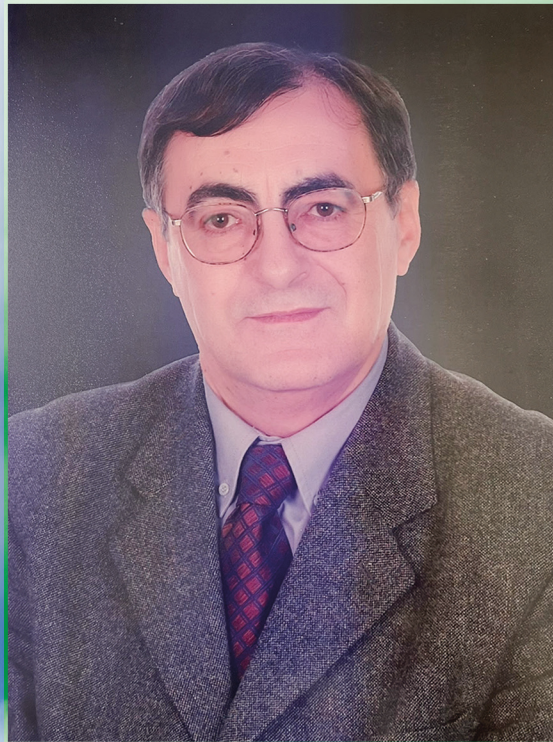


Liber amicorum
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro I. Parte general



**De la ejecución a la historia
del Derecho Procesal y de sus
protagonistas. Liber Amicorum
en homenaje al Profesor
Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

LIBRO I: PARTE GENERAL

De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

LIBRO I: PARTE GENERAL

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-73-0

Depósito legal: B 8615-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: SAFEKAT

Índice

NOTA PRELIMINAR	11
---------------------------	----

CONOCIENDO AL PROFESOR CACHÓN

I. BREVE BIOGRAFÍA	15
II. LA OBRA DEL PROFESOR MANUEL-JESÚS CACHÓN CADENAS	19
III. LA VISIÓN DE SU MAESTRO, SUS COMPAÑEROS Y DISCÍPULOS	41
ESTRELLADO	41
<i>Francisco Ramos Méndez</i>	
BREVE NOTA SOBRE UNA LARGA AMISTAD	47
<i>M^a Victoria Berzosa Francos</i>	
UN CUENTO DE NAVIDAD JUDICIAL	49
<i>JFA</i>	
LA HISTORIA DEL PROFESOR CACHÓN	63
<i>Enric Fossas Espadaler</i>	
MANUEL CACHÓN CADENAS: EL MEJOR PROCESALISTA HISTORIADOR DEL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL	73
<i>Joan Picó Junoy</i>	
VALORES QUE NOS HA TRANSMITIDO EL PROFESOR	83
<i>Carmen Navarro Villanueva, Consuelo Ruiz de la Fuente, Núria Reynal Querol, Arantza Libano Beristain, Francisco Ramos Romeu, Santi Orriols García</i>	

CUESTIONES GENERALES DE DERECHO PROCESAL

IV. EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO Y LAS EXIGENCIAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 6.1 CEDH; EN PARTICULAR, EL DERECHO DE ACCESO A UN TRIBUNAL	89
<i>Coral Arangüena Fanego</i>	
V. EL ABUSO DE DERECHO EN EL PROCESO Y LA BUENA FE PROCESAL EN LA DIRECTIVA 2024/1069 SOBRE DEMANDAS ESTRATÉGICAS	111
<i>M^a Jesús Ariza Colmenarejo</i>	
VI. AMOR, EMPATÍA Y OTRAS CUESTIONES CONVENIENTES PARA LITIGAR	129
<i>José Bonet Navarro</i>	
VII. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS SOBRE EL DERECHO PROBATORIO	145
<i>Tiziana Di Ciommo</i>	
VIII. SOBRE EL ROL DEL DERECHO PROCESAL COMPARADO EN ESPAÑA. UNA VIEJA PONENCIA Y UNA CARTA	157
<i>Ignacio Díez-Picazo Giménez</i>	
IX. METODOLOGÍA Y ÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA. LA PERSPECTIVA PROCESALISTA EN LA DECADENCIA DE LA UNIVERSIDAD	167
<i>Angelo Dondi</i>	
X. AUTOGOBIERNO Y HETEROGOBIERNO DEL PODER JUDICIAL: EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ENTRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA	177
<i>Juan Carlos Gavara de Cara</i>	
XI. BREVES REFLEXIONES SOBRE LA MAGIA DEL DERECHO	219
<i>M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera</i>	
XII. CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO, ACTIVISMO JUDICIAL Y LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN	241
<i>Alicia González Navarro</i>	
XIII. SISTEMAS LEGALES Y DERECHO COMPARADO: EL DERECHO ESCANDINAVO EN PARTICULAR	253
<i>Mar Jimeno Bulnes</i>	
XIV. INDEPENDENCIA JUDICIAL: ¿CÓMO VOLVER A SU OLVIDADA ESENCIA?	283
<i>Jordi Nieva Fenoll</i>	

XV. LA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL Y EL GOBIERNO DE LA JUDICATURA EN ALEMANIA: VISIÓN PANORÁMICA Y UN BREVE EJERCICIO DE COMPARACIÓN CON EL MODELO ESPAÑOL	303
<i>Guillermo Ormazabal Sánchez</i>	
XVI. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: «DEEPPAKES» Y PROPUESTAS LEGISLATIVAS	321
<i>Francisco Ortego Pérez</i>	
XVII. LOS DESAFÍOS METODOLÓGICOS DE COMPARAR. NOMBRE <i>VERSUS</i> IDENTIDAD. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE DOS CORTES DE VÉRTICE PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	339
<i>Eduardo Oteiza</i>	
XVIII. LA HETEROCOMPOSICIÓN EN LA PREHISTORIA	361
<i>Francisco Ramos Romeu</i>	
XIX. EL CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ	399
<i>Miquel Tucho Morillo</i>	
XX. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE JUICIO JUSTO EN EL PROCESO LABORAL (GARANTÍAS PROCESALES VS PRINCIPIOS RECTORES)	407
<i>David Vallespín Pérez</i>	

XI | Breves reflexiones sobre la magia del derecho

M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera¹
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

«(...) observa con ojos brillantes todo el mundo que te rodea porque los mayores secretos siempre se esconden en los lugares más insospechados. Quien no crea en la magia, jamás la encontrará» (The Minpins. Roald Dahl).

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. LA MAGIA Y EL DERECHO. 2.1. MAGIA Y DERECHO. 2.2. CARACTERES DE LO JURÍDICO. 2.3. SIGNIFICADOS DE LA MAGIA. 3. ALGUNAS ILUSIONES DE LO JURÍDICO. 3.1. MANIFESTACIONES. 3.2. APLICACIÓN. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA

1. Premisa

En los años ochenta del siglo XX, cuando en la Facultad de Derecho de la UAB regía un plan de estudios particular, el de 1985, el Derecho Civil I (Introducción y Derecho de la persona) era asignatura de primer curso, en contraste al resto de Universidades que seguían el plan de 1953² en el que se impartía en el segundo curso. Esta ordenación implicaba que la única materia de derecho positivo del curso académico era el Derecho Civil lo que, para quienes teníamos que transmitir las nociones jurídicas básicas en clase comportaba cierta dificultad, en particular por carecer el alumnado de conocimientos de derecho positivo y especialmente sobre la organización judicial del sistema. Solventaba la dificultad, hasta que se modificó el plan de estudios en 1992³, mediante la inestimable ayuda y docencia del profesor Manuel Jesús CACHÓN CADENAS a quien cada curso académico invitaba a dar una clase muy enriquecedora y di-

1. Manolo: tus enseñanzas siempre evocaron la ilusión de lo posible en el espacio jurídico.

2. Si no recuerdo mal tenían plan especial, que era una remodelación del de 1953, además de la UAB, las Facultades de Derecho de Sevilla y de la Autónoma de Madrid.

3. Origen, en parte, de los planes vigentes actualmente.

dáctica sobre la materia procesal. En el transcurso de la clase el alumnado tenía la oportunidad de conocer, y aprender, la organización del poder judicial, los tipos de tribunales, los procesos, distinguir entre una demanda y una denuncia...etc. Enseñanzas básicas e imprescindibles para quien se inicia en los estudios de Derecho. Por entonces el Derecho procesal se radicaba en los últimos cursos de la Licenciatura.

Siempre agradeceré la generosa aportación de Manuel CACHÓN y el especial cuidado que ponía en la transmisión de los conocimientos de manera clara y sencilla, dotándolos de vida jurídica y haciéndolos asequibles, convirtiendo la realidad en la magia contenida en los conceptos, nociones jurídicas y las reglas vigentes, acompañándola de relatos enriquecedores e ilustrativos.

De ahí, en parte, la justificación del tema que he elegido para este escrito de homenaje. Siempre he sostenido, en clase, que el Derecho, *rectius*, la Ciencia jurídica, en la construcción de los conceptos, nociones e instituciones consigue resultados por mor de la magia que supone la elaboración abstracta y el toque imaginativo que, ineludiblemente, acompaña en esa labor a fin de conseguir el o los efectos perseguidos; ordenación de las relaciones sociales conforme a los principios y valores. La creación técnica jurídica en la construcción de las instituciones y en la adopción de la regla apropiada, hace posible, mediante el instrumento de la magia (hacer real lo irreal) la toma en consideración de intereses y la adaptación de las normas (lo vigente) a los valores y principios que la sociedad reclama, en particular en el ámbito de las relaciones privadas.

En las líneas que siguen de manera breve, intentaré ofrecer una panorámica general acerca de la interconexión que existe entre la Magia, el Derecho, que pienso comparto con el profesor CACHÓN.

2. La magia y el derecho

La noción de magia aplicada a lo jurídico no ha ocupado especialmente a la doctrina jurídica privatista, lo que no significa que sea ajena a ella, contrariamente, en los estudios sociológicos y filosóficos es idea sobre la que se discurre concurrentemente, desde distintos y variados enfoques. Asimismo, aparece llamada cuando desde la investigación se presta atención a los sistemas jurídicos más antiguos (en la perspectiva histórica), en especial al Derecho Romano y, en general, los que se asocian a las culturas más primitivas (sean o no pueblos indígenas). En cambio, se ha prestado más atención a determinar la noción y a justificar otros conceptos, en cierto modo emparentados, como las ficciones jurídicas, en las variadas manifestaciones y fórmulas en las que se formulan en los textos normativos. Ficciones que, según cómo se conceptúan,

en cierta manera son plasmación de lo que expresa la noción de la magia jurídica.

Acerca de éstas, indica LUNA SERRANO⁴, que «Puede decirse, en efecto —con una apreciación realista (...) que «la *fictio iuris* consiste en representar en una determinada relación digna de protección jurídica la existencia de presupuestos de derecho o de hecho o, respectivamente, la inexistencia de los mismos, con el fin de hacerle alcanzar los efectos jurídicos que en otro caso no conseguiría»». Lo que puede concluir con la afirmación de que “En definitiva, la ficción modifica el hecho con el fin de dotarle —y aquí se encuentra, a lo que creo, la explicación más plausible de la cuestión— de una falsa calificación de la que hace derivar las consecuencias jurídicas perseguidas»⁵.

Con todo, en mi opinión, la magia en el Derecho, tal y como la concibo cuando relaciono ambos términos es más amplia que la de ficción, aunque la comprende, pues la sobrepasa. Ésta es sólo uno, entre los demás instrumentos o medios de que dispone el Derecho, a través de los que actúa cuando interviene en la construcción de lo jurídico y de la normativa positiva.

2.1. Magia y derecho

Aun siendo escasas las relaciones que se establecen, en la doctrina, entre Magia y Derecho, en todas concurre una presentación y formulación común. La referencia se establece respecto de las creaciones literarias, muy ocasionalmente con el arte⁶, en especial a través de las historias ancestrales de la literatura clásica (griega y romana), o directamente de la mitología que, en cierta medida influyeron en las ordenaciones jurídicas de entonces. Más avanzada la historia, la vinculación entre la Magia y el Derecho acostumbra a establecerse con los cuentos, fábulas y narraciones, orales y escritas, recopiladas o no⁷, formuladas en los siglos dieciocho y diecinueve a las que se emplea como aleccionadoras de cómo se debe actuar, de lo que sea bueno o malo, lo que se consigue, lo que ha de seguirse, ejemplos y modelos que sirven para asegurar un orden conforme a los valores imperantes en la sociedad (*ubi societas ibi jus*), en una determinada de un momento concreto. Si nos acercamos al siglo XX y al actual

4. Agustín LUNA SERRANO. *Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, *Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número i contestació de l'acadèmic de número Ilmo Dr. Sr. Ramón Badenes Gasset*. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona 2004, pp. 66

5. LUNA SERRANO, ob cit, *Las ficciones del Derecho*, pp.93

6. Así, Gregorio PECES-BARBA MATÍNEZ, «Derecho y arte» en *Letra internacional* N°81, 2003

7. Así las colecciones de cuentos de los hermanos Jacob y Wilhelm GRIM, de Hans Christian ANDERSEN, o de Charles PERRAULT.

en curso, la dependencia de relación entre la Magia y el Derecho, más o menos explícita, se establece en relación con las creaciones literarias que contienen mundos de fantasía⁸ con órdenes propios, sociedades y conflictos personales, tan reales como los materiales: *El señor de los anillos*, de J.R.R. TOLKIEN (1892-1973) o *La historia interminable* de Michael ENDE (1929 - 1995), en los que, se barajan la realidad fantástica con las normas que rigen en dichos mundos y espacios intemporales, paralelos a los conflictos y a la asunción de valores que se han de afrontar por los ordenamientos jurídicos. Sin dejar en el olvido, finalmente, para tener una visión completa de todo el panorama, en la actualidad más inmediata, las realidades que aparecen propiciadas por las tecnologías de la comunicación, el espacio y medios digitales, la inteligencia artificial....

La relación entre estas obras literarias y las creaciones jurídicas que justifica el binomio Magia y Derecho, dos términos relacionados pero que no se confunden, resulta de uno de los caracteres del Derecho: su esencia comunicativa. El dato contrastado de que la realidad jurídica representa al grupo social, en concreto a una determinada sociedad de un tiempo, en la que las personas conviven y, por ende, se comunican⁹, y lo hacen a través de las palabras (el lenguaje) en las que se manifiesta, y en que el Derecho, entre otras ciencias, publicita el mensaje acordado, en el que se ha convenido.

El potencial comunicativo del Derecho mediante el lenguaje y de ahí la utilidad, y la utilización de la historia, el cuento o la creación fantástica en la que confluyen los elementos que se han de transmitir para la enseñanza y el aprendizaje de la ciencia jurídica. El caso de la realidad (práctico) que alecciona e incentiva al pensamiento, a la cavilación y la novedad (innovación) mediante la puesta en práctica de la aptitud de imaginar del alumnado, de las personas en general a las que se ha de aplicar. De esto, como se ha dicho en las primeras líneas de este escrito, conoce sobradamente el profesor CACHÓN CADENAS, que es un experto en ello.

Pues bien, sin dejar de lado esta importante relación y faceta, en este escrito pretendo llamar la atención sobre la implicación efectiva que se puede establecer (y de hecho existe) entre la Magia y el Derecho. ¿Qué entiendo como implicación efectiva? Dónde y cómo se manifiesta y percibe en la regulación que el Derecho actúa como agente de magia para procurar la satisfacción y resolu-

8. José Ramón NARVÁEZ HERNÁNDEZ, *La fantasía en la docencia universitaria: el caso del derecho* Por Aula Magna Dic 2007, <https://www.semanarioaulamagna.cl/columnas-de-opinion/1085-la-fantasia-en-la-docencia-universitaria-el-caso-del-derecho>

9. Vid, Gregorio ROBLES MORCHÓN, *Comunicación, lenguaje y Derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho*. Resumen del Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid. 2009 [BOE.es](https://www.boe.es)

ción de lo que se propone en la sociedad; lo que efectúa construyendo conceptos, nociones, instituciones para ordenar, en la sustancia y en la manera en que da forma jurídica y reconoce efectos.

Es decir, en lo que se plasma la fantasía o magia, las instituciones, los conceptos, nociones jurídicas..., la sustancia (supuesto de hecho + régimen), de una parte, que integra la regla, y el modo en el que se manifiestan, aparecen al exterior, o sea, la forma.

No es posible desarrollar *in extenso* y detalladamente todas y cada una de las magias contenidas en las reglas vigentes. Baste con poner de manifiesto algunas, a título de ejemplo y sin exhaustividad, pues la pretensión modesta de estas líneas es despertar y publicar un carácter de lo jurídico que, con demasiada frecuencia y desafortunadamente, se margina en las investigaciones jurídicas.

2.2. Caracteres de lo jurídico

Un dato importante que retener de lo jurídico privado es el carácter del objeto —materia que toma para la formulación de las instituciones y de las reglas que comportan la ordenación. Las relaciones, situaciones y hechos que acontecen en la vida humana social, en general son previos, preexisten a la construcción de la noción y, por supuesto, de lo que llegue a configurarse como institución, la regla y los efectos correspondientes.

Cierto esta constatación no es novedad sino elemento que define o, mejor, integra toda Ciencia Social y de ahí al no ser excepción, la jurídica. La conocida posteridad del Derecho respecto de la resolución del conflicto o situación que haya de afrontarse. No existe, en consecuencia, nada diferente de lo que viene dado, de dónde podría concluirse en que poca magia o fantasía es predicable de lo jurídico pues es la toma de lo material extrajurídico tal y como está, anudando (reconociendo) el efecto que corresponda. A buen seguro lo que se espera, en la ordenación jurídica, es que la fórmula que se llegue a adoptar (institución, concepto...) sea lo más fiel posible a dicha realidad y entorno.

Fundamentalmente ocurre como se ha descrito, y cuando opera, la realidad material o extrajurídica preexistente no sólo es objeto sino también fundamento, justificación de porqué se ordena, porqué se limita la libertad de la persona para decidir, elegir..., etc., en suma, hacer lo que desee, ya que se entiende que el Derecho interviene o se considera que debería actuar, subsidiariamente cuando en la realidad social – material previa no parece existir solución.

No obstante, si se observa desde la perspectiva de este siglo XXI, no sólo debe considerarse ese factor material – natural previo, un simple repaso de la historia social y jurídica lo prueba. La evolución de la sociedad, *rectius*, de las relaciones privadas *in genere*, sin especificar la causa (el porqué) y el cómo (el medio) muestra que se trata de un fenómeno que a la complejidad de la materia agrega la necesaria toma en consideración de valores y principios por los que se mueve una sociedad concreta (a la que se dirige la norma). Sin especificar, indico, qué provoca el cambio o evolución, es decir, sea cual sea el factor, ya sea consecuencia de la aparición de un invento, una técnica, una ciencia, un medio o vía de comunicación, o derive simplemente de la evolución de los principios y valores. «Los principios —señalaba DWORKIN— (...) orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos. Aunque no prevalezcan»¹⁰

La respuesta esperada de la regla jurídica procura que se acomode a la realidad, en la medida de lo posible, para que realidad extrajurídica y jurídica coincidan, pero no sólo. En efecto, porque a través de lo jurídico se pretende resolver la cuestión, lo que junto a la realidad material obliga a considerar la concurrencia de la realidad intelectual, entendiendo por tal la que nace de las creencias, valores en general del grupo social que se han ido conformando a lo largo del tiempo junto a aquella. La intervención de lo jurídico, pasar a formar parte de una reelaboración querida opera también sobre esas la realidad intelectual previa que pueda existir. De donde la intervención jurídica toma en cuenta ambas realidades extrajurídicas: la material (natural) y la intelectual previa.

Cuando sucede la intervención de lo jurídico, en inicio tiene lugar una correspondencia en la que la valoración jurídica, la entrada en ese mundo, lo que añade a lo previo es su incorporación que se suma a lo que ya existía y mantiene: asunción e incorporación de lo previo por la norma jurídica. Este modo de actuar comporta que, a partir de entonces se calificará y valorará la realidad extrajurídica asumida a través de lo que se dispone en la norma. En este simple trasvase de la realidad extrajurídica a la norma ya actúa la Magia de lo jurídico, ¿Cómo? Al hacerlo visible, general y común, mediante su acogimiento (entrada) en el tráfico jurídico, al menos para el grupo social al que afecte.

Sucede, además, que, aunque se parte necesariamente de esa realidad material el dato añadido de la construcción jurídica en sí aporta magia en la medida en que sobrepasa la realidad (material e intelectual) anterior. En efecto, pues la

10. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio* (traducción de Marta GUASTAVINO), 2ª ed. Ed Ariel S.A, 1989, pp. 89.

pretensión, al ordenar jurídicamente, es resolver conforme a determinados intereses y valores que no siempre coinciden con los materiales dados, debido a que, en la mayor parte de los casos los sobrepasan.

El Derecho (la norma jurídica) al convertir lo contingente en necesario, el orden jurídico, añade el plus (que es querido) de la obligatoriedad, pero también, cuando crea más allá de la realidad que ya existe, su intervención, produce resultados, queridos, pero sólo propios (jurídicos) y relevantes porque son los que tienen valor en la sociedad determinada en la que rige (y se ha de aplicar).

En lo que afecta al lenguaje empleado para explicar y comunicar una noción o institución jurídica sucede lo mismo que se ha relatado. El lenguaje ordinario del Derecho es el lenguaje natural, es decir el que, habitualmente se utiliza en la vida ordinaria que es previo, pero disiente de éste en que las palabras, los verbos, la construcción de las frases y oraciones se matiza. El sentido (entendimiento) de las palabras, las frases se puntualizan hasta crear términos propios e incluso dotar de significados específicos a las palabras, que otorgan autonomía propia. De manera tal que acaba siendo un lenguaje técnico: el jurídico. En éste se produce la magia formal que reviste la institución, noción, concepto, e incluso identificación, al imponer un *nomen*, y justificar la propia creación (construcción) jurídica distinta, si procede, de la previa.

De una parte, la creación y construcción jurídica comporta el efecto extraordinario de encuentro (hallazgo) de la resolución; de otra, es manifestación de la puesta en práctica del intelecto humano, la actuación de la imaginación (creativa) jurídica en la búsqueda de soluciones.

De un modo u otro lo jurídico es el instrumento que permite la ordenación de los intereses en juego entre las personas, en el tráfico social y jurídico. Pero ¿Qué entender por magia del Derecho?

2.3. Significados de la magia

En el intento de ofrecer la formulación más adecuada que permita describir la noción de Magia del Derecho (o jurídica) que tengo en mente¹¹, dado que se está ante una palabra propia del lenguaje natural (no es terminología jurídica), se hace imprescindible tomar como referencia de partida la definición que se hace de ella en los diccionarios de la lengua.

11. Y, pienso comparto conmigo más de una persona.

El *significado de la palabra «magia»* que brinda el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es el de «Arte o ciencia oculta con que se pretende producir, valiéndose de ciertos actos o palabras, o con la intervención de seres imaginables, resultados contrarios a las leyes naturales»¹². También, entre otras acepciones, se identifica con el «Encanto, hechizo o atractivo de alguien o algo». Quizá es el primer sentido el que interesa, al efecto de su aplicación a lo jurídico. En cierta medida lo corrobora el Diccionario de María MOLINER¹³ en el que se precisa que la *magia* es el «Arte de realizar cosas maravillosas en contra de las leyes naturales por medio de ciertos actos o con la intervención de espíritus. Arte de realizar cosas en apariencia extraordinarias por medio de trucos, juegos de manos, etc.».

Nótese, de estas definiciones, que, en primer lugar, la magia, se conceptúa en sí, como un arte y que el Derecho «(...) desde Roma es considerado por muchos también un arte: *ars boni et aequi*, el arte de lo bueno y de lo justo», «(...) que necesita de una técnica y de unas formas de aproximación propias a la realidad social y a las relaciones entre las personas»¹⁴. Un arte que no es oculto, sino público en tanto que se ejercita, por lo que se refiere a las normas positivas, por los órganos a los que se encomienda la producción normativa (las cámaras legislativas). La Magia del Derecho no es oculta sino puesta en práctica de las artes propias (la *lex artis*).

El siguiente dato que describe a la Magia son los medios, los actos, intervenciones *in genere*, de los que se sirve para conseguir la producción de su realidad propia. En estos es donde se inserta lo jurídico. En efecto, de una parte, el Derecho, en sí y por sí es el instrumento que permite la creación de la nueva realidad y de consecuencias válidas para operar en el tráfico. Sin olvidar, de nuevo, que también es un arte que, para quien se dedica, comporta, la dominación de los recursos, medios e instrumentos propios (técnicos) de los que se ha dotado y de los que se compone (*lex artis* profesional) que son los que facilitan el efecto mágico. Entre éstos, como se ha dicho, el lenguaje, hasta el extremo de que se concibe al Derecho como lenguaje¹⁵.

12. DRAE, Edición del tricentenario. Actualización 2023. voz «Magia» <https://dle.rae.es/>

13. María MOLINER Voz «Magia», *Diccionario de uso del español*. Edición abreviada por la Editorial Gredos, Madrid. 2000, por supuesto acoge también el sentido de «Encanto o atractivo particular de alguna cosa, que parece fuera de la realidad o hace olvidarse de ella».

14. PECES-BARBA MATÍNEZ, ob cit, «Derecho y arte», pp 34

15. Leemos en ROBLES MORCHÓN (ob cit, *Comunicación, lenguaje*, pp. 675), «(...) independientemente de la concepción ontológica o metafísica que se pueda defender, parece algo incontrovertible que la expresión genuina de todo fenómeno jurídico es el ser cauce o canal de comunicación entre los humanos (...) subyace como centro de su reflexión la idea de que toda realidad jurídica es una manifestación de la convivencia humana y, como tal, un modo de entenderse».

En tercer lugar, la Magia se vincula a la producción de efectos, modificación de la percepción de la realidad material, de la que se predica su contrariedad a las leyes naturales. Aunque esta contradicción no siempre pretende eliminar, *per se*, los efectos naturales, si procede e interesa, e incluso no necesariamente ocurre.

El Derecho cuando actúa como Magia de la realidad social consigue consecuencias, efectos que no sólo pueden llegar a ser contrarios a las leyes naturales, sino, especialmente que sólo existen en la realidad jurídica, y todo ello co-existiendo, incluso, con los efectos naturales a los que se incorpora. Leemos que «la teoría debe conceder que hay afirmaciones de reglas normativas que no pueden ser explicadas como apelaciones a una norma social, por la razón de que no existe la norma social correspondiente»¹⁶.

Pero, aún hay más porque no sólo consigue producir efectos o consecuencias, sino que crea supuestos de hecho *ex novo*: invenciones de realidades jurídicas a las que anuda efectos, consecuencias, iguales a los naturales que se acogen.

En la conexión entre Magia y Derecho se va apreciando la aproximación y la noción que deviene.

Parafraseando definiría la *magia jurídica*, o magia del Derecho como el arte que valiéndose de la construcción intelectual de conceptos, instituciones y reglas jurídicas que, después, se incorporan (o no) a las normas positivas vigentes, crea entidades y produce o provoca resultados (consecuencias) que las leyes naturales no consideran e incluso que son contrarios a ellas, pero conformes con los intereses de una sociedad determinada.

Mediante la Magia se consigue una ordenación de los intereses en juego y el reconocimiento en el círculo o grupo social al que son aplicables las normas jurídicas que contienen las disposiciones, conforme con determinados intereses y relaciones del mismo, que, de alguna manera, sólo existen (son) en el ámbito jurídico.

A fin de concretar la idea, conviene relacionar la noción que se maneja de Magia con lo que se identifica como Fantasía, manifestación o puesta en práctica, realización, de alguna manera, de aquella a través de la escritura¹⁷.

16. DWORKIN, ob cit, *Los derechos en serio* pp. 109

17. Juan Pablo LIONETTI DE ZORZI (2016) *Derecho y fantasía*, Encuentro Internacional *Ficción y Derecho*. Buenos Aires, Facultad de Derecho. U.B.A. El trabajo fue expuesto el día 30 de Julio de 2016, en el salón azul de la mencionada Facultad <http://www.revistapersona.com.ar/Persona95/95Lionetti.htm>, https://www.academia.edu/27421155/Derecho_y_Fantas%C3%ADa.

Como se ha adelantado, las historias y narraciones plasmadas en relatos, transcritos, o no, en escritos, habitualmente se han empleado cómo símbolos en la enseñanza jurídica, una muestra, se dice, de la magia, en la que se contiene la percepción de una realidad que se quiere conseguir o realizar en la vida y grupo social. La literatura fantástica referida a mundos, comportamientos y conductas.

A tenor de lo que describe el Diccionario de la Real Academia de la Lengua¹⁸, la Fantasía es la «Facultad que tiene el ánimo de reproducir por medio de imágenes las cosas pasadas o lejanas, de representar las ideales en forma sensible o de idealizar las reales»; una aptitud humana, predicada de la persona, que comporta imaginación, creatividad, inventiva. Significado que reitera el Diccionario de María Moliner¹⁹ al referirse a la «imaginación creadora, o sea a la facultad de la mente para representarse cosas inexistentes; particularmente, para inventar seres y sucesos y crear obras literarias y de arte».

En esta línea se dice «Derecho y magia se interpenetran, pues el problema que tienen que resolver es idéntico: el del establecimiento de una continuidad (entre personas para el derecho, entre mundos para la magia) que pueda pretender alcanzar una robustez mínima, la del establecimiento de un vínculo efectivo, el de su factura concreta»²⁰.

3. Algunas ilusiones de lo jurídico

Refiriéndose al Derecho Romano decía DE SUTTER²¹ que «La magia era un medio técnico que permitía garantizar un derecho, en una época en el que el hecho de contratar no implicaba, aún obligación en sentido estricto, sino que se limitaba a tomar la forma de un compromiso, de una *declaración de prenda* de un cuerpo de un individuo en provecho de otro. La magia era la condición requerida para la instauración de un vínculo de derecho en la época en que la dinámica de ese vínculo no había tomado aún la forma recíproca». Es decir, antes de que se configurara el contrato como noción jurídica²², esta magia de la prenda corporal se utilizaba como signo de un compromiso desigual y unilateral. Más tarde, en la historia del derecho, acogido jurídicamente el contrato

18. DRAE, ob cit, voz «Fantasía»

19. MOLINER, ob cit, *Diccionario*, voz «Fantasía»

20. Lauren De SUTTER *Magia: una metafísica del vínculo social* (traducción de Luis Alfonso PALAU). (1 ed.). Barcelona, Herder Editorial (2023). Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uab/230041?page=42-43>

21. De SUTTER. ob cit. *Magia: una metafísica del vínculo social*, pp 24.

22. Lo que, como es conocido, sucede a partir del racionalismo iusnaturalista, siglos XVII en adelante. Me remito a lo que expliqué en *Estructura y función del tipo contractual*, Ed. Bosch, Barcelona 1979.

como tipo jurídico básico para el intercambio de bienes y servicios, fundado en el consentimiento de las personas, la magia jurídica, añadido, no desapareció, sino que se perfeccionó. Hasta el extremo que el consentimiento, el *común sentire* de las partes sobre una materia común en la que confluyen sus voluntades, que ahora son dos como mínimo, elemento intelectual, intangible y vinculado a las personas, es el que determina, *per se*, la existencia jurídica del contrato. «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (art. 1254 CCe)²³.

No ha desaparecido la magia jurídica sino, a contrario, ha evolucionado y se ha perfilado a medida que se ha ido construyendo la ciencia jurídica. Y esta magia consiste, cada vez con mayor claridad, en la perfección de los conceptos, instituciones, tipos que se formulan y acogen en las leyes vigentes, pues el objetivo es de dar la respuesta adecuada a los intereses y necesidades de la sociedad.

En el siglo XIX, el poder de la magia se recogió en las formulaciones de los cuerpos legales, los códigos que ordenaron las normas y sistematizaron las instituciones conforme a las construcciones doctrinales propias del momento.

Códigos que se han mantenido y perfeccionado, al compás de la evolución social y jurídica pero que no han fosilizado o petrificado ni la institución ni su régimen. La evolución de la institución extrajurídicamente ha ido encontrando reflejo en las modificaciones que se han ido introduciendo en ellas. Así, viejas instituciones perviven, incluso bajo el *nomen* originario, pero, por mor de la magia jurídica, totalmente transformadas.

3.1. Manifestaciones

Al ejemplo paradigmático del contrato se pueden añadir algunos más, que confirman la idea expresada. Partiendo de la configuración de las instituciones civiles plasmadas en los ordenamientos jurídicos en la codificación civil, ordenación y sistematización que aún pervive, se encuentran en estos cuerpos lega-

23. En la *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* de la Comisión de Codificación civil española, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 2023, se define al contrato en el artículo 1218 de la siguiente manera:

«1. Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y establecer las reglas que le serán aplicables.

2. Hay contrato si las partes tienen intención de vincularse y han alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución, sin perjuicio de que hayan dejado algún aspecto pendiente de ulteriores negociaciones.

3. El presente título contiene las reglas generales aplicables a todos los contratos, incluidos los contratos con consumidores o usuarios, siempre que sus normas no se opongan a las reglas especiales que les sean de aplicación».

les, y en general en las leyes civiles, palmarias manifestaciones del modo de operar mágico de lo jurídico.

Como se ha apuntado, la trasmutación que deriva de utilizar la magia (artilugio creativo de realidades propias) en contraste con lo que podría calificarse como ordinario (normal), es tan potente que, además de manifestarse en el efecto jurídico que se predica, alcanza al mismo supuesto de hecho (institución, noción, concepto, tipo) que se conforma por completo.

Tomemos una institución jurídica²⁴ concreta, recogida en las normas. Por ejemplo, la relación de filiación (maternidad y paternidad) por naturaleza. Es ésta una relación jurídica (regulada por la norma) establecida entre las personas (padre/hijo o hija —paternidad; madre/hijo o hija— maternidad) fundamentada en la relación biológica de reproducción. El reconocimiento jurídico de ésta, y de los efectos que se derivan (conjunto de derechos, deberes y responsabilidades) en inicio añade a lo natural (extrajurídico) además de la entrada en el mundo jurídico, su factor obligatorio²⁵ y la posibilidad de coerción, en el resto no altera la realidad extrajurídica. Correspondencia, pues, entre la realidad extrajurídica y la realidad jurídica.

Pues bien, como es sobradamente conocido, a partir de esta relación jurídica ya institucionalizada, a lo largo de la constante construcción de las instituciones (y reglas) jurídicas, de la evolución²⁶ de los principios, valores y reclamos sociales, se ha ido ampliando tanto el supuesto de hecho originario como los efectos. Los avances de las técnicas de reproducción asistida humana han propiciado que las personas (con dificultades físicas o de otro tipo, o sin ellas) puedan acceder a la maternidad o paternidad, ya empleando células (esperma y óvulos) propias, en parte ajenas (donación de tercera persona) o totalmente ajenas (preembrión que se implanta ya formado con células de terceras personas). Y, en estos casos, la norma, la regla jurídica, asume que se está ante una relación jurídica de filiación por naturaleza, equiparada a la biológica²⁷, entre las personas que han prestado su consentimiento. Y no sólo respecto del trián-

24. Se entiende como institución aquella figura que es un centro unitario en torno al que se ordena el mandato legal, así el matrimonio, el contrato, la propiedad., etc. Federico DE CASTRO y BRAVO indicaba que «(...) conforme a la etimología de la palabra —*in status*— (...) se refiere a las figuras jurídicas básicas y típicas de la organización jurídica total (...), en *Derecho civil de España. Parte General*, Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*. 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1955 pp. 158

25. La conversión de lo contingente en necesario que provoca la intervención normativa.

26. Acerca de la evolución de las instituciones me remito a lo que explico, con más extensión en *Reflexiones en torno a la evolución de las instituciones jurídicas de derecho privado. Sustancia y forma*. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya. Barcelona 2024.

27. Así, por ejemplo, los arts. 235-8 y 235-13 del CCCat que disponen la misma regla: Art. 235-8. *La fecundación asistida de la dona casada*

gulo biológico (madre —padre— descendencia) sino de aquel que contradice la naturaleza per se, como en el reconocimiento de la doble maternidad (dos madres) por naturaleza (art. 44. 4 LRC)²⁸, o en el de la paternidad de quien no aportó material. Asimismo, la atribución de la paternidad a una persona fallecida, con la particularidad de que contribuye a la concepción (a dar vida) cuando no es persona, la llamada *fecundación post mortem*, practicada conforme a la ley (art. 9 LTRAH²⁹; arts. 235-8.2 y 235-13 CCCat). ¿Más magia que esta?

La adopción, en la relación jurídica de la filiación fue una de las primeras magias: *adoptio imitatur natura*. De instrumento para asegurar la continuidad en la titularidad del patrimonio de la persona fallecida sin descendencia (la *adrogatio* primitiva o la más moderna *adoptio* del Derecho Romano), pasando por la etapa en que se consideraba un medio para tener mano de obra (los acogimientos o afiliaciones medievales) a ser institución de protección de la persona (las primeras regulaciones civiles de los siglos XVIII y XIX) a conformar una relación jurídica de filiación (a partir de los años 70 del siglo XX) en base al afecto y al consentimiento.

Parecidamente a la relación de filiación, la magia se manifiesta en la evolución de la regulación de la institución del matrimonio, configurándolo como convi-

«1. Els fills nascuts a conseqüència de la fecundació assistida de la muller, practicada amb el consentiment express del cònjuge formalitzat en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic, són fills matrimonials del cònjuge que ha donat el consentiment.»

Art. 235-13 - La fecundació assistida de la dona

«1. Els fills nascuts de la fecundació assistida de la mare són fills de l'home o de la dona que l'ha consentida expressament en un document estès davant d'un centre autoritzat o en un document públic.»

28. Según esta norma:

«La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho».

29. Art. 9 LTRAH: *Premoriencia del marido*.

«1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad».

vencia entre dos personas de igual o diferente sexo, noción por completo separada de la originaria,. ¿Qué decir de las uniones no matrimoniales cuya regulación, día a día, se tiende a aproximar a la del matrimonio, al menos en los efectos?³⁰.

Otro ejemplo muy llamativo es la noción jurídica de sexo de la persona (publicado en el Registro Civil), que, desde la Ley 4/2023 (ley trans) se identifica al género de la persona (art. 3 letras j – i). Lo que ocurre porque la ley define la identidad sexual (letra i) como «Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer», sin referencia alguna a la biología. Al considerar que (letra j) la expresión de género es «Manifestación que cada persona hace de su identidad sexual»³¹, y desligando el proceso de cambio de constancia del sexo en el Registro Civil de cualquier la intervención quirúrgica. Un cambio que se fundamenta, en exclusiva en la voluntad de la persona (art. 44.3³²).

Las ficciones, como se ha dicho, que se acogen, también de antiguo algunas de ellas. Así la persona jurídica, de base asociativa o patrimonial (la fundación) nuevo ente y ser bajo en el que se comprenden una pluralidad de personas, o una organización económica, dotada de personalidad y capacidad independiente³³. La continuidad de la personalidad de la persona fallecida mientras no se acepta la delación hereditaria (institución de la herencia yacente: la vida de la persona muerta en el ínterin), o el adelanto de la vida (tiene la consideración

30. En Derecho catalán se aplican algunas reglas pensadas para el matrimonio a las uniones estables. Cfr. Art. 234-3. *Règim durant la convivència* «1. Les relacions de la parella estable es regulen exclusivament pels pactes dels convivents, mentre dura la convivència.

2. En matèria de disposició de l'habitatge familiar, s'aplica el que estableix l'article 231-9.

3. Els convivents en parella estable poden adquirir conjuntament béns amb pacte de supervivència. En aquest cas, s'apliquen els articles 231-15 a 231-18, en matèria d'adquisicions oneroses amb pacte de supervivència».

31. Me remito a lo que expuse en «La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales» en la *Revista jurídica la Ley Derecho de familia* N.º 33, 2023 Ejemplar dedicado a: Transformaciones del Derecho de familia en el actual panorama normativo estatal y europeo (I), págs. 7-25.

32. Art. 44. *Procedimiento para la rectificación registral de la mención relativa al sexo*, Ley 4/2023.

«3. El ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole.»

33. Así, Art. 311-3 CCCat. *Personalitat jurídica* «Les entitats subjectes a les disposicions d'aquest codi adquireixen personalitat jurídica per mitjà de la voluntat manifestada en l'acte de constitució i del compliment, si escau, dels requisits que la llei estableixi aquest efecte»

de persona)³⁴ para la atribución de derechos a quien está concebido³⁵. O la institución de la representación a través de la que se sustituye la actuación de una persona....

El poder absoluto y excluyente sobre las obras (creaciones) intelectuales de las personas que las han creado considerado como «propiedad» (art. 1 TRLPI)³⁶, en el entendimiento de ésta como el máximo poder reconocido jurídicamente. En este caso es la magia del término, de la palabra....

En sede patrimonial, la construcción de los frutos civiles, intereses o rentas derivadas de relaciones jurídicas, considerados como rendimientos del dinero. O la conversión de las cosas ocultas en tesoros (art. 5412-21)³⁷. En derechos reales el régimen de la propiedad horizontal, que divide al edificio en partes exclusivas y comunes, creando nuevos objetos, o el de la comunidad por turnos que utiliza los periodos temporales como objeto de derechos, o la separación del suelo y el vuelo en los derechos de superficie (art. 564-1 CCCat)³⁸ y de vuelo (art. 567-1)³⁹..., etc.

Las manifestaciones, como se observa son muchas, muchas más de las relatadas. Su mayor o menor número depende, eso sí, de cada ordenamiento jurídico porque no todas las sociedades (los grupos sociales) comparten los mismos princi-

34. Art. 211-1 *Personalitat civil* «1. La personalitat civil és inherent a la persona física des del naixement.

2. El concebut té la consideració de persona als efectes que li siguin favorables, sempre que arribi a néixer.

3. La personalitat civil s'extingeix amb la mort.

35. Así Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, «Ficciones jurídicas» en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 3, 1986, pp. 141-147.

36. Art. 1. *Hecho generador*.

«La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación».

37. Art. 542-21. *Descoberta d'objectes de valor extraordinari*

«1. Els objectes de valor extraordinari que han romàs ocults i els propietaris dels quals són desconeguts pertanyen als propietaris de la finca on es troben.

2. El qui descobreix per atzar l'objecte ocult té dret a percebre en metàl·lic una quantitat equivalent a lameitat del seu valor.

3. La descoberta d'objectes de valor cultural, històric, arqueològic o artístic i la descoberta d'objectes perraó de prospeccions o excavacions es regeixen per la legislació especial que els sigui aplicable».

38. Art. 564-1 *Concepte*

«La superfície és el dret real limitat sobre una finca aliena que atribueix temporalment la propietat separada de les construccions o de les plantacions que hi estiguin incloses. En virtut del dret de superfície, es manté una separació entre la propietat d'allò que es construeix o es planta i el terreny o el sòl en què es fa».

39. Art. 567-1 *Concepte*

«1. El vol és el dret real sobre un edifici o un solar edificable que atribueix a algú la facultat de construir una o més plantes sobre l'immoble gravat i fer seva la propietat de les noves construccions. Els preceptes d'aquest capítol són aplicables al dret de subedificació.

2. L'exercici del dret de vol comporta la legitimació per a fer construccions, d'acord amb el títol de constitució i el planejament urbanístic.»

pios y valores, ni intereses, conflictos y tradiciones. Tampoco la evolución de las instituciones y de las construcciones doctrinales ha sido igual en todos los lugares del área occidental, pese a que la globalización y las redes digitales, la inteligencia y los recursos, tiendan a aproximar las artes jurídicas en el desarrollo, las percepciones y cristalizaciones han de contar con la diversidad personal.

3.2. Aplicación

Además de las manifestaciones en la normativa conviene detenerse, brevemente en la faceta, ineludible, de la aplicación de la norma; que es decisiva para comprobar si, en efecto, tiene lugar el resultado perseguido, o sea, la mejor resolución de los intereses en lid.

De entrada, es importante recordar que, en nuestro sistema, como en el resto, el encargo de aplicar las normas jurídicas vigentes se atribuye a las personas y órganos a las que se impone el deber jurídico de ponerla en práctica (arts. 1.7 CCE y 111-2 CCCat⁴⁰ y art. 117 1 y 3 CE)⁴¹. De éstas se sigue que quienes aplican son los órganos judiciales que, además, tienen el deber inexcusable de resolver conforme al orden de las fuentes del derecho. Es decir, importa recordar que se está ante una aplicación judicial (ante los tribunales), además, garantizada constitucionalmente (art. 24.1 CE: el derecho a la tutela judicial)⁴². No obstante, esta preeminencia no margina, ni elimina la práctica y aplicación extrajudicial que, además, es la habitual. En todo caso, en ambas se puede apreciar la magia a la que se refiere este escrito.

La aplicación comporta que los hechos acontecidos en la realidad social se han de subsumir en las hipótesis generales, para conseguir la solución adecuada

40. Art. 1.7. CCE: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido». Art. 111-2 CCCat: «*Interpretació i integració* «1. En la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i s'ha d'integrar d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana.

2. De manera especial, en interpretar i aplicar el dret civil de Catalunya s'han de tenir en compte la jurisprudència civil del Tribunal de Cassació de Catalunya i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no modificades per aquest Codi o altres lleis. L'una i l'altra poden ésser invocades com a doctrina jurisprudencial als efectes del recurs de cassació».

41. Art. 117 CE: «1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley...

3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

42. Art. 24.1 CE

«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

que solvente el conflicto que haya de resolverse (juzgarse). Esta labor conlleva varias acciones: a) fijar los hechos concretos; b) seleccionar la norma aplicable y c) determinar el sentido y alcance de ésta con relación al supuesto de hecho y a las características del caso.

Labor previa e ineludible para la aplicación, ya judicial ya extrajudicial, inherente a la norma, así pues, es la necesidad de interpretarla, para averiguar su contenido y alcance, ya que mientras la ley escrita se mantiene pese al transcurso de los años, en tanto que no se derogue (art. 2. 2 CCe), la sociedad, y sus valores, varían. El resultado de emplear los elementos, y las técnicas de interpretación, ya delimitados en las normas (cfr, arts. 3 CCe⁴³ 111-2 CCCat), puede conducir, y de facto es así, a la consideración de cada situación concreta, a la obtención de los efectos (mágicos) que proporcionen la solución adecuada.

Así, las interpretaciones correctoras, restrictiva o extensiva, entre ellas la interpretación evolutiva, que permite introducir en la norma supuestos de hecho nuevos o no pensados, llegan a ser muestra evidente del poder al que me refiero.» (...) campos enteros del Derecho privado son, hoy en día, producto del Derecho judicial, —se dice⁴⁴— de la aplicación judicial del Derecho (...)». Lo que se comprueba, sobre todo, en las situaciones en las que la equidad, en la que no puede fundarse la sentencia de manera exclusiva si no es que la norma la llame expresamente (arts. 3.2 CCe y 111-9 CCCat⁴⁵), se emplea para la toma en consideración de las circunstancias de cada caso.

Junto a la aplicación judicial se ha de considerar la práctica extrajudicial, ya sea aquella que se produce mediante la intervención de autoridades (no judiciales) ya la práctica privada. En esta vía, además, conviene recordar que se puede contar con el margen de autonomía o libertad reconocido legalmente, según la materia, en el derecho privado, en especial, el patrimonial, que mucho aporta al ejercicio y creación de nuevas realidades o consecuencias. Así, por ejemplo, en la creación de nuevos contratos (la atipicidad contractual) o derechos reales (atípicos).

43. Art. 3.1. CCe

«1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.»

44. Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 3º.1» en *Comentario del Código Civil* (Dir. Cándido PAZ-ARES RODRIGUEZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR CODERCH), Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid. 1991, Tomo I, pp. 25

45. Art. 3.2. CCe: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita»

Art. 111-9 CCCat. *Equitat*: «L'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació de les normes, si bé els tribunals només poden fonamentar llurs resolucions exclusivament en l'equitat quan la llei ho autoritza expressament»

En la práctica extrajudicial se ha de diferenciar la que se desenvuelve en concretos ámbitos jurídicos oficiales no judiciales (con intervención de autoridades), de la que se efectúa en el ámbito particular/privado. Ambas han jugado, a lo largo de la historia del derecho, y continúan desarrollando, funciones relevantes en la existencia, configuración, régimen y evolución de las instituciones.

En las primeras se comprenden las aplicaciones que se llevan a cabo en las Notarías (las prácticas notariales) y las registrales, en especial, en el Registro de la Propiedad y el Registro Civil. La aplicación notarial, como está constatado y reconocido, ha sido un puntal importante en el desarrollo y creación de las instituciones de derecho privado; tal y como, con posterioridad más o menos próxima en el tiempo, lo demuestran los textos legales en los que se han recogido. Están grabadas en el imaginario técnico y popular como parte de la historia jurídica, y no sólo con referencia al derecho patrimonial, sino, más recientemente, también, al familiar personal: las sustituciones fideicomisarias, los diferentes tipos de legados, contratos atípicos, cláusulas resolutorias, enfiteusis, garantías atípicas, contenido atípico de los capítulos matrimoniales, los soportes jurídicos a la discapacidad, poderes preventivos...

La aplicación registral, pese a que se ciña más estrictamente a la literalidad de la ley, y de ahí pueda semejar más limitada, asimismo en el ejercicio de la función calificadoradora aporta la dosis correspondiente que permite e incita, en su caso, a quien ha de legislar, al acogimiento de nuevas instituciones.

Finalmente, que no por ello de menor valor, la práctica extrajudicial de las personas particulares, ya en el ejercicio de sus derechos conforme a lo dispuesto en la norma, ya el que se desenvuelve fuera e incluso el que es en contra de la ley, en la que puede encontrarse, en ciernes y el origen del orden (ordenación) mágica que llama a que se desenvuelva en lo jurídico.

Doctrina, sustancia de la norma, lenguaje jurídico y la práctica, manifestaciones de la idea de que lo jurídico es magia cuando cumple con la función de ordenación.

4. Conclusiones

Sintetizando se puede concluir con las ideas siguientes:

- 1^a. La Ciencia jurídica y el Derecho, por definición, no están al margen de lo que se concibe como Magia, entendida como medio a través del cual se crea una realidad propia (la jurídica) y se disponen efectos que di-

sienten de los que proporciona la naturaleza, pero que conviven con ésta.

El Derecho realiza maravillas, a través de la ciencia jurídica que, mediante la utilización de los medios de que dispone (la creación de instituciones, conceptos, nociones, la aplicación, la interpretación) comportan obtener resultados conforme a los principios, valores e intereses del grupo social, y junto a los que se encuentran en las leyes naturales, pueden llegar a extravasarlos.

En este sentido el Derecho, como arte profesional se plasma en las instituciones, conceptos, y reglas jurídicas a través de las que se ordenan las relaciones entre las personas.

- 2ª. Las configuraciones jurídicas, en su función de ordenación, responden a la necesidad de dar respuesta y resolver los intereses que reclama una sociedad determinada. Unas en base a la realidad extrajurídica, pero otras, necesariamente, inventadas por la técnica jurídica, sólo existentes en dicho ámbito, pero tan reales como aquellas.

La construcción de las instituciones jurídicas privadas, su régimen (tipicidad) y terminología, es un posterior (*ubi societas ibi ius*) tiene lugar a partir de la realidad material o intelectual, ya *ex novo* (innovación) ya por especificación (a partir de lo dado). La codificación ordenó, en cuerpos legales sistematizados las principales (entonces) instituciones jurídicas privadas mantenidas hasta la actualidad. Instituciones diseñadas abstractamente y con vocación de aplicación a todas las personas y permanencia indefinida, pero sin propósito de fosilizarlas o petrificarlas.

- 3ª. La evolución, inherente a una ciencia como la jurídica supone nuevos valores, intereses, situaciones cuya aparición reclama, de parte de la sociedad, la revisión de las instituciones vigentes para que se adapten a la realidad del momento mediante la introducción de los cambios oportunos. Entra aquí, sin duda el potencial mágico jurídico que permite la adaptación reclamada.

- 4ª. Una herramienta crucial es el lenguaje. El Derecho es lenguaje técnico (jurídico) y natural. Acuña sus propios términos, modela la redacción del contenido del mensaje e identifica mediante un *nomen* a la institución correspondiente, aunando, jurídicamente, realidades distintas. Es éste, también, instrumento mágico.

He pasado revista, a modo de ejemplo, de algunas manifestaciones de las ilusiones jurídicas creadas que son efectivas, otras han quedado apuntadas, con la finalidad de proporcionar datos para la reflexión, el intercambio de pareceres, e incitar a ahondar en la relación entre Magia y Derecho.

Solo cabe concluir, recordando que «La magia es como un hilo invisible que une a todos los seres vivos en el universo» (*Los magos*, Lev GROSSMAN)

V. Bibliografía

- COMISIÓN DE CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA, *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* de Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid, 2023
- Federico DE CASTRO y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte General*, Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*. 3^a ed., Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1955
- Lauren DE SUTTER *Magia: una metafísica del vínculo social* (traducción de Luis Alfonso PALAU). (1 ed.). Barcelona, Herder Editorial (2023). Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/uab/230041?>
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Edición del tricentenario. Actualización 2023. <https://dle.rae.es/>
- Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio* (traducción de Marta GUASTAVINO), 2^a ed. Ed Ariel S.A, 1989.
- M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Ed Bosch, Barcelona 1979.
- M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, «La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Cambios conceptuales y de configuración de las situaciones personales» en la *Revista jurídica la Ley Derecho de familia* N.º 33, 2023 Ejemplar dedicado a: Transformaciones del Derecho de familia en el actual panorama normativo estatal y europeo (I), págs. 7-25.
- M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA. *Reflexiones en torno a la evolución de las instituciones jurídicas de derecho privado. Sustancia y forma*. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya. Barcelona 2024.
- Ricardo A. GUIBOURG, «Magia, cultura y derecho» en *ISONOMÍA* N.º.32 / Abril 2010, pp. 65-182
- Maye ISLA TORRES, «La Magia del Derecho» en *Revista DIDASKO* 31 de marzo, 2017, Editor: Paola M. Sepúlveda. <https://revistadidasko.wordpress.com/2017/03/31/la-magia-del-derecho/>
- Juan Pablo LIONETTI DE ZORZI (2016) *Derecho y fantasía*, Encuentro Internacional *Ficción y Derecho*. Buenos Aires, Facultad de Derecho. U.B.A. El trabajo fue expuesto el día 30 de Julio de 2016, en el salón azul de la mencionada Facultad <http://www.revistapersona.com.ar/Persona95/95Lionetti.htm>, https://www.academia.edu/27421155/Derecho_y_Fantas%C3%ADa.
- Agustín LUNA SERRANO. *Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, *Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número i contestació de l'acadèmic de número Ilmo Dr. Sr. Ramón Badenes Gasset*. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona. 2004
- María MOLINER Voces «Fantasía» y «Magia», *Diccionario de uso del español*. Edición abreviada por la Editorial Gredos, Madrid. 2000

- José Ramón NARVÁEZ HERNÁNDEZ, *La fantasía en la docencia universitaria: el caso del derecho* Por Aula Magna Dic 2007. <https://www.semanarioaulamagna.cl/columnas-de-opinion/1085-la-fantasía-en-la-docencia-universitaria-el-caso-del-derecho>
- Gregorio PECES-BARBA MATÍNEZ, «Derecho y arte» en *Letra internacional* N.º 81, 2003, pp 34-36
- Gregorio ROBLES MORCHÓN, *Comunicación, lenguaje y Derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho*. Resumen del Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid 2009. BOE.es
- Pablo SALVADOR CODERCH, «Comentario del artículo 3º.1» en *Comentario del Código Civil* (Dir. Cándido PAZ-ARES RODRIGUEZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR CODERCH), Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid. 1991, Tomo I.