el inicio de la secuencia la necesidad de Derecho, dándole sentido a todo el conjunto. Pues bien, estos argumentos permitirían:

1. Comprobar que se produce la concordancia efectiva entre dichos elementos, es decir, que la secuencia disfruta de coherencia.

2. Establecer, en última instancia, correctamente la noción de Derecho. En el caso de variar substancialmente las necesidades sociopolíticas, habría que estar preparado para concordar la función del Derecho acomodándola y actualizándola, lo cual podría impactar en la función asignada al Derecho y, también, en la noción de Derecho al uso. Esto invitaría a admitir que ni la función ni el concepto de Derecho son permanentes sino que se orientan y actualizan en razón de las necesidades sociales y políticas dadas en un lugar y momento dado. Claro está que el propósito de evitar una revisión constante de la función del Derecho y, en última instancia, de su noción que genere una indeseable incertidumbre jurídica, social y política, se ha de precisar de que no se trata de variaciones sociales o políticas corrientes y frecuentes en cualquier sociedad civil dinámica, sino de un vigoroso cambio de paradigma social o político que alcance cierta envergadura.

3. Combatir y evitar el Derecho “paracaidista”, según expresión de me permito acuñar: se trata del fenómeno según el cual una disposición jurídica aterriza en la sociedad como consecuencia de la alteración, voluntaria o no, del orden de generación del Derecho. Este proceso también puede tener poderosas consecuencias de indeseable desenlace. Vengo defendiendo que el curso preferible de generación del Derecho se inicia en la necesidad, la cual, una vez pertinentemente detectada, finalizaría, en su caso, en la mesa del legislador. Se corre el riesgo de producir alteraciones en el curso de producción del Derecho cuando la iniciativa reside en el legislador sin o con una insuficiente necesidad social que la ampare. La función del Derecho, entonces, sufrirá de inconsistencia. Hayek, economista austriaco de corte liberal, sostuvo que ningún planificador social dispone de tanta información a tan bajo coste acerca de las necesidades sociales como los propios individuos de una sociedad¹⁵. Y, sin embargo, el legislador, en el mejor de los casos, anticipa la necesidad, interpretándola. Se trata

¹⁵ CALSAMIGLIA, A.: “Eficiencia y Derecho”, Barcelona, p.270. ID.: “Justicia, eficiencia y Derecho”, Barcelona, p.313

de dos filtros, anticipación e interpretación, que conllevan riesgos de percepción, implementación y cumplimentación del Derecho. En este sentido, cabe esperar que en el caso de una disposición jurídica sin el oportuno respaldo de una necesidad social se resentirá su eficacia y efectividad.

4. Desenmascarar la creación artificial de la necesidad: no es lo mismo atender una necesidad real que generarla. Que una decisión pueda llegar a justificarse tampoco significa que sea necesaria. Las consecuencias adversas por la alteración del curso de generación del Derecho de las que venimos advirtiendo se agravan en el caso de que tal alteración se produzca, además, de forma arbitraria. Se trata de casos en los que se produce artificialmente y con algún interés espurio una necesidad que no existe, como por ejemplo, la promoción de la ideología o la creación de áreas de negocio innecesarias, ineficientes o que no respondan a una necesidad real sino a la creación de un mercado o industria *ad hoc* típicamente en beneficio de alguien en particular.

Por otro lado, la función del Derecho se puede manipular mediante la creación de la necesidad. Si se dictan disposiciones jurídicas que responden a necesidades impostadas por el legislador de turno, cabe esperar que el cumplimiento se resienta y, en consecuencia, existirá la tentación de acudir a medidas coercitivas y sancionadoras, condicionando la función del Derecho y, de paso, también el concepto de Derecho.

CONCLUSIONES

Aún perteneciendo a la categoría de conceptos fundamentales de la teoría jurídica y no obstante la dificultad que pueda suponer su delimitación y concreción, el concepto de Derecho no es algo enteramente abstracto e inescrutable, como parte de la doctrina pretende. La función del Derecho y la necesidad de Derecho son dos elementos que auxilian a mitigar dicha aparente abstracción conceptual, a la par que también determinan poderosamente el propio concepto de Derecho, cualquiera que éste sea. Toda definición del concepto de Derecho debería evidenciar con rigor y sin ambages cual es la función que presta el Derecho de manera tal que se pueda comprender suficientemente cuáles son las necesidades que atiende y respecto de las que responde. En una sociedad de constante y creciente complejidad como la nuestra tienen sentido que la función asignada al Derecho pueda variar, evolucionando, si no paralelamente, sí consecuentemente. Existe una cadena de generación del Derecho que obedece a un orden y prelación y disfruta de la cualidad de transitividad; según esta secuencia, la función del Derecho determina el concepto de Derecho y la necesidad de Derecho determina a su vez la función del Derecho, incidiendo de pleno en el

propio concepto de Derecho. La modificación de la cadena de producción del Derecho no es inocua y tiene consecuencias de alcance que pueden impactar negativamente en la reputación, aceptación y cumplimiento del Derecho, justificando las voces que aclaman la coacción como elemento definidor del concepto de Derecho.

El Derecho es la consecuencia de una necesidad sociopolítica que reclama una solución típicamente eficaz y perentoriamente efectiva. La eficacia y efectividad del Derecho mejoran cuando se conoce la necesidad de Derecho, y no cuando se improvisa o forja dicha necesidad. El cometido del Derecho no es producir la necesidad, de manera que la producción “no solicitada” de Derecho se ha de evitar escrupulosamente.

Sin una comprensión suficiente de la relación entre el concepto de Derecho, la función del Derecho y la necesidad de Derecho, aquel quedará ora a la deriva de la agenda política de turno por la orfandad de soporte intelectual y social ora en la antesala de la anomia. O ambas cosas en una secuencia trágicamente lógica.