

J. LOIS ESTEVEZ

INTRODUCCION
A LA
FILOSOFIA
DEL DERECHO



PORTO Y C.^{IA} - Editores
SANTIAGO DE COMPOSTELA

INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Esta obra constituye una pequeña Enciclopedia jurídica, expuesta en una forma original y atrayente. Quien recorra sus páginas se asomará a uno de los panoramas más completos que a la Ciencia jurídica de nuestro tiempo le es dado contemplar. Tal vez por eso mismo, el lector se encuentre muchas veces con francas interrupciones de la exposición, a las que probablemente no está habituado. Explícitamente se le advierte a menudo que las investigaciones están en curso y que, por el momento, no se conoce la dirección en que proseguirán ni cuáles serán los resultados que se obtengan. Al que quiera saber algo más sobre estos problemas no le quedan más que dos soluciones: proseguir por su cuenta y riesgo o esperar a que otros lleven a cabo la empresa. Lo que se trata de evitar aquí, a toda costa, es ese defecto tan común y grave en que incurren la casi totalidad de los manuales al uso en nuestra disciplina: comunicar al lector la impresión de que la Ciencia es algo acabado y sin problemas. Aquí se ofrece un cuadro real de la Ciencia jurídica de nuestro tiempo, tal como en la vida se nos presenta; es decir, llena de cuestiones incitantes y de posibilidades de investigación. Nada de una Ciencia hecha ya para siempre, a la que no cabe prestar la menor contribución.

En un estilo diáfano y acuciante se exponen en este libro las cuestiones capitales con que los juristas tienen que enfrentarse hoy por hoy. De la materia tratada dará idea el índice alfabético, a pesar de su parquedad. Para informarse respecto al método y fundamentales puntos de vista basta con que el curioso abra la obra al azar por dos o tres sitios cualesquiera y lea un poco...

El autor... no necesita presentación. Después de siete libros anteriores y de medio centenar de trabajos cuenta ya en la bibliografía jurídica española lo suficiente para que se le valore por sí mismo. De todas suertes, este libro bastará para que el lector informado e imparcial, uniéndolo a sus "Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica", le coloque entre los más auténticos investigadores con que la Ciencia jurídica cuenta hoy.

JOSE LOIS ESTÉVEZ

**INTRODUCCIÓN A LA FILOSOFÍA
DEL DERECHO Y A LA CIENCIA
DE LA LEGISLACIÓN**



PORTO Y Cía.- EDITORES
AZABACERÍA, 5 APARTADO DE CORREOS 91
SANTIAGO DE COMPOSTELA

A mis padres.

PROLOGO

La Filosofía del Derecho como campo específico del saber es mucho más joven que la Ciencia jurídica. Este hecho no carece de significación. La regla general es que las Ciencias particulares se hayan ido separando del seno de la Filosofía, sin otra razón que la madurez paulatinamente alcanzada. Por virtud de dicha circunstancia, casi todas las Ciencias se han mostrado adultas desde sus inicios, han tenido siempre clara conciencia de la misión que les competía realizar y han sabido de antemano la dirección en que convenía orientar las investigaciones. Como los filósofos les habían despejado previamente el camino, nunca tuvieron los hombres de Ciencia que andar como ciegos, tanteando al albur en una tierra desconocida.

Por desgracia para ella, a la Ciencia jurídica no le ha sucedido lo mismo. Hasta época relativamente reciente no ha podido recibir las enseñanzas de la Filosofía. Surgido a remolque de las necesidades prácticas, el Derecho se ha desenvuelto más como Arte que como Ciencia y se ha visto siempre supeditado a los precedentes y mediatizado por la Política. No es pues, nada raro que no haya logrado superar aún la etapa de “anotaciones inductivas” con que ha de comenzar toda Ciencia.

Ya es hora, sin embargo, de, remontando el vuelo, suplir el abigarrado conjunto de los hechos innúmeros por la simplicidad alada de las teorías. Si la Ciencia es un instrumento en nuestras manos, no hay que olvidar que su valor viene dado muy principalmente en función de lo que economiza. Tan claro es todo esto que parecería innecesario recordarlo si no fuera porque esta convicción resulta dudoso que haya trascendido a los juristas.

En su obra *Justice at work*. James Avery Joyce ha sabido ponderar sugestivamente la necesidad, constante en todas las épocas, de ir simplificando el Derecho. “La originaria simplicidad del Paraíso terrenal —escribe— había dado lugar largo tiempo atrás a la fastuosa civilización babilónica cuando Hammurabí subió al trono. La primera cosa que hizo el Rey Hammurabí fue simplificar el Derecho. Esto sucedió hace unos cuatro mil años —hacia 2084 a. C. Desde entonces se han hecho siempre innumerables intentos... de simplificar el Derecho”⁽¹⁾. ¿No quiere decir esto que por su propio dinamismo interno todo ordenamiento jurídico tiende a ganar creciente complejidad? La afirmación parece inexcusable. El Derecho impone, por exigencias de su naturaleza, hábitos rígidamente conservadores. Da de sí nuevas y nuevas normas, llevado de la justa pretensión de estar en todo; pero se resigna difícilmente a desprenderse de nada. Las leyes tienen mucho todavía de fórmulas mágicas y se teme que su derogación cause daño. Crece, así, el ordenamiento jurídico en forma inmoderada y se hace sentir, cada día más apremiante, la necesidad de sacudirse de encima el peso muerto enorme de las disposiciones y trámites inútiles. Mientras el Legislador, inseguro o excesivamente cauto, quiera curarse en salud de las imperfecciones que, fruto de la pereza, acuse su obra, recurriendo al socorrido truco de la cláusula derogatoria parcial (“quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente”), el Derecho no puede menos que complicarse de continuo.

¹ JOYCE: *Justice at work*, 1957. I.

La hipertrofia legislativa que impera hoy en casi todos los países es un cáncer que va corroyendo la ponderación y el equilibrio orgánico del ordenamiento positivo. En todas partes se siente la necesidad de proceder a una simplificación sistemática y a una depuración crítica del Derecho vigente. Lo malo es que se carece todavía de los recursos científicos indispensables para evitar que la empresa de reforma no redunde en detrimento de la seguridad jurídica. Es sumamente difícil combinar la efectividad y la economía. Haría falta para ello disponer de una Ciencia de la Legislación, que, por desgracia, no se ha consolidado aún. Entretenidos los juristas en la tarea de explorar el sistema -positivo que nos preside, no han prestado la debida atención a la labor, mucho más importante, de investigar *cómo se debe hacer el Derecho*. ¡No se han dado cuenta de que en tanto no se tenga conciencia de este otro aspecto de la cuestión, resultarán baldíos los esfuerzos gastados en conocer cualquier ordenamiento jurídico! He ahí por qué la elaboración de una Política del Derecho es ahora el cometido más urgente que tienen los juristas.

Es verdad —y hay que lamentarlo— que, carente casi por completo de antecedentes, la Política del Derecho ha de ser criada y amamantada aún por la Filosofía. Pero es de esperar que le aguarde un futuro brillante que haga de ella pronto una Ciencia adulta, la más rigurosa de todas las disciplinas jurídicas. Precisamente para propiciar esta posibilidad luminosa es para lo que se ha escrito el presente libro.

JOSÉ LOIS ESTÉVEZ

I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

FILOSÓFICO - JURÍDICO

La Filosofía del Derecho es una disciplina tan radicalmente problemática que hasta su propio significado conceptual queda sujeto a las más extremas incertidumbres. Forma una rama del saber tan apasionante y paradójica que nada en ella se mira con imparcialidad o con expectante indiferencia. No cuenta con zonas de “dominio público” ni con “tierras de nadie”: todo en ella es campo de batalla por cuya posesión se libran, palmo a palmo, las más enconadas luchas. Se discute, así, su existencia como saber autónomo, su posibilidad lógica, su método, su contenido, su objeto y cada una de las cuestiones particulares que como específicas, se le asignan. La cosa no es para menos, porque la trascendencia de la Filosofía jurídica es tal que cualquier repuesta a cualquiera de sus problemas prejuzga el valor de los ordenamientos jurídicos existentes y alcanza a decidir, por tanto, el curso de la vida del hombre sobre la tierra. Ante tales implicaciones, es claro que ninguno de nosotros puede ni quiere permanecer en actitud de neutralidad impasible. Hay que tomar partido y correr un riesgo. El problema es tan inevitable como crucial.

He ahí pues, con su adecuada justificación, cuántas dificultades habrá que vencer para iniciar el estudio de la Filosofía jurídica. Cada decisión que se adopte, tiene que ir precedida por una sólida cadena de razonamientos que imperiosamente se impongan y la hagan irrecusable, Por eso resulta forzoso, sobre todo, situarse desde el principio ante el nudo de la cuestión habiendo abdicado previamente de toda clase de prejuicios, con la más plena y desinteresada objetividad que nos sea posible.

Con tal propósito, vamos a tratar el problema “despersonalizando” totalmente los datos, desnudándolos en un esquema abstracto e imprejuzgativo que no aboque desde el primer momento a ninguna conclusión concreta. Así, pues, consideraremos por ahora la Filosofía jurídica como una *función* indeterminada cuyo valor depende del argumento de las dos *variables* conceptuales “Filosofía” y “Derecho”.

'Afirmada la pretensión de objetividad, no queda otro remedio que concebir como expresiones variables los conceptos de Filosofía y Derecho. Gomo no existe unanimidad entre los especialistas respecto a lo que corresponda ver en la realidad tras el término “Filosofía”, es menester, si se quiere no hacer acepción de opiniones, imaginarse a todas convergiendo, en un haz de valores, en ese término, y evocadas por él indistintamente. Y lo mismo hay que decir sobre el significado del otro ambiguo concepto, pues es enorme la disidencia polémica en torno a la definición del Derecho.

II

CARACTERIZACIÓN DE LA FILOSOFÍA

1. La esencia de la Filosofía según los grandes filósofos modernos.

Al mismo umbral de su obra “El Secreto de la Filosofía” coloca Eugenio d'Ors, como un interrogante, la paradoja del bibliotecario perplejo: “Imaginemos —dice— a un bibliotecario, a quien se encargó la distribución sistemática de un gran fondo de libros correspondientes a todos los ramos del saber y llegados en desorden. Los anaqueles de la Biblioteca a donde han de ir a parar están distribuidos según la clasificación habitualmente conocida por *decimal* y que recibe también este nombre: *de Bruselas*. En ella, recordémoslo, las diversas especialidades están simbolizadas por guarismos: el número uno corresponde a “Filosofía”. Misión del facultativo imaginado será inscribir, en cifras encabezadas por él, todos los volúmenes de contenido filosófico”. El propósito parece sencillo. De todos modos, a la hora de llevarlo a cabo, sobrevienen motivos de consternación. Prominentes filósofos, que han hecho obra imperecedera, parecen diluirse ante la dictadura de la clasificación decimal. Un Aristóteles, con su *Física*, con su *Lógica*, con su *Ética* ve gravemente comprometida su presencia en el espacio reservado a la Filosofía. En cambio, otros filósofos, como Platón, como Kant, no admiten la menor duda en cuanto al lugar que deba asignarse a sus obras: irrevocablemente habrá que encuadrarlas en el dominio de la Filosofía ⁽²⁾.

La paradoja orsiana no es, por desgracia, mero entretenimiento dialéctico. ¡Ojalá lo fuera, pues su fondo es bien amargo para nosotros! Y aunque encierra lecciones de considerable importancia, son el fruto práctico de una experiencia adquirida por el filósofo a costa propia.

Dos razones hay, por las cuales el bibliotecario tiene que mostrarse indeciso: una es de carácter histórico, la otra, puramente conceptual.

Históricamente, la perplejidad del bibliotecario es disculpable. Hubo un tiempo en que la Filosofía albergaba en su seno, como verdadera madre, a todas las demás Ciencias. La Física y la Lógica, la Ética y la Política, la Química y la Biología fueron engendradas y amamantadas por la Filosofía. Después lograron madurez y mayoría y pudieron desenvolverse por su cuenta e independizarse por entero. Pero aún hasta época relativamente próxima descubría su denominación los lazos de familia ⁽³⁾. Ahora reivindican su personalidad; pero eso no impide que envejezcan.

Desde el punto de vista conceptual, el bibliotecario sabe mucho menos a qué atenerse. Si acepta dogmáticamente alguna teoría filosófica, todas las demás quedan ya borradas y va a ser difícil hacer sitio en la Biblioteca a las obras de los filósofos que las propugnan. Si no quiere incurrir en el dogmatismo y consulta muchos autores para informarse en qué radica la Filosofía, es

² EUGENIO D'ORS: *El Secreto de la Filosofía*, 1947, pág. 23.

³ Cfr. GARCÍA MORENTE: *Lecciones preliminares de Filosofía*. 5ª. edición 1952. 9 ss.

probable que sufra una penosa decepción y se vea inducido a reputar las producciones filosóficas como obras de imaginación y ríe amena literatura.

En efecto: los filósofos modernos de más peso profesan opiniones difícilmente conciliables. Para unos, la Filosofía se confunde con alguna Ciencia determinada; para otros, tiene un dominio propio en lo intelectual, diferente, y más básico que el del Arte o la Ciencia. Quien cree que la actividad filosófica es un conocimiento en que está comprometido el yo protagonísticamente: quien la cifra en la racionalización completa de la experiencia humana. Sea como sea, he aquí el campo de los valores-límite, que conviene examinar cuidadosamente y más en detalle.

A) DOCTRINAS QUE RECONDUCEN LA FILOSOFÍA A UNA CIENCIA PARTICULAR.

a) La Filosofía como Lógica.

Desde el principio de su carrera filosófica manifestó Bertrand Russell una constante preocupación por los escasos resultados que había, obtenido la Filosofía, en contraste con los éxitos asombrosos de que las Ciencias particulares podían ufanarse. Este hecho encendió su deseo de tratar los problemas filosóficos a la luz de un método científico. Primitivamente no esperaba ya Russell que esto fuera posible en todos los casos ⁽⁴⁾; pero salvaba en muchos una esperanza, en gracia de la cual valía bien la pena enfrentarse con ellos. El instrumento más poderoso que se ofrecía entonces a su consideración para este propósito era la Matemática, cuyo sistemático empleo en la investigación científica bastaba para explicar los triunfos espectaculares alcanzados. Así fue como Russell se sumergió, poniendo en ello toda la fuerza de su temperamento, en un hondo estudio de la Matemática ⁽⁵⁾.

En ese punto toma contacto con las sorprendentes conquistas de la axiomática, que Peano y su Escuela y antes aún el genio preterido de Frege acababan de lograr en diferentes direcciones. Y ya desde entonces Russell se incorpora al movimiento logístico, del que se coloca en cabeza ⁽⁶⁾. En los primeros tiempos actúa con el convencimiento de un neófito y cuenta con haber hallado, cuando menos, un arma crítica formidable: la criba que a la Filosofía le estaba haciendo falta.

⁴ Vid RUSELL: *Los problemas de la Filosofía* (Xirau), 1937, 180 y siguientes.

⁵ Cfr. la introducción de Florencio D. Jaime a la obra de Uussell: *Nuestro conocimiento del mundo externo* (Velzi), 1946, 10. Vid. también al respecto: BOCHENSKI: *La Filosofía actual* (Imaz), 1949, 54 ss. y SCIACCA: *La Filosofía, hoy* (Matons), 1947, 356 ss.

⁶ Lo prueban sus obras: *An Essay on the Foundations of Geometry*, 1897; *The Principies of Mathematics*, I, 1903 (2ª. ed. 1938). (Hay edición española, trad. Grimberg, 1948); *Principia Matheniatica* (en colaboración con Whitehead), I, 1910, II, 1912, III, 1913 (2ª. ed. I, 1925, II y III, 1927). *Introduction to Mathematical Philosophy*, 1919. (Hay también trad. españ. de Molinari sobre la 3ª. ed. inglesa, Buenos Aires, 1945).

Más tarde comienza a dejarse sentir el escepticismo. Pero, por de pronto, es la hora del **atomismo lógico**. Russell se expresa: “Los problemas y el método de la Filosofía han sido, según creo, mal concebidos por todas las escuelas, pues muchos problemas tradicionales de aquella son insolubles por nuestros medios de conocimiento, mientras que otros problemas, más descuidados pero no menos importantes, pueden ser resueltos por métodos más adecuados y más pacientes, con toda la precisión y con toda la certeza que las ciencias más adelantadas han alcanzado” (7). Ante tal forma de expresión, uno siente en seguida que, latente en el pensamiento de Russell hay una subterránea remisión a la Lógica. Y así es, en efecto. El mismo confirmará nuestra presunción, al decirnos después que “todo problema filosófico, una vez que ha sido sometido al análisis y a la purificación indispensables, conduce a la conclusión de que, o bien nada tiene de filosófico, o bien es problema lógico, en el sentido en que estamos usando esta palabra” (8). Ahora bien, para Lord Russell ese sentido no se confunde con el de la Lógica tradicional, que es estrecha y “maliciosa”, sino que es mucho más dilatado, puesto que debe facilitar también la comprensión de las **relaciones**, no sólo la mera predicación atributiva. “La Lógica consta de dos partes. La primera investiga lo que son las proposiciones y qué forma pueden tener; esta parte enumera las diferentes clases de proposiciones atómicas, de proposiciones moleculares, de proposiciones generales, etc. La segunda parte se ocupa de ciertas proposiciones sumamente generales que aseguran la verdad de todas las proposiciones de determinadas formas. Esta segunda parte se funde con la Matemática pura, cuyas proposiciones, después de analizadas, resultan ser dichas verdades formales generales. La primera parte, que sólo enumera formas, es la más difícil y la más importante filosóficamente; y el reciente progreso llevado a cabo en esta primera parte es lo que ha hecho posible, más que ninguna otra cosa, la discusión científica de muchos problemas filosóficos” (9).

b) La Filosofía como Epistemología.

El neopositivismo lógico, como se llama la doctrina filosófica propugnada por el “Círculo de Viena”, partiendo de la suposición de que solamente tienen sentido las proposiciones verificables (10), acaba por afirmar que la Filosofía consiste ni más ni menos que en la “crítica del lenguaje

⁷ *Nuestro conocimiento del mundo externo*, cit 23.

⁸ *Op. últ. cit.* 49.

⁹ *Id.* 72.

¹⁰ Vid. Ayer: *Demonstration of the impossibility of Metaphysics*, en “*Mind*”, XLII, (1934), 335 ss. BRIDGMAN: *The Logic in human understanding*, 1951, 8, 9, 69 ss., cuya noción de “conectabilidad” es compañera y similar a la “verificabilidad” del neopositivismo. Cfr. también: TARSKI: *Grundlegung der Wissenschaftlichen Semantik*, en “*Actes du Congrès International de Philosophie Scientifique*”, III, 1936, 1 ss. ZAREMBA: *Le caractere propre et la portée de la physique*, en “*Scientia*”, XXVIII (1920), 353 ss. KRAFT: *Der Wiener Kreis. Der Ursprung des Neopositivismus. Ein Kapitel der jüngsten Philosophiegeschichte*, 1950, 129 y siguientes.

científico efectuada por procedimientos lógicos” (11). De esta manera, la Filosofía queda subsumida en la Epistemología y por cierto en una Epistemología tan dogmática como unilateral. Pero veamos con más detalles cómo razonan su posición los neopositivistas.

Las concepciones del “Círculo de Viena”, de tendencia rigurosamente científicista, están asentadas sobre los resultados de la indagación filosófico-gnoseológica en las dos ciencias más adelantadas: la Matemática y la Física. Lo que hacen los neopositivistas es generalizar ciertos puntos de vista físico-matemáticos.

En efecto; a consecuencia del descubrimiento de las geometrías no euclidianas rodó por tierra la suposición tradicional de que los axiomas de la matemática eran verdades *a priori*, absolutas y evidentes por sí mismas. En contraposición, fue ganando terreno la creencia en que los postulados iniciales de las teorías matemáticas eran de naturaleza convencional, a modo de verdades “prefabricadas”, y en que constituían “universos lógicos” independientes, sin ningún entronque con la experiencia. Su *regla de juego* era la ausencia de contradicción, dada la cual lo que pudiera ocurrir *de hecho* carecía de importancia (12).

Por otra parte, la teoría de la relatividad y la mecánica cuántica impusieron a la Física moderna un cambio radical de orientación. Los resultados del experimento de Michelson respecto al macrocosmos y los de Rutherford y Planck respecto al microcosmos hicieron necesaria una rigurosísima crítica epistemológica de la Física clásica, tendente a discernir lo que los principios establecidos tenían de realmente empírico frente a lo que era producto de creencias inveteradas, admitidas sin más ni más. De ahí vino la necesidad de *verificar* las proposiciones físicas ateniéndose estrictamente a los hechos de observación (13).

Pues bien, el neopositivismo lógico, queriendo precaverse, en adelante, contra las falsas asunciones inspiradas por los prejuicios, generalizó, al par que las extremaba, las conclusiones epistemológicas a que habían llegado los matemáticos y los físicos más destacados de nuestro

¹¹ CARNAP: *Logische Syntax der Sprache*, 1934, pág. IV del prólogo. CARNAP : *La Science et la Métaphysique devant l'analyse logique du langage* (Vouillemin), 1934, 9, 10, 29, ss. Vid. también, SGHLIGK: *L'école de Vienne et la Philosophie traditionnelle*, Travaux IX Cong. Int. Phil. IV, 99 ss.

¹² Para una exposición de cierta amplitud sobre las geometrías no euclidianas, vid. la obra de Bonola con este mismo título (ed. española 1941). Para una exposición histórica y sencilla de lo que implican y significan las geometrías no euclidianas, vid. BELL: *Los grandes matemáticos* (Jiménez de Asúa), 1948, 347 ss. 563 ss. También, del mismo: *La Reina de las Ciencias* (Bergara), 1944, 45 ss. Con extraordinaria profundidad, que no mengua la luminosa claridad del discurso, trata el tema WHITEHEAD en *Philosophie und Mathemaik* (Ortner), 1949. 151 ss. y esp. 184 ss. Para una breve referencia y más amplia indicación bibliográfica, vid. LOIS: *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia Jurídica*. 1954, 84 ss.

¹³ Informes más detallados sobre este punto en LOIS: op. cit., 45 ss. 121 ss. Para más extensa documentación: HEISENBERG: *Wandlungen in den Grundlayen der Natunwissenschaft*, 1957. Una exposición a la par profunda y fácil en RUSSELL: *El A. B. C. de la Relatividad* (Sábalo), 2ª. ed. 1951. Aguda y sumariamente se ocupa del enraizamiento científico filosófico del neopositivismo, MAY: *Filosofía natural* (Imaz), 1953, 13 ss.

tiempo ⁽¹⁴⁾. Sus tesis capitales se pueden resumir así:

1º.) El sentido de una proposición —y por tanto su validez y consistencia lógicas— depende de la posibilidad de su verificación empírica e intersubjetiva.

2º.) Sólo las proposiciones relativas a la realidad física pueden ser objeto de comprobación experimental, *fungible* a varios observadores, y sólo ellas son, en consecuencia, rigurosamente significativas. Así, por ejemplo, la proposición “el alma es inmortal” es inverificable en las condiciones enunciadas, por lo cual carece de sentido.

3º.) La significación va ligada a la experiencia, porque no hay más fuente de conocimiento que la sensación.

4º.) Las leyes de la Lógica son, es cierto, a priori; pero la derivación lógica es independiente del sentido proposicional y resulta, además, mera tautología.

5º.) Es preciso organizar todas las Ciencias sobre las mismas bases que la Física, pues en otro caso serán una sarta de sinsentidos.

6º.) Las cuestiones metafísicas constituyen pseudoproblemas carentes de auténtica significación.

7º.) No existe otro campo en que la Filosofía pueda trabajar con sentido que el de la crítica epistemológica de las proposiciones científicas; por tanto, la Filosofía no es más que una Epistemología ⁽¹⁵⁾.

En una dirección aparentemente similar a la de los neopositivistas, aunque desde premisas

¹⁴ *Sobre el neopositivismo. independientemente de la obras citada, vid. WEINBER: An Examination of Logical Positivism. 1936; RUNES: Twentieth Century Philosophy, 1947. 371 ss. Entre nosotros los mejores estudios son de París. El uno: Crítica neopositivista de la Metafísica, en “Bol. Univ. Santiago”, ns. 57-60, 1951-52, 13 ss. El otro, en curso de publicación, que he podido consultar gracias a la amabilidad de su autor, forma parte del libro Les grandes courants de la pensée mondiale contemporaine a publicar por Marzorati (Milán), y lleva el título: Le problem de la Science.*

Vid. POINCARÉ: La Ciencia y la Hipótesis (Besio-Banfi), 2ª. ed. 1945, esp. 49 ss. 113 ss. Id.: El Valor de la Ciencia (Besio-Banfi), 1946. Id.: Últimos Pensamientos (Banfi-Besio), 1946. HILBERT-ACKERMANN: Grundzüge der theoretischen Logik, 2ª. ed. 1938. EINSTEIN: La Teoría de la relatividad al alcance de todos (Lorente de No), 3ª. ed. 1925; PLANCK: ¿A dónde va la Ciencia? (Jiménez Asúa), 3ª. ed. 1947; HEISENBERG: La transformación de los principios de la ciencia natural exacta, en el vol. de selección de la “Revista de Occidente”, 1950. 9 SCHRÖDINGER: ¿Está la Ciencia condicionada por el medio?, en id. 31 ss. PAULI: Wahrscheinlichkeit und Physik, en “Dialéctica”, vnl. VIII, nº. 2, 1954, 112 ss.

¹⁵ *Las obras capitales del movimiento neopositivista son: AYER: Language, Truth and Logic, 2ª. ed. 1946; CARNAP: Logische Syntax der Sprache, 1034; SCHLICK: Gesammelte Aufsätze, 1938; REINCHENBACH: Objetivo y métodos del conocimiento físico (Imaz), 1945. Multitud de artículos en “Erkenntnis”, Revista de la Escuela (desde 1930 hasta 1938); en “Journal of Unified Science”. “Analysis” y en las Actas del “Cong. Int. de Phil. scientifique” de 1935, pub.” 1936, cuyo volumen primero contiene “Alocuciones” y estudios sobre la Filosofía científica y el empirismo lógico; el segundo se consagra al problema de la Unidad de la Ciencia; el tercero al tema Lenguaje y pseudoproblemas.*

diametralmente opuestas, sostiene Brunschvicg que la Filosofía no puede consistir en otra cosa que en una *crítica del pensamiento*. La razón, según él es obvia. Por virtud de la posición idealista que propugna, el mundo del conocer está cerrado sobre sí mismo en nosotros, y no consiente acceso al exterior. Confinados en él no podemos perforarlo ni trascenderlo nunca. Si la Ciencia es el deslizarse del pensamiento en un plano horizontal, la Filosofía es una reflexión zaguera desde la altura de una tercera dimensión: “una actividad que ha adquirido conciencia de sí misma” (16). “La Filosofía —añade— es una obra de reflexión. Y lo es basta tal punto que hay una desproporción entre el contenido y la forma, entre el sistema y el método, sin que un conocimiento integral sea aquí posible. El espíritu no se propone jamás un objeto que sea fijo y que permanezca apostado ante él; pretende captarse a sí mismo en su movimiento, lograr en su actividad la producción viviente, no el producto que sólo una abstracción ulterior permite poner aparte. Más allá de la acción, que es su remota consecuencia, más allá de las manifestaciones todavía exteriores que se revelan en el lenguaje, es hasta el pensamiento hasta donde el pensamiento debe penetrar” (17).

c) La Filosofía como Historia.

Es la posición en que se coloca Benedetto Croce, para quien Filosofía e Historia se indentifican por completo. La Historia resulta Filosofía, porque, aunque los juicios históricos sean propiamente de carácter individual, por imperativo de método tienen que ser sublimados a lo universal, en función de los objetivos universales a que apunta la Historia. A la Historia de la Cultura no le interesan directamente las personalidades individuales que han realizado obra imperecedera. Un Dante, un Leonardo, un Galileo, no gozan de atención por sí, sino por razón de la Poesía, del Arte, de la Ciencia. Lo que ocurre es que siendo éstos universales relaciones, no hay más remedio que enjuiciarlos en sus manifestaciones concretas. Pero la Filosofía resulta, a su vez. Historia, pues también la Filosofía es un universal que se ha de revelar en expresiones individuales inmersas en algún aquí y en algún ahora. La obra filosófica es fruto del devenir y no se puede desgajar de sus inserciones históricas. “La Filosofía, pues, no está ni fuera ni al principio o al fin ni se obtiene en un momento o en algunos momentos particulares de la Historia; sino que, obtenida en todo momento, está siempre y completamente unida al curso de los hechos y condicionada por el conocimiento histórico”. “... Filosofía e Historia no son dos formas, sino una sola forma, y no se condicionan recíprocamente, sino que directamente se identifican. La síntesis *a priori*, que es la concreción del juicio individual y de la definición, es al mismo tiempo la definición de la Filosofía y de la Historia; y el pensamiento, creándose a sí mismo, cualifica la intuición y crea la Historia. Ni la Historia precede a la Filosofía ni la Filosofía a la Historia; una y otra nacen en un misino parlo” (18). Para fines didascálicos, Filosofía e Historia se distinguen según resalten el concepto o sistema o el juicio individual o relato.

¹⁶ BRUNSCHVICG: *L'Expérience humaine et la causalité physique*, 1949, 574 ss.

¹⁷ BRUNSCHVICG: *La mudalité du jugement*, 1897, 4, 5.

¹⁸ CROCE : *Lógica como Ciencia del concepto puro* (Gil Fayoaga; 1933, 194 ss., 206 ss., 225 ss. Vid. también: *Cultura e vita morale. Iniermezzi polemici*, 2ª. ed. 1926, 62 ss.293 ss.

B) DOCTRINAS QUE CONCIBEN LA FILOSOFÍA COMO UN CONOCIMIENTO AUTÓNOMO.

a) La Filosofía como Metafísica.

Una prestigiosa corriente de opinión, cuya genealogía se remonta hasta la más venerable antigüedad, ha querido ver en la Filosofía una dimensión del saber con personalidad propia. Son ciertamente numerosos los pensadores que apadrinan este criterio, especialmente los de tendencia conservadora⁽¹⁹⁾, quienes a la vista de la atomización que impone la Ciencia, ven en la Metafísica la garantía de la unidad del saber y la base de toda concepción cosmológica⁽²⁰⁾. Centro de irradiación de la Filosofía lo ha sido la Metafísica siempre⁽²¹⁾, por más que hoy sea también desahuciada por muchos y hecha sinónimo, de lucubración bizantina⁽²²⁾.

No obstante, parece acontecer a la Metafísica lo que a los dragones en las leyendas, cuyas cabezas se reproducían más aprisa de lo que era dado derribarlas. Cuanto mayores son los ataques y más decisivos los argumentos blandidos contra ella, más acrisolada y vigorosa retoña. Así, actualmente, vuelve a pasar di' la defensiva al contraataque. ¡Y buenos paladines la sirven!

Uno es Martin Heidegger. “Filosofar —dice— significa preguntar ¿por qué es en general el ente

¹⁹ MERCIER : *Curso de Filosofía. Lógica, I* (Gallach Palés), 1942. 9 ss. esp. 19 ss. MARITAIN: *Introducción a la Filosofía*, 4ª. ed. (Sesma), 1945, 81 ss. HESSEN: *Teoría del conocimiento*, 5ª. ed. 1948, 11 ss. RAEY-MAEKER: *Introduction a la Philosophie*, 1944, 8 ss.

²⁰ MARITAIN : *Los grados del saber* (Frossard-Sesma-íragui), I, 1947.19 ss., 319 ss. MARITAIN: *Ciencia y Sabiduría* (Derisi-Melo), 1945. 64 ss. RAEYMAEKER: *Filosofía del ser. Ensayo de síntesis metafísica* (Moulon-García Yebra), 1956. 9 ss.

²¹ En el Prólogo de su *Crítica de la razón pura*, ya decía Kant: “Es inútil aparentar **indiferencia** por ciertas investigaciones cuyo objeto nunca podrá mirar así la naturaleza humana. Esos pretendidos indiferencistas que tanto cuidan de disfrazarse mudando el lenguaje escolástico por el popular, desde el momento en que discurren sobre algo, tropiezan asimismo, inevitablemente., con afirmaciones metafísicas, no obstante el desprecio con que aparentan mirarla. Pero esta indiferencia que se abre paso por el terreno de todas las Ciencias y que también alcanza a la que, si fuera posible que el hombre poseyera, sería de la que con más dificultad habría de desprenderse, es un fenómeno que merece mucha atención y un detenido examen...” (Cito según la traducción de Fernández Núñez, en el volumen de “Clásicos inolvidables” que reúne la *Crítica* cit. y los *Prolegómenos a toda. Metafísica futura* (J. López), 1950).

²² Aparte de las obras antimetafísicas de los autores neopositivistas cit. vid. sobre el tema: HALL: *Methaphysics*, en “*Twentieth Century Philosophy*, 1947, 145 ss. Vid. también en el núm. VI de “*Dialéctica*” (15-V-1948) una interesante discusión sobre el tema: *Metafísica y Dialéctica*, págs. 143 ss. Y en la misma Revista (núm. XI, 15-IX-1949, PERELMAN: *Philosophies premieres et philnsophic régressiva* (pág. 175 ss.; y GUGGENHEIMER: *Methnphysik als Experimentalwissenschaft*. 207 ss.

y no más bien la nada? Preguntar realmente significa, pues, atreverse a agotar y a traspasar interrogativamente lo inagotable de esa pregunta, mediante el acto que pone en descubierto lo que ella exige preguntar. Donde tal cosa acontece, está la Filosofía” (23). Claro que la Metafísica de Heidegger se reviste de un contenido singular, en todo muy otro del que la tradición solía asignarle; pero no por eso tiene menos -derecho a tal denominación: ¡También Proteo se presentaba en muy distintas formas también la substancia múltiples accidentes asume!

Otro es Karl Jaspers. También para él la Filosofía es Metafísica. “... Empezó con esta pregunta: ¿qué existe?... ¿Qué es el ser propiamente tal, es decir, el ser que lo contiene todo, que está <ju la base de todo, del cual brota todo lo que existe?” (24). Contestar a esto, es tomar contacto con lo Circunvalante, esa “idea indispensable, que funda el sentido del pensamiento filosófico” (25). Pero ¿qué es lo Circunvalante? Jaspers lo indica por ticamente, con su luminosa expresión habitual. Al pensar separamos sujeto y objeto, nos proyectamos hacia objetos “que nos hacen frente interior o exteriormente como contenidos de nuestra conciencia” (26). No hay, así, objeto sin sujeto, ni viceversa. Lo cual quiere decir que el ser no puede estribar ni en lo uno ni en lo otro, sino en lo Circunvalante, que se revela en esta separación. Si la abolimos, aparece, aunque nunca como objeto; si la mantenemos, se nos queda detrás como “telón de fondo”. “Filosofar sobre lo Circunvalante significaría penetrar en el ser mismo. Esto sólo puede tener lugar indirectamente. Pues mientras hablamos, pensamos en objetos. Necesitamos alcanzar por medio del pensamiento objetivo los indicios reveladores de ese algo no objetivo que es lo Circunvalante” (27). A él llegamos mediante la Metafísica y comprendemos ésta como una escritura cifrada (28).

En Jaspers salta a la vista, por lo ya expuesto, que la Filosofía se distingue netamente de la Ciencia como forma de conocimiento: sus métodos y sus miras divergen por completo (29). Pero también Heidegger participa del mismo pensamiento y se cuida de puntualizar que la Filosofía ni es ni puede ser Ciencia. Ni es ni puede ser Ciencia, porque su cuestionar es *histórico*. “Para entender nuestra afirmación de que el preguntar “metafísico” de la pregunta-previa sea en absoluto histórico, se debe considerar, ante todo, que la historia no significa para nosotros lo mismo que pasado, pues éste justamente ya no acontece. Pero la historia tampoco es ni mucho menos, lo meramente actual: éste jamás acontece, sino que siempre “pasa”, entra y sigue de largo. La historia, entendida como acontecer, es el íntimo obrar y padecer que lo pretérito asume, determinado por el futuro y a través del *presente*”. (30).

²³ HEIDEGGER: *Introducción a la Metafísica* (Estiú), 1956, 44.

²⁴ JASPERS: *La Filosofía* (Gaos, 1953, 24).

²⁵ *Pp. et loc cit.*

²⁶ *Id. 25.*

²⁷ *Id. 27.*

²⁸ *Id. 29 ss.*

²⁹ JASPERS: *Op. cit. 7 ss.*

³⁰ HEIDEGGER: *Op. cit. 79.*

b) La Filosofía como intuitiva comprensión de la vida y de la conciencia.

A comienzos del presente siglo se produjo en nuestro continente uno de los virajes más significativos que ha tenido lugar en la Historia del pensamiento filosófico. Hasta entonces, la Filosofía había estado inspirada por la íntima persuasión de que sólo la inteligencia estaba llamada a dar respuesta a los grandes problemas por los que el hombre se sentía abrumado. Algún que otro brote (³¹) irracionalista suelto, no había logrado desvanecer la impresión general de que la Filosofía significaba una tentativa de la razón para dar cuenta del universo. Así andaban las cosas, cuando toma la palabra Bergson. El lanza por primera vez una protesta coherente contra el empeño de ver en la inteligencia un concesionario exclusivo de la potencia cognoscitiva del hombre. Para adentrarse en el mundo material, con sus propiedades espaciales y estáticas, sus puntos homogéneos y la reversibilidad esencial de sus fenómenos, la inteligencia se presenta como un instrumento adecuado que realiza satisfactoriamente los fines prácticos a cuya consecución se endereza. Pero para comprender en su intimidad la **duración** y la **vida**, la inteligencia es absolutamente inservible. Porque en la vida y en la duración hay algo que se queda inasible para los procedimientos intelectuales. La inteligencia, en efecto, analiza y recompone elementos, calcula, desciende a las entrañas de las cosas. Pero siempre, sea dividiendo o reconstruyendo, se apoya en conceptos inertes, que, aunque son eficaces para gobernar la actividad práctica, donde se quieren orientaciones precisas, no pueden contener lo que por esencia es fluyente y dinámico, heterogéneo e irreversible. Cuando la Ciencia describe intelectualmente la duración o la vida, la secciona en estratos arbitrarios e inmóviles y trata después de reproducir el movimiento en forma cinematográfica. Ahora que ningún devenir es eso. Y, en cambio, toda la realidad consiste en un devenir. La inteligencia resulta, así, incapaz de comprenderlo desde sus esquemas sin brío: su empeño es el de un niño que echa las manos a las estrellas.

Por fortuna, hay algo más que la inteligencia en el hombre: Existe una intuición. La **intuición** sí que es capaz de percatarse del durar, porque lo coge dentro de sí; porque lo vive. La intuición no necesita de conceptos; penetra sola, por simpatía, en lo real; lo abarca de un golpe y lo comprende por entero. Por imperio de las necesidades prácticas que continuamente nos acechan, el hombre se ha habituado a hacer uso constante de la inteligencia y ha concedido muy escaso cuidado a la intuición. Tal es el motivo por el que ahora esta grandiosa potencia cognoscitiva sólo nos ofrece ocasionales destellos...

Las Ciencias particulares están en condiciones de suministrarnos una imagen exacta de la materia espacial, e. incluso, superficialmente, está a su alcance el brindar una explicación, formularia de los fenómenos psíquicos. Pero para profundizar en el seno de lo real, en donde el devenir reina sobre todo, sólo la intuición es apta y valiosa. Descansando sobre ella, ¡exclusivamente sobre ella! la Filosofía puede tener acceso a ese misterioso mundo de impetuosos despliegues que está cerrado con siete sellos a la investigación científica. El sesgo práctico de la inteligencia hace a ésta inidónea para explorar los dominios de la Filosofía. Nos queda sólo la intuición como único recurso para no atravesar a ciegas el permanente flujo de la

³¹ Vid. BOCHENSKI: *La Filosofía actual*, cit. 24 s. SCIACCA: *La Filosofía hoy*, cit. 15 .ss.

vida ⁽³²⁾.

c) *La Filosofía, síntesis universal.*

Dos geniales filósofos de nuestro tiempo, acaso los más grandes de una época que los ha producido como pocas, sostienen de consuno, desde puntos de vista muy distintos, una doctrina que es, en el fondo, coincidente. Son: Husserl y Whitehead.

El primero hace de la Filosofía una Ciencia de Ciencias, en el más amplio sentido posible. Al querer aplicar un método *fenomenológico*; es decir, al querer verse directamente con lo dado en la conciencia, para describir después su consistencia esencial, no le es necesario a Husserl echar mano a la *inducción* ni a la *deducción*, que no vienen a cuento para decir simplemente cómo se presenta un objeto. La Filosofía puede, entonces, operar sin supuestos previos —lo que no podría jamás ocurrir si tuviera que valerse del método inductivo o del deductivo—: pero resulta, en cambio, ella misma el supuesto previo en que descansan todas las demás Ciencias. Todas las demás Ciencias, porque la Filosofía fenomenológica impone el asenso con idéntica fuerza de convicción que otra Ciencia cualquiera ⁽³³⁾.

El segundo, Alfred North Whitehead, extiende aún más la misión y los dominios de la Filosofía, ya que, para él, el cometido de la Filosofía consiste, en general, en la crítica de las abstracciones para armonizarlas entre sí, y lograr, con ello, la “racionalización” de los diversos esquemas abstractos que están bien establecidos en nuestros distintos tipos de experiencia ⁽³⁴⁾. “La Filosofía —para decirlo con sus propias palabras— es una actitud mental en relación con doctrinas que concebimos con ignorancia”. Es... “la única dedicación negada a la omnisciencia”. “El filósofo pregunta por la significación de las ideas y proposiciones primitivas que definen el campo de un saber en términos de la multitud de caracterizaciones que llenan el mundo” ⁽³⁵⁾. “La genuina función de la Filosofía es la crítica constante de las formulaciones parciales” ⁽³⁶⁾. El deber del filósofo consiste en “forjar un sistema de ideas generales coherentes, lógico y necesario, de acuerdo con el cual pueda interpretarse cualquier elemento de nuestra experiencia”. “El estudio de la Filosofía es un viaje hacia las generalidades más vastas. Por esta razón, en la infancia de la Ciencia, cuando el esfuerzo principal se dedicaba al descubrimiento de las -ideas más generales últimamente aplicables al asunto en cuestión, no se hacía una clara distinción

³² BERGSON: *L'evolution. créatrice*, 77 ed., 19'18, esp. 1 ss., 24 ss., 88, ss., 152 ss., 181 ss., 187 ss. *Introducción a la Metafísica y La intuición filosófica* (Alberti), 195G. *Sobre la Filosofía de Bergson*, vid: MARITAIN: *La philosophie bergsonienne*, 2ª. ed. 1930; LE ROY: *Bergson* (Rahola), 1932. MARTÍNS: *Bergson, La intuición como método de la Metafísica*, 1943.

³³ HUSSERL: *Ideas relativas a una fenomenología pura y a una filosofía fenomenológica* (Gaos). 1949, esp. 10 ss., 115 ss., 137 ss., 166 ss., 142 ss., 146 ss.

³⁴ WHITEHEAD: *La Ciencia y el mundo moderno* (Ruia-Rovira). 1949, 32 s.

³⁵ WHITEHEAD: *Modos de pensamiento* (Xirau), 1944, 95 s.

³⁶ WHITEHEAD: *La Ciencia y el mundo moderno*, cit. 173.

entre la Filosofía y la Ciencia. Hasta hoy una Ciencia nueva con cualquier novedad sustancial en sus nociones, se considera de algún modo peculiarmente filosófica”. “Una de las aspiraciones de la Filosofía es poner a prueba las semiverdades que constituyen los principios científicos primeros” (37).

d) La Filosofía, investigación ontológica de problemas no del todo solubles.

Es la posición en que se coloca Nicolai Hartmann. A su juicio, “las cuestiones metafísicas fundamentales de todos los dominios de la investigación en que trabaja el pensar filosófico son de naturaleza ontológica” y “no se echan del mundo con ignorarlas críticamente o esquivarlas con toda aplicación”. Resultan como consecuencia de la “eterna enigmaticidad del mundo” y “tienen sus raíces en la constitución de éste” (38). La antigua metafísica contaba con algunos de estos problemas, aunque sin adecuada forma de afrontarlos; pero dejaba los más desparramados por todos los dominios parciales de la Filosofía como una especie de residuo con el que no podían acabar los métodos propios de esos dominios. La antigua metafísica “era una disciplina deslindada por su contenido; Dios, el alma, la totalidad del mundo eran sus objetos. Desde la antigüedad hasta Kant mantuvo su concepto. Pero esta metafísica fue la que tuvo que ceder a la crítica del conocimiento. En ninguno de los siglos de su florecimiento pisó jamás terreno seguro; nunca pudo probar los supuestos que estaba forzada a hacer; nunca, poner en armonía sus consecuencias con los resultados de la investigación en las ramas empíricas del saber. Celebraba sus triunfos en el espacio sin aire de la especulación, siendo el verdadero campo de los grandes edificios sistemáticos, todos los cuales se derrumbaron tan pronto como la crítica tocó no más que ligeramente en sus fundamentos” (39). Abolida esta metafísica, no por eso ha caducado también su problemática. Muy al contrario; más bien se han iluminado los problemas efectivos e inevitables. -'Pero ya no yacen en el más allá del mundo, ni tampoco más allá de toda experiencia y dato, sino en la próxima cercanía, tangibles, en mitad de la vida”. Están en todas partes, pues “en todos los dominios está lo cognoscible dentro del marco de lo incognoscible. Y porque las conexiones del ser no se detienen en los límites del conocimiento, sino que los traspasan por todas partes, aparecen en el fondo de todos los dominios las cuestiones residuales, no resueltas e insolubles y toda investigación tropieza sin querer en algún punto con ellas, cualquiera que sea la dirección en que marche por obra de su contenido” (40). De todas suertes, los márgenes de ineognoscibilidad no implican una total irracionalidad; si no nada tendría que hacer la Filosofía. “Pero algo de todo punto incognoscible no lo hay en la región de los problemas formidables. Lo prueba la existencia misma fin los problemas. En la formulación del problema en cuanto tal hay siempre conocido ya algo de la cosa a que se refiere el problema. En otro caso, sería imposible simplemente distinguir un problema de oíros. Lo que comprendemos

³⁷ WHITEHEAD: *Proceso y Realidad* (Rovira) 1956, 17, 26.

³⁸ HARTMANN: *Ontología. I. Fundamentos* (Gaos) 1954, 2.

³⁹ *Id. Op. cit.* 30.

⁴⁰ *Id.* 31.

que es irracional, es, pues, siempre y sólo parcialmente irracional” (41). Lo incognoscible y lo cognoscible andan entremezclados. Por eso, los problemas meta físicos no son totalmente solubles, aunque sí cabe, tratándolos con métodos adecuados, estrechar más cada vez los residuos incognoscibles y hacerlos relativamente asideros. Pero, ¿cuál es el lado cognoscible de los problemas filosóficos y cuál el incognoscible? “La trama ontológica de las cuestiones metafísicas fundamentales en todos los dominios de la investigación, se ha revelado como el lado manejable e investigable de ellas” (42). El incognoscible es el peculiarmente metafísico.

e) La negación del conocimiento filosófico.

El escepticismo es un fenómeno constante en la Filosofía. Se ha presentado desde la más remota antigüedad y realmente nunca se ha ocultado del todo tras el horizonte. Hoy, sin embargo, se ha revestido de una forma mucho más refinada y original, al amparo de algunas consideraciones lógicas. Ha esgrimido contra la Filosofía los más poderosos medios técnicos de que ésta dispone. Y es Wittgenstein, un discípulo de Russell, el que lo acaudilla. Como sabemos. Russell, enseña que todos los auténticos problemas filosóficos son meros problemas lógicos. Wittgenstein hace suya tal afirmación, pero extrae de ella muy otras consecuencias. Si todas las cuestiones filosóficas son lógicas —dice— todas tienen que venir a parar en problemas de significado proposicional y, por tanto, hacen preciso el análisis sintáctico como instrumento. Esto nos fuerza a hablar del lenguaje, lo que en último término, acaba en el contrasentido de un descenso infinito. Las cuestiones filosóficas constituyen insolubles pseudoproblemas, por lo que lo sensato es desentenderse de ellas por completo (43). Dejemos a las Ciencias de la naturaleza el cuidado de investigar la realidad; pero enmudezca la Filosofía, que nada puede añadir a las revelaciones de aquéllas. La Lógica es rigurosamente impredicativa, tautológica, no notifica nada, aunque tiene, al menos, una función de control metódico. Pero la Filosofía, por donde no sea Lógica y por donde no choque con las Ciencias particulares, no tiene nada que decir. A lo sumo, es una actitud y una creencia (44).

⁴¹ *Id. Loc. cit.*

⁴² *HARTMANN: Op. cit. 33.*

⁴³ *WITTGENSTEIN: Tractatus Logico-philosophicus (Colombo) 1954. He aquí alguna de sus capitales afirmaciones: (4.003) “Die meisten Sätze und Fragen, welche Über philosophische Dinge geschrieben worden sind, sind nicht falsch, sondern unsinnig. Wir können daher Fragen dieser Art überhaupt nicht beantworten, sondern nur ihre Unsinnigkeit feststellen. Die meisten Fragen und Sätze der Philosophen beruhen darauf, dass wir unsere Sprachlogik nicht verstehen. (Sie sind von der Art der Frage, ob das Gute mehr oder weniger identisch sei als das Schöne). Und es ist nicht verwunderlich, dass die tiefsten Probleme eigentlich keine Probleme sind. Alle Philosophie ist “Sprachkritik”. (Allerdings nicht in Sinne Mauthners) Russell's Verdienst ist es, gezeigt zu haben dass die scheinbar logische Form des Satzes nicht seine Wirkliche sein muss. (Págs. 188 ss.)- De la obra clave de Wittgenstein ha hecho recientemente una traducción castellana Tierno Galván.*

⁴⁴ *He aquí los últimos pasajes de la famosa obra de Wittgenstein: (6.51) “Skeptizismus ist nicht uirwiderleglich, sondern offenbar unsinnig, wenn er bezweifeln will, wo nicht gefragt werden*

2. El acceso a la Filosofía.

Desplegadas a nuestra consideración las principales posiciones que los filósofos de nuestro tiempo han adoptado respecto al concepto de Filosofía, parece llegarlo el momento de abandonar nuestra expectante neutralidad y tomar partido en la controversia. Antes, sin embargo, conviene hacer algunas aclaraciones que centren el problema en sus justos límites.

A la vista de la disparidad de opiniones y de la seguridad dogmática con que casi todas se desenvuelven, bien podría ocurrir que inadvertidamente fuera germinando en nosotros la convicción de que no exista otra regla para deslindar los dominios de la Filosofía que la denominación convencional y arbitraria. Cada filósofo, en ejercicio de idéntica libertad, podría otorgar a la palabra “Filosofía” el significado que le pareciera más a propósito. Y cada uno haría después, por su cuenta, “eso” a lo que él llama Filosofía.

En efecto; si con el término “Filosofía” designáramos una cosa perfectamente circunscrita, nueva, independiente de las demás, entonces estaríamos plenamente legitimados para proceder con una arbitrariedad absoluta. Nuestra denominación no tendría que sujetarse a ninguna regla, como tampoco tiene que observarse ninguna al bautizar a un niño. Pero la palabra “Filosofía” se refiere a una realidad que tropieza con otras, que hay que separar con nitidez de otras *que ya están dadas*, si bien sus recíprocas fronteras no se acusan claras e inmediatas, sino borrosas y evasivas. Pronunciarse sobre lo que constituya la esencia de la Filosofía no es pues, un acto de mera denominación inerrante⁽⁴⁵⁾, sino una compleja demarcación territorial entre países rivales, sometida a ciertas *leyes de congruencia* y al juego de los *derechos adquiridos*. Hay así evidentes requerimientos de objetividad en el acto de definir qué deba entenderse por “Filosofía”.

Más aún. Imaginemos, para precisar mejor el argumento, que las diversas nociones de Filosofía que exhiben los autores acolan áreas semánticas diferentes, y tratemos de averiguar qué relaciones pueden guardar entre sí dichas áreas. Como es fácil advertir, son concebibles varias hipótesis. Cabe que las áreas semánticas no tengan ni un solo punto de contacto; que los tengan

kann. Den Zweifel kann nur bestehen. wo eine Frage besthet: éine Frage nur. wo eine Antwort besteht, und dieses nur, wo etwas gesagt werden kann (6.52). Wir fühlen, dass selbst, wenn, alie möglichen wissenschaftliohen Fragen bleibt dann eben keine Frage mehr und eben dies ist die Antwort (6.521) Die Lösung des Problems des Lebens merkt. man aus Verschwinden dieses Problems. (Ist nicht dies der Grund, warum Menschen. denen der Sinn des Lebens nach langen Zwiefeln klar wurde. warum diese dann nicht sagen konnten, worin dieser Sinn bestand). (6.322) Es gibl allerdings Unaussprechliches. Dies zeigt sich, es ist das Mystiche (6.53). Die richtige Methode der Philosophie wäre eigéütlich die: Nichts zu sagen. als was sich sagen Lässt, also Sätze der Naturwissenschaft —also eiwas, was mit Philosophie nichls zu tun hat—. und dann immer wenn ein aderer etwas Metaphysisches sagen wollte. ihm nachizuweisen, dass er gewissen Zeichen in seinen Sätzen keine Bedeutung gegeben hat. Diese Methode wäre für den anderen unbefriedigend —er hätte nicht das Gefühl, dass wir ihn Philosophie lehrten— aber sie wäre die einzig streng richtige. (6.54) Meine Sätze erläutern dadurch. dass sie der, welchent mich versteht am Ende als unsinning erkennt. wenn er durch sie —auf ihnen— über sie hinausgestiegen ist.) Er muss diese Sätze überwinden, dann sieht er die Welt richfig: (7) Wovon man nicht, sprechen kann, darüber muss man schrweigen”. (Op. cit. 282 ss).

⁴⁵ Sobre este punto, LOIS: *Estudios*, cit. 74 ss.

unas y otras no, o que los tengan todas. En la primera suposición no sería posible hablar con sentido de una Filosofía. Sin nada común entre las distintas doctrinas, no habría modo de hacerlas ingresar sin violencia bajo una rúbrica unitaria. Ni siquiera quedaría el recurso de decir con Dilthey que “a falta de un nexo interno entre los múltiples sistemas, sólo sería lícito hablar de Filosofías” (46) pues, ¿cómo legitimar una designación serial para cosas radicalmente heterogéneas? En la segunda hipótesis, cuando la concordancia existe únicamente en algunos sistemas particulares, se replantea la cuestión anterior respecto a aquellos entre los que no ha lugar a concomitancia. Por tanto, es evidente que sólo la tercera suposición permite referirse con sentido a un conocimiento filosófico. Ahora bien, si a pesar de las discrepantes caracterizaciones asignadas a la Filosofía ha de subsistir un fondo común para que sea ésta susceptible de comprensión e Historia, es patente que dicho fondo común habrá que buscarlo, si no en el objeto, en el método o en el significado objetivo que a la obra filosófica haya de darse. Entonces, *no importará tanto lo que cada autor anuncie que va a hacer como Filosofía, cuanto lo que realmente esté llevando a cabo al modo filosófico*. Cada reducción del panorama filosófico no tendrá más efecto, en este último caso, que el de conferir carácter general a una producción que para los demás valdrá como monografía. Y, por su parte, cualquier amplificación de ese mismo panorama filosófico habrá de ser también intrascendente, pues es obvio que más allá de los lindes de la Filosofía tendrá que resultar imposible el filosofar.

Los razonamientos precedentes parece que empujan a buscar la esencia de la Filosofía por los caminos de la Historia, ya que únicamente así cabe en lo posible llegar a conocer el significado objetivo de cada tendencia filosófica. De confirmarse esta presunción habríamos adelantado mucho hacia el logro de nuestro propósito final, porque esta línea de investigación ha sido apurada hasta su término con la sagacidad y competencia de un Dilthey (47). Pero, antes de nada, procede preguntar: ¿puede servir una indagación histórico-comparativa para desentrañar esencialmente un concepto? Dilthey creía que sí lo que no es extraño desde su historicismo; lo sorprendente está en que otros filósofos, que no comparten su punto de vista, le hayan seguido en esta creencia (48). Ahora bien, ¿podemos definir en verdad la Filosofía con sólo atender al ser histórico de los diferentes sistemas filosóficos? No es posible, por desgracia, sin incurrir en petición de principio: *La selección del material filosófico precisa ya haber elaborado un concepto de la Filosofía*. La dificultad se ofrece con tan declarada patencia que los propios instigadores del método se han visto en la necesidad de dar una fórmula para sortearla. Y han dado, en efecto, una fórmula; pero tan pobre que salta a la vista su carácter de componenda para salir del paso. He aquí cómo razonan Dilthey y sus epígonos: “Podrá discutirse —dicen— si ciertos productos del pensamiento constituyen auténticamente ”Filosofía”; pero lo que no cabe dudar es que ciertos sistemas que han hecho su aparición en la Historia respondan a lo que se tiene por Filosofía”. Platón y Aristóteles, Descartes y Leibniz, Kant y Hegel proporcionan en sus obras modos de pensamiento a que hay que atribuir carácter filosófico. Pues bien, en todos estos sistemas, cuando menos, caite encontrar los rasgos comunes que permitan inducir el concepto esencial de Filosofía.

⁴⁶ DILTHEY: *La esencia de la Filosofía* (Elsa Taberning; . 1944, 80.

⁴⁷ *Toda la primera parte de la op. cit. de Dilthey se ocupa en efectuar esta indagación histórica (págs. 89-131), llevada a cabo en forma magistral.*

⁴⁸ HESSEN: *Teoría del conocimiento*, cit. 11 ss. Entre nosotros: GALÁN: *Concepto y misión de la Filosofía jurídica*, 1944, 37 ss.

Así se despachan los partidarios de la determinación historicista de lo que pueda ser la Filosofía. La falacia, empero, que cometen sus alegatos es manifiesta. Cristaliza y se refleja cegadora, sólo con inquirir: ¿Es Filosofía *todo lo que está contenido en las obras* de esos genios del saber humano? Si la respuesta que recaiga afirma, entonces urge de nuevo preguntar: ¿Por dónde se sabe que *todo eso* es Filosofía? Si se contesta negativamente y se admite que *no todo* lo que aquellos autores han producido tiene carácter filosófico, en ese caso se ve uno forzado a demandar aún: ¿Y cómo aislar en el conjunto de una producción mixta aquello que es genuinamente filosófico de lo que no lo es? La contestación a todas estas preguntas exige siempre saber de antemano lo que se entiende por Filosofía. La fijación histórica del concepto es, pues, imposible. ¿Cómo hacer, entonces, para llegar a determinarlo válidamente? ¿O no será, más bien, la Filosofía, una noción esencialmente variable y, como tal, insusceptible de acotación definitiva? Examinemos, primero, este supuesto.

A primera vista, es menester confesar que la objeción parece fundada. La Filosofía, que se extendió en un principio a todo el campo de lo cognoscible, se ha ido reduciendo cada vez a medida que se individualizaban las Ciencias particulares. ¿No es, pues, de esperar que con el tiempo ese movimiento segregador prosiga? ¿Cómo adelantarse a conjeturar lo que va a ir perdiendo y lo que conservará la Filosofía?

Tales interrogantes no son nuevos. Hace algo más de cien años. Jouffroy se los proponía bellamente y no dudaba de extraer esa misma consecuencia relativista.

”En época primitiva la Filosofía abrazaba en su vasto seno todas las Ciencias posibles. Su objeto era entonces el objeto total del conocimiento humano⁽⁴⁹⁾... Pero “a medida que las Ciencias particulares se han ido formando y multiplicando, ciertos objetos que formaban parte primeramente del objeto total de la Ciencia primitiva, han sido cercenados, lo que ha disminuido progresivamente el objeto de esta Ciencia primitiva; y, como ellos no han podido ser cercenados y sacados sino a condición de ser mejor conocidos, se concluye que aquellos que han continuado formando parte del núcleo primitivo, han continuado también indiscriminados y oscuros; de suerte que en todas las épocas la Filosofía ha tenido por objeto la porción que subsiste obscura e indiscriminada dentro del objeto total del conocimiento humano, y las Ciencias particulares, en cambio, la porción esclarecida ya por los esfuerzos de la inteligencia humana. Esto es lo que explica la variabilidad del objeto de la Filosofía: ha variado y debe variar como el conocimiento mismo, en el cual cada progreso tiene por efecto necesario reducir su estudio”⁽⁵⁰⁾. ¿Qué es la Filosofía? Es la Ciencia de aquello que no ha logrado aún devenir el objeto de alguna otra Ciencia; es la Ciencia de todas aquellas cosas de las cuales la inteligencia no ha podido descubrir todavía los medios para llegar a su completo conocimiento; es lo que queda de la Ciencia primitiva total; la Ciencia de lo oscuro, de lo indeterminado, de lo desconocido; puesto que comprende objetos a los cuales esos diversos epítetos convienen, según se los entrevea de una manera más o menos vaga o que no se los percibe todavía. ¿En qué consiste entonces la unidad de la Filosofía? Es una unidad de desagregamiento y de situación y no una unidad real. Entre los objetos de la Filosofía hay de común que todos son oscuros y desconocidos. Pero pueden ser de naturalezas extremadamente diversas, y exigir, al ser conocidos, que se consagren a su estudio una multitud de Ciencias perfectamente distintas y completamente independientes”⁽⁵¹⁾.

¿Debemos pensar, en efecto, de la Filosofía todo esto que Jouffroy dice de ella? Veamos antes, aplicando el principio de representabilidad, a qué consecuencias conduciría la tesis del filósofo francés, de ser exacta. Evidentemente, al andar del tiempo irían surgiendo nuevas y nuevas Ciencias, y a la Filosofía le ocurriría una de estas dos cosas: O se disolvería por completo en Ciencias particulares, para conocer entonces su definitiva extinción, o le quedaría para siempre,

⁴⁹ JOUFFROY: *Sobre la organización de Las Ciencias filosóficas*, (Virasoro). 1952, 155.

⁵⁰ *Op. cit.* 156.

⁵¹ *Op. cit.* 157-158.

como patrimonio inalienable, el montón de problemas insolubles de que se habrían desinteresado las demás Ciencias. En último término, ambas hipótesis implicarían lo mismo: la aniquilación de la Filosofía.

¿Hemos de esperar que el curso del tiempo traiga fatalmente ese resultado? ¿Son convincentes los razonamientos de Jouffroy? Realmente, no. No; porque sus argumentos están articulados de tal forma que han dejado deslizarse inadvertida en las premisas la tesis que se trataba de probar. En efecto. Jouffroy sostiene que la Filosofía es Ciencia de lo oscuro, de lo indeterminado; de aquello que no ha logrado aún devenir el objeto de alguna otra Ciencia. Y esto lo deduce del simple hecho de haberse desgajado muchas ramas del árbol de la Filosofía. Pero tal hecho tiene otra explicación mucho más sencilla: La Filosofía perdió lo que era natural que perdiese, puesto que no era suyo; fue rechazada, y será rechazada, hasta sus justas fronteras. Rabia invadido esferas de competencia ajenas y, al decidirse el conflicto, tenía que situársela por fuerza en los estrictos límites de su jurisdicción. Una vez en ellos no es de temer que ninguna Ciencia venga a disputárselos. Pero —seguimos preguntando aún, y con mayor apremio—, ¿cuáles son esos límites tan solicitados y tan desconocidos?

Podría parecer, juzgando superficialmente, que todas las disquisiciones anteriores no han hecho más que desviarnos de nuestro objetivo primordial y que estamos ahora más que nunca lejos del sendero recóndito que permite el acceso a la Filosofía. ¡Gran error! ¡Es justo ahora cuando tenemos ante nosotros el ensalmo maravilloso que nos proporciona el método eficaz para poner entre murallas a la Filosofía!

Acabamos de ver, en efecto, que si la Filosofía es un conocimiento dotado de substantividad no se desvanecerá por entero aunque se constituyan, una tras otra, cuantas Ciencias particulares sean posibles. Siempre quedará un “último reducto” inexpugnable del que no será desalojada nunca la Filosofía. ¡Pues he ahí ya el procedimiento para obtener, debidamente deslindada, esa noción que tan afanosamente estamos buscando! Consiste en representarse, adelantándose al tiempo, qué porciones del haber común se adjudicará cada nueva Ciencia y qué bienes privativos conservará necesariamente la Filosofía. Para saber esto, resulta indispensable averiguar qué es lo que pueden reivindicar a la Filosofía las Ciencias y otros productos del espíritu ⁽⁵²⁾.

3. Lo que no es la Filosofía.

Antes de enfrascarnos de lleno en la discriminación de los caracteres distintivos que otras actividades espirituales del hombre presentan frente a la Filosofía, conviene, para preservar la neutralidad que nos hemos propuesto guardar desde el principio, ir evitando ciertas actitudes intransigentes que apuntan en la doctrina con harta frecuencia.

Según hubo ocasión de comprobar, se intenta muchas veces definir la Filosofía con fórmulas notoriamente “tendenciosas”; es decir, con fórmulas que responden a prejuicios de Escuela. Hay

⁵² Respecto a la naturaleza y aplicación concreta del **principio de representabilidad**, vid. LOIS: **Sobre la esencia de la posesión corneo concepto jurídico**, en ADC, VI, 2. °, 441 ¿s. y e-sp. 449 ss. Un camino similar para la identificación —en este caso inacabada— de la Filosofía lo ha seguido ASTER: **Historia de la Filosofía** (Huidobro- Tech de Huidobro). 2ª. ed. reimpressa, 1956, 11 ss.

filósofos, en efecto, que, creyéndose en posesión exclusiva de la verdad absoluta, encadenan el concepto de Filosofía a su peculiar manera de filosofar y, encastillados en sus teorías, se resisten a hacer sitio a ninguna otra. Tal “hermetismo” es, en sí, muy poco filosófico. Si alguna enseñanza contiene la Historia de la Filosofía, ésta estriba en prevenir todo dogmatismo. Vislumbres de la verdad se han dado a todos; el monopolio, a nadie. En el concepto de Filosofía deben caber todas las “filosofías”, no una sola. Todas aquellas definiciones que están como celosas de la posesión de un secreto, tienen que ser, por eso mismo, rechazadas. Una teoría filosófica no pierde este carácter por el hecho de que resulte falsa, igual que la Física newtoniana conserva su condición de Física a despecho de la superación que ha -experimentando en nuestro siglo. Ni aún por ser verdadera podría una Filosofía negar a otras su condición de tales, cuanto menos por una mera pretensión de verdad. Si una Filosofía determinada impone, por ley de coherencia interna, la exclusión de todas las restantes, tanto peor para ella: muy pocas esperanzas si le pueden dar. La definición de la Filosofía tiene que ser tan ancha como para abrazar universalmente a todas las “filosofías”, las pasadas y las futuras también, si es posible. No de otra manera el concepto de “hombre” debe ser aplicable a todos los individuos que lo ejemplifican.

Los productos psíquicos que importa distinguir de la Filosofía son: la Religión, la Literatura y la Ciencia. Procede, pues, rehacer las fronteras que separan cada uno de estos campos de la Filosofía.

A) Filosofía y Religión.

¿Qué es Religión? Si para resolver el problema que estamos ventilando tuviéramos antes absoluta necesidad de emitir una respuesta concreta, entonces fácilmente nos veríamos obligados a renunciar a un concepto preciso de la Filosofía. La experiencia religiosa es tan multiforme, tan dispar, a veces tan contradictoria que resulta punto menos que imposible reconducir hechos tan opuestos a una sola noción unitaria. En materia de religiones es muy poco lo que se puede predicar con alcance general. Las religiones suelen establecerse sobre la base de una creencia en la Divinidad o en seres superiores; no obstante, también se ha dado el caso de alguna religión, como el budismo, en donde tal creencia no desempeña papel alguno: el primitivo budismo prescindía por completo del problema de Dios —Ruda mismo era agnóstico, si no ateo—, el budismo más puro y culto de la actualidad hace franca profesión de ateísmo⁽⁵³⁾. Las religiones suelen también organizarse socialmente: pero existe, con todo, algún tipo de religión marcadamente individualista⁽⁵⁴⁾. Hay, asimismo, por lo general en las religiones un conjunto

⁵³ *Sobre las doctrinas budistas en su aspecto filosófico es interesantísimo el estudio de JUNJURO TAKAKUSO: El budismo como Filosofía de “asidad”, incluido en el vul. “Filosofía del Oriente” (Hernández-Portilla). 1950, 123 ss y en espeditid 124 ss. La religión budista ha sido estudiada entre nosotros con amplitud por NEGUÉ: Budismo. Enigmas de un Nirvana misterioso. 19-46; sobre su ateísmo o agnosticismo, páginas 77 ss. Una síntesis de la doctrina religiosa budista la de Ballini en la Historia de las Religiones dirigida por Tacchi Venturi, I. 1947. 547. ss.*

⁵⁴ *Tal es el caso de la religión de los yamanas de la Tierra de Fuego, que al parecer denota el estadio más primitivo de la fe religiosa, cuya ausencia de organización social hizo creer a*

de principios dogmáticos de obligada aquiescencia, muy a menudo con pretensiones de “revelación”. Sin embargo, esos dogmas pueden fallar sin que haya que tener, sin más, por desnaturalizado el hecho religioso (⁵⁵). Las religiones aspiran, por lo común, a lograr una adhesión voluntaria y una entrega total y auténtica; pero eso no obsta para que algunas no desdeñen medios violentos de propagación (⁵⁶), ni para que otras no se contenten con una incorporación externa y formularia (⁵⁷). Por si esto fuera poco, la Religión lleva siempre, como una onda asociada, una peculiar “filosofía”. Es cierto que no faltan autores que niegan la condición de Filosofía a cualquier sistema de pensamiento supeditado a una fe religiosa determinada (⁵⁸), mas ni aun así se llega a dirimir el problema. En fin, es tan complejo el fenómeno religioso que incluso puede haber dudas de si habrá que considerar como religión alguna comunidad doctrinal tan “irreligiosa” como la del partido comunista (⁵⁹).

Sea como quiera, cabe encontrar ciertos extremos que si no exhaustivos, bastan para fundar una diferenciación. Es cardinal en las religiones el implantar una doctrina soterológica salvadora. La Religión *promete* algo al hombre, sea la felicidad en este mundo o en otro, sea la liberación de las reencarnaciones, sea la purificación personal o la iluminación interior. Con la práctica de las normas religiosas se espera conseguir la redención de algún mal que acecha a los hombres. La Filosofía, en cambio, es totalmente desinteresada; nada promete, de nada garantiza, nada precave. Tiende al conocimiento por el solo valor del conocimiento, sin propósito ulterior alguno; alimenta nuestra avidez de saber, pero no con el propósito de apagarla, sino, más bien, con el de estimularla. Al contrario que la Religión, que pretende dar últimas respuestas y que proscribire la duda como pecado. Cuando el fiel suspende el juicio, hasta haber depurado mediante la crítica racional el valor de verdad inherente a la fe religiosa, incurre, según ésta, en pecado; no obstante puede, entonces, nacer una Filosofía. La Filosofía es inquirir sin término; la Religión, réplica definitiva y satisfaciente.

Darwin que había encontrado, al fin, un pueblo sin Dios. Vid, el estudio de Vocassino en la cit. Historia de las Religiones de Tacchi Venturi, I. 82 ss.

⁵⁵ Vid. SCHWEITZER: *El pensamiento de la India* (Ramos). 1952, 190 s.s.. Vid. también los principios de la Escuela Zen del budismo, según los expone DAISSETZ TEITARO SUZUKI en *Filosofía, del Oriente*, cit, 172 ss.

⁵⁶ Es el caso del Islamismo, sobre el que puede consultarse GUIDI: *Historia de la religión islámica*, en la *Hist. de las R.*, de Tacchi Venturi. cit. III. 5 s.s.

⁵⁷ Así parece acontecer en ciertas religiones primitivas. Vid. sobre este punto JENSEN: *Mythes. el cultes chez les peuples primitifs* (.Metzger-Goïfinet) 1954, 214 ss. En el fondo es lo que sucede también en ciertas corrientes religiosas que lo cifran todo en la fe y prescinden del elemento moral, v. g., el protestantismo.

⁵⁸ Vid. HEIDEGGER: *Introducción a la Metafísica*, cit. 44. Sobre la ruidosa polémica suscitada en torno a la posibilidad de una Filosofía cristiana, vid. RUIZ-GIMÉNEZ: *La concepción Institucional del Derecho*. 1944. 205 ss.

⁵⁹ Cfr. GONNARD: *Historia de las doctrinas económicas* (Campo Moreno), 4^a. ed. 1952, 529 ss. Sobre da esencia del fenómeno religioso, además de las breves notas expuestas por Messina en la cit. *Hist. de las Religiones de Tacchi Venturi*. í. 20 ss. cfr. ELIADE: *Traite d'histoire des Religions*. 1953, 15 ss.

Demanda, además, la Religión un *asenso incondicional*, formula requerimientos absolutos. Su ideal sería informar por completo todos los pensamientos, todas las palabras, toda la conducta del individuo. El “homo religiosus” sería, antes que nada, un ser volcado sin reservas en otros, salido de sí, sincero en su ofrenda de arriba abajo. La Religión no admite dualismos entre lo que se cree y lo que se dice; entre lo que se siente y lo que se razona; entre lo que se profesa y lo que se obra. Por su parte, no tiene la Filosofía aspiraciones tan vastas. Ella no concierne, como la Religión, al hombre todo en todos sus actos; sino que sólo tiene requerimientos en algunos. No es posible hacer vida de filósofo, ni se hace nadie filósofo con su vida. La Filosofía es *doctrina*; pero ni siquiera *profesión* de doctrina. La condición de filósofo es hija única del filosofar y de ninguna otra manera se adquiere. No hay filósofo sin “su” Filosofía. Pero en donde quiera que haya una Filosofía propia, habrá también allí un filósofo, por más que desmienta con sus obras su Filosofía. Ciertamente la *autenticidad*; es decir, la identificación total con el propio sistema, en cuanto “creído” y en cuanto “practicado”, confiere dignidad y fuerza de convicción a una Filosofía. Incluso resulta difícil concebir que una Filosofía inauténtica pueda ser verdadera, pues no parece trámite idóneo en la indagación de la verdad el que se inicia sobre una mentira. Mas de todas formas, no es la autenticidad un requisito *sine qua non* de la Filosofía.

B) Filosofía y Literatura.

La Filosofía es Literatura. Esta verdad no puede negarse, porque, pese al “angelismo” de algunos empeños supramísticos⁽⁶⁰⁾, la Filosofía tiene por instrumento la palabra, a la que está ligada de una manera inevitable. Protágoras decía que “la medida de todas las cosas es el hombre”; pero, a tal punto está la palabra instalada en la base de todo conocimiento reflexivo, que hubiera sido mucho más acertado afirmar que es el lenguaje nuestra medida de todas las cosas. Pues resulta inconcuso que tenemos en él la unidad universal de medida en que expresamos todo lo cognoscible. Hay que hacer así, desde luego, la Filosofía con el lenguaje y, por tanto, allí donde la palabra no llegue, allí tendrá que detenerse la Filosofía. Literatura es también, según eso, la Filosofía. Pero la Literatura, como concepto mucho menos comprensivo y subordinado y mucho más simple y genérico, rebasa formalmente a la Filosofía por todas sus fronteras. Puede, pues, la Filosofía ser Literatura, puesto que la Literatura, quedándose en una pura “formalidad”, consiente cualquier contenido y con cualquier contenido se contenta. Pero la Literatura es “el universo del discurso lógico”, y, si bien la Filosofía, mn su contenido peculiar e irrenunciable, tiene en él un sitio, las demás actividades del espíritu que se valgan de la palabra lo tienen también.

La Literatura persigue un solo objeto: su máxima ambición es remontarse hasta la Poesía. Pero esta meta última significa una suprema y definitiva consumación. Una vez lograda, no le resta a la Literatura ningún anhelo adicional: ha dado cima y apagado la totalidad de sus pretensiones. Su ideal es “belleza en la palabra” y se ve ya cifrado y colmado en la Poesía. La Literatura puede tomar divinamente como mote un maravilloso verso de Walt Whilman: “Give me to speak beautiful words, take all the rest”⁽⁶¹⁾. En cambio, la Filosofía que suele dar constantes pretextos

⁶⁰ Así el empeño de la mentada *Experiencia Zen*. Vid. *Filosofía del Oriente*, cit. 166 ss.

⁶¹ La Filosofía, en cambio, reclamaría, más bien “unas pocas palabras verdaderas”, como en el poemita de nuestro Antonio Machado.

para vivir la experiencia inefable de lo poético, 110 puede abandonarse al éxtasis para siempre, sino que ha de sobreponerse a la belleza y seguir su camino, pues ni aun allí le permite descanso el ininterrumpido llamamiento que le tiende de lejos la verdad. El poeta se pierde por la belleza, cuyo encuentro compendia su designio indeleble. El filósofo no se sacia con ninguna belleza; cual otro Ulises, ante quien las gracias de Calipso fracasan, busca allá, en el distante hogar, el verdadero amor que abruma su nostalgia.

Fácil es, pues, en el plano teórico, dejar zanjada la diferencia entre la Literatura y la Filosofía. Pero, en cambio, en el orden práctico, se presenta, al intentar una neta separación, un problema de los más arduos. A veces, la línea que corre entre la Literatura y la Filosofía, quebrada acá y allí, ofrece rasgos de gran indecisión. La Literatura se acerca tanto a la Filosofía que se hace sumamente difícil discernir la una de la otra. Hay casos límite en que el problema cualitativo de la distinción parece haberse convertido en un problema cuantitativo, donde el “más o menos” decida. En personalidades como Cicerón, Goethe, Shakespeare es muy aventurado señalar donde acaba la Literatura y donde empieza la Filosofía. Lo cierto es que toda mentalidad excepcional acusa en sus obras un ideario filosófico, aunque deje a otros la tarea de rastrearlo y hacerlo explícito. Cuándo y hasta qué punto la presencia de contenido filosófico en una obra literaria da a ésta rango de Filosofía es cuestión de resolver teniendo en cuenta, no uno solo, sino una multitud de criterios. Desde la intención del autor, que lo mismo puede ser salir del paso que exhibir su propia ideología, hasta el modo de afrontar sus problemas e, incluso, la densidad y el número de éstos, son muchos los extremos de que la calificación depende. Y precisamente el que exista esta equivocidad práctica, con la Literatura es algo muy significativo, porque revela, como hemos de ver, una nota esencial de la Filosofía ⁽⁶²⁾.

C) Filosofía y Ciencia.

En el principio era... la Filosofía. Todas las indagaciones del hombre, tenían un objeto común: *el ente*, a cuya comprensión y -esclarecimiento se enderezaban. No había surgido aún la necesidad de establecer discriminaciones sobre el ser de las cosas ni de dividir el trabajo intelectual. Se ambicionaba un conocimiento universal y completo, cerrado y suficiente. No se había experimentado todavía la decepción de repetidos errores y la fe en la razón se conservaba intacta. Al solo esfuerzo personal se confiaba ingenuamente nada menos que el descubrimiento de la verdad. Fueron los años los que trajeron el escepticismo. La Filosofía se hizo Ciencia por efecto de su propia tensión interior, en una pugna por superar sus limitaciones. Era preciso encarar con nuevas medidas la crisis de certeza que había emocionado a los filósofos, y se tomó la precaución de seccionar el ente en parcelas para poder acometer la investigación de cada una en forma de *empresa social independiente*. Así, nació la Ciencia, indisolublemente atada a una organización social y con la necesidad interna de moverse por pasos contados. Y he ahí la primera diferencia radical entre Ciencia y Filosofía: La Ciencia es inconcebible si no va montada sobre una estructuración social de investigaciones independientes. La Filosofía, en cambio, es *personal*. Como dice Ortega magistralmente, “el filósofo auténtico que filosofa por íntima necesidad no parte hacia una filosofía ya hecha sino que se encuentra desde luego haciendo la suya, hasta el punto de que es su síntoma más cierto verle rebotar de toda filosofía que ya está

⁶² Vid. inf. núm. 5.

ahí negarla y retirarse a la terrible soledad de su propio filosofar” (63).

La Ciencia, por fuerza de su carácter, va paso a paso; no intenta terminar sus investigaciones de una vez para siempre, sino que deja abierto e inconcluso el camino. Es “una gran teoría que pugna, desesperadamente, por acomodarse a los hechos empíricos” (64). Sábese condenada a emitir veredictos parciales, aproximativos, y a experimentar, de cuando en cuando, el suplicio de Tántalo de ver apartársele la verdad en cuanto creía ya haberla aprehendido. No obstante, le queda el consuelo de ser útil a la humanidad aunque no esté conclusa y **aunque no responda exactamente a la verdad**. El conocimiento científico es siempre **útil**, puesto que **presupone** el dar cuenta de los fenómenos inventariados hasta un determinado momento. No importa que el inventario no sea nunca capaz de agotar la experiencia. Aunque, como Goethe decía, “la naturaleza se haya reservado la cantidad suficiente de libertad para que no podamos penetrarla por entero” (65) también es cierto que para nuestras demandas Alíales basta con aclarar los hechos **según van siendo conocidos**.

La Filosofía es hija de una impaciencia del corazón. Su afán de verdad no se satisfizo con enviar a las diversas Ciencias, como emisarios suyos, a preguntar por los “qué” de las cosas. Ella misma salió al encuentro de la verdad, obrando por su propia cuenta y poniendo en juego la totalidad de los recursos a su alcance. Su peregrinación era inevitable, ya que obedecía a una íntima necesidad del individuo. La humanidad, para quien es la Ciencia, está en condiciones de esperar largo tiempo la solución de los problemas que le preocupan, pues su ciclo vital es lo bastante prolongado para eso. Pero el hombre no puede esperar. Sus eternos y acuciantes problemas personales lo aprisionan en interrogantes perentorios e ineludibles. Las réplicas deben ser urgentes. Cuando el hombre se vuelve a la Ciencia, al Arte, a la Técnica en demanda de una precisa contestación, la Técnica, el Arte, la Ciencia se le pierden en evasivas. “Lo que yo sé, es, por ahora, esto” —aducen ante su inquirir—; pero callan a las preguntas torturantes que apremian el espíritu. Entonces, para su tranquilidad interior, para ocupar plenamente el intelecto, para contener apaciguado el anhelo impetuoso de su alma que se desvive por saber plenamente, el hombre tiene que hacer la Filosofía. Una Filosofía que se ha de hacer de una vez, totalmente; porque sólo después de conclusa puede estar a la altura de la infinita apetencia del espíritu. **Hija de la impudencia**, la Filosofía se adelanta para -saber cómo será la verdad que va a venir en el día en que la Ciencia termine.

La Ciencia **estudia relaciones**; investiga algunos “qué” fragmentarios del ente; procede aplicando conceptos en sucesiva y creciente restricción, como quien hace medidas; “va ligada a la **representabilidad hipotética** y al ejercicio sistemático del **principio de exclusión**,” (66). La Filosofía es **ontológica** va directamente a los objetos en sí mismos; aunque toma las relaciones como apoyatura, salta luego **por encima de las relaciones y de otros datos** para representarse por tales medios ese todo, indivisible en su mismidad, que cada ente es, en rigor, por sí propio. Con tal potencia y con tal exclusividad va hacia el ser del ente la Filosofía que para decir qué es

⁶³ ORTEGA: *Prólogo a la Historia de la Filosofía de Bréhier. en el vol.: Dos Prólogos. 1944, 181. Debo la cita a LEGAZ: Filosofía del Derecho. 1953. 11.*

⁶⁴ LOIS: *Sobre un Programa de Política universitaria, s. f. 30.*

⁶⁵ *Sit. por SZILASI: ¿Qué es la Ciencia? (Roces-Imaz) i951, 124.*

⁶⁶ LOIS: *Estudio, cit., 20. Cfr. LEGAZ: Filosofía del Derecho, cit. 10 ss.*

la Ciencia o qué es la Literatura o qué es la Religión ya es menester recurrir al filosofar, porque los otros productos del espíritu tienen tan estrictos horizontes que no son capaces de contemplarse por sí mismos.

4. La esencia de la Filosofía.

Hace muy poco, dejábamos pendiente una cuestión de suma importancia para la definición de la Filosofía. Nos preguntábamos si la prosecución de ese movimiento segregador, por el que la Filosofía va dando lugar cada vez a nuevas disciplinas científicas particulares, no acabaría al fin con la independencia del conocimiento filosófico. Ahora sabemos ya que la Filosofía conservará siempre un último reducto inexpugnable, una función suprema que no delegará jamás y que tampoco, por otra parte, ninguna actividad humana estaría en condiciones de asumirla. La Filosofía es eterna, como uno de los más altos despliegues del espíritu. Por eso, porque arrostrará definitivamente los vendavales de la dispersión, porque ha tenido y tendrá siempre un dominio particular específico, es posible definir la Filosofía. De todas suertes, posible no equivale a fácil, pues nada es fácil desde que se pisan los umbrales de la Filosofía. Como escribe Heidegger. “La Filosofía no hace las cosas más ligeras, sino más graves”⁽⁶⁷⁾. No facilita, sino, más bien, complica lo vulgar. ¡Y aún así, sigue siendo verdad la admonición de Hamlet: todavía hay muchas más cosas en el cielo y en la tierra que las que el esfuerzo filosófico osa soñar!⁽⁶⁸⁾. Sea como quiera, es hora ya de venir a cuentas y contestar de una vez a la pregunta aun insatisfecha: ¿qué es la Filosofía?

“La Filosofía es el único sector del conocimiento capaz de definirse con sus propios recursos; es una penetración última y sin rodeos a la desnuda intimidad del ser; es un compromiso gnoseológico en que el hombre se encuentra mezclado, y con todas sus cosas; es un lanzarse valeroso a la adivinación de la verdad para suplir por el momento a la Verdad que no se tiene todavía; es un experimento mental verosímil que está ensanchado constantemente los bordes de nuestra comprensión y rindiendo perenne lección a los hombres.

La Filosofía no va en persecución de sus objetivos ejercitando una “potencia” determinada, ateniéndose a una forma o método preciso; es una movilización total de la suma de recursos humanos, que, cuanto más completa, cuanto más exhaustiva, más auténtica y valedera resulta. Frente al problema de los problemas, en que está envuelto, el hombre recurre febrilmente a todo cuanto le puede prestar algún servicio, porque todo esfuerzo y todo saber son pequeños cuando se trata de hacer una Filosofía. La Técnica, el Arte, la Ciencia, la Fe deben expresarse hasta el fondo para arrancarles toda la luz que abriguen. El instinto y el sentimiento, la inteligencia y la intuición han de empeñarse plenos y de consuno. Cualquier testimonio y sugerencia tienen aquí un valor. El filósofo nada desprecia. Se vuelca con todas sus facultades y todos sus logros anteriores para dar cima a una sublime resolución de un tentador enigma. En la penuria de su desamparo frente a un mundo recóndito, cualquier vislumbre del misterio es una inmensa dádiva. Con las manos tendidas, el filósofo sabrá recogerla humildemente. No hay que dar lugar a

⁶⁷ HEIDEGGER : *Introducción a la Metafísica*, cit.

⁶⁸ “*There are more things in heaven and earth, Horatio, than are dreamt of in your philosophy*”, Shakespeare, *Hamlet*, act. I, esc. última.

mutilaciones voluntarias: toda posibilidad de información es preciosa y ha de ponerse en juego sin reservas.

¡Así, únicamente así alcanza madurez una Filosofía! Todos los sistemas que se han “encogido” por principio es como si nacieran tarados y sus expectativas al éxito tienen que resultar envilecidas. Pero no por esa deficiencia inicial cabe privar a un sistema filosófico de su rango de Filosofía. Siempre que tome como blanco al ser “entero” y vuelva sobre sí en transparente reflexión, un saber será Filosofía. No hay aquí parcialidad ni exclusivismo. Los grandes y los pequeños sistemas filosóficos antiguos y modernos caben holgadamente en esta definición (69).

⁶⁹ *Los filósofos de la antigüedad y de la Edad Media no se plantearon reflexivamente, en la mayoría de los casos* el problema de la esencia de la Filosofía. Tal vez hayan creído mejor y más adecuado definirla por enunciación, pragmáticamente, de paso que la hacían. Su Filosofía es, así, sin posibilidad de inconsecuencia, la definición cabal de lo que entendían por Filosofía. Sin embargo, es visible en ellos una tendencia a la “universalización del conocimiento”; a hacer de la Filosofía —como diría Ortega— un saber autónomo y pantónimo; es decir, una perspectiva total para pensar y repensar sobre él conjunto del cosmos, con nosotros dentro.*

*Es muy probable que los filósofos presocráticos se contentaran con oponer el saber filosófico al saber vulgar. Sea como quiera, en Sócrates aparece ya madura una concepción integral de la Filosofía. Para él, según p.s. dado conjeturar a través de las obras de sus discípulos, la Filosofía no era otra cosa que “una actividad de la inteligencia, en busca del conocimiento del mundo y del destino del hombre, puesta al servicio de lo moral”. (Vid. sobre el pensamiento de Sócrates: GUTHRIE: **Los Filósofos Griegos** (Torner) 1953, 65 ss. También la hermosa conferencia de WINDELBAND en sus **Preludios filosóficos** (Roces) 1949, 39 ss. Entre nosotros, TOVAR: **Vida de Sócrates**, 1947; ZUBIRI: **Naturaleza, Historia, Dios**, 1944, 189 ss.*

*La concepción platónica de la Filosofía, coincidente con la de Sócrates, si bien matizada por una visión más intuitiva y apasionada del cosmos y del conocimiento, se deja entrever en alguno de sus **Diálogos**, como en el **Fedón**, en donde, casi al umbral del coloquio, pone como meta de la Filosofía la adquisición del pensamiento abstracto, la idea arquetípica o esencial, la conquista de la **verdad**, que es inasequible a los sentidos y habida la cual todas las virtudes se siguen en el hombre. Parejamente en los libros 5.º y 6.º de **La República** aparece el filósofo caracterizado por su consagración plena a la investigación de la verdad, ultrapasando las apariencias de las cosas para venir a dar en las esencias inmutables. Pero tampoco aquí se olvida Platón de añadir que “para distinguir a un verdadero filósofo del que no lo es, hemos de fijarnos en otra cosa... en que no haya en él ninguna vileza, porque la mezquindad no puede tener absolutamente cabida en un alma que debe abrazar en sus indagaciones la total universalización de lo divino y lo humano”. (Cito por la versión de Palau, 1956, 207).*

*El punto de vista Aristotélico sobre la Filosofía está concreta y lúcida expresado en su **Metafísica**, I, 2, en donde se la define como “la ciencia teórica de los primeros principios y de las primeras causas”, la única ciencia “libre”. (Cito según la versión de Azcárate. 5.ª ed. 1954, 15, s.). Como se ve, hay un estrecho paralelismo entre las ideas de Aristóteles y las de Husserl, las de este último parecen la traducción a un lenguaje moderno de las fórmulas aristotélicas. La “Ciencia de Ciencias”, “exenta de supuestos previos”, ¿no es justamente el equivalente actual de la definición del estagirita?*

*La caracterización que de la Filosofía hicieron los grandes filósofos griegos persistió durante la Edad Media, ora con propensiones platónicas, ora aristotélicas. Esto se echa de ver palpablemente en la **Suma contra los gentiles** de Santo Tomás de Aquino, en sus dos primeros capítulos. Pues escribe: “El Filósofo determina que la primera filosofía es “la ciencia de la*

Los futuros cabrán también, ya que el tiempo estrellará vanamente sus olas contra este sustrato inmovible de toda Filosofía.

verdad” y no de cualquier verdad, sino de aquella que es origen de toda otra, de la que pertenece al primer principio de ser de todas las cosas”. (Cito a tenor de la ed. de la B. A. C. 1952, 96). De las palabras del doctor Angélico se desprende claramente como sigue concibiéndose la Filosofía como una **tentativa de síntesis universal llamada a decidir sobre el hombre y su vida:**

No de distinto modo piensa siglos después nuestro Suárez, cuya caracterización de la Filosofía corre paralela a la de Aristóteles, como claramente deja traslucir, ya en su mismo pórtico, la 1.ª de sus **Diputaciones Metapysicíe** desde la proposición del problema, a lo largo de toda la primera sección, hasta la sección segunda, donde la construcción personal culmina. Aquí se advierte una contraposición entre la Metafísica, la Filosofía primera y la Filosofía en sentido estricto. Pero no hay que dejarse engañar por el espejismo de la denominación, ya que, como es fácil deducir del contexto, la palabra Filosofía, usada así, a secas, designa en Suárez a las nacientes Ciencias de la naturaleza; es decir, lo que se llamaba entonces Filosofía natural. Este punto de vista tenía su apoyo en el mismo Aristóteles, quien había fundado la distinción en su obra. Vid. SUÁREZ: **Disp. Met. 1.ª II, 9 s.** Gfr. BRENTANO: **Aristóteles** (Sánchez Barrado) 1951. 36. Para una relación entre la Filosofía de Aristóteles y la de Suárez vid. GÓMEZ ARBOLEYA: **Francisco Suárez, S. J. Situación, espiritual, vida y obra. Metafísica.** 1946. III ss.

El mismo Descartes, pese a la completa evolución que imprimió al método filosófico, no trastocó los lindes de la Filosofía, antes al contrario, aún insistiendo en la unidad radical de la Ciencia (*Reglas para la Dirección del espíritu* (Mindán). 1935, 14, siguió poniendo en la base la Metafísica, como fuente y asiento y como moderador universal de las restantes disciplinas. *Discurso del Método* (Bergua), I. s. f. 137, 139, 145; **Meditaciones Metafísicas**, en el mismo volumen anterior, junto con las **Reglas**, 193, 195, 197.

De todas suertes, la sucesiva independización de las Ciencias particulares comenzó a dejar sentir la necesidad de fijar sus fronteras con la Filosofía. Kant emprende ya la tarea de establecer racionalmente el concepto propio de lo filosófico. Su más sumaria definición de la Filosofía I a describe así: “Ciencia de las máximas supremas del uso de nuestra razón, entendiéndolo por máxima el principio interno de la elección entre distintos fines”. (*Sobre el Saber filosófico* (Marías) 1943, 44: Pero el campo de la Filosofía comprendía para él el conjunto de respuestas a las siguientes cuestiones: ¿Qué puedo saber? (Metafísica), ¿qué debo hacer? (Moral), ¿qué puedo esperar (Religión), y. ¿qué es el hombre? (Antropología). La indecisión del objeto habíase ya puesto de manifiesto. (Vid. op. cit. 44-45).

En Hegel logra ya plena autoconciencia. En la *Introducción a su Lógica* empieza el genial idealista por confesar que “no goza la Filosofía, comió gozan otras Ciencias, de la ventaja de poder presuponer sus objetos como inmediatamente dados por la representación, y como ya admitido, en el punto de partida y en su curso sucesivo, el método de su investigación”. (*Enciclopedia de las Ciencias filosóficas* (Ovejero), I, 1917. 15). Luego la define como “la consideración reflexiva de los objetos”. (Op. cit. 6). Vid. también en la misma obra pág. 42. Toda esta línea de pensamiento se amolda perfectamente a la definición que hemos formulado de la Filosofía. En todo sistema hay una experiencia mental que enriquece el conocimiento humano y que, en cuanto no sea soluble en la materia propia de otros saberes, tiene que ser provincia de la Filosofía.

III

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

1. El Derecho como materia del filosofar.

Toda Ciencia jurídica enfoca el Derecho desde un punto de vista determinado, lo secciona y acola, con el máximo rigor que le es posible, y reduce luego su cometido a investigar aquellos aspectos encerrados en su específica demarcación. Las Ciencias jurídico-positivas, como, por ejemplo, el Derecho civil, el Derecho procesal, el Derecho administrativo, tratan de exponer cuál es y cómo es en alguno de sus semblantes el ordenamiento jurídico por que cualquier Estado se rige. Ni les compete definir el Derecho ⁽⁷⁰⁾ ni lo estudian en su profunda universalidad. Lo “atraviesan”: pero no lo “abrazan”. Por tanto, el que sólo conoce las Ciencias positivas del Derecho, sabe muy poco de éste. Tiene un atisbo de cómo se presenta en algún estrecho rincón del tiempo y del espacio; pero ignora por completo su esencia. Llega a tal extremo la limitación circunstancial de la Jurisprudencia positiva que el especialista más versado se ve desposeído de sus conocimientos tan pronto como traspone las fronteras de su patria. Y aun cuando existen Ciencias jurídicas con pretensiones de universalidad, como lo son el Derecho comparado, la Psicología jurídica o la Sociología del Derecho, tampoco tales disciplinas arremeten con el Derecho en su ser indivisible y propio, sino que ya lo toman truncado por alguna delimitación. Ninguna de las Ciencias jurídicas particulares se ocupa, pues, realmente del Derecho, sino de avalares y modalidades del mismo. Dilucidando sólo relaciones, pueden aguzar soberanamente el análisis y asegurar más la certidumbre de sus conclusiones parciales. Pero al estar privadas de una visión total de su objeto, pierden, por fuerza, la calidad existencial que resplandece en éste y que es el fondo de su verdad. El Derecho que las Ciencias nos brindan no es el Derecho “vivo” y “eterno” que interesa al filósofo; es un Derecho “disecado”, “exangüe”, que ha desatendido su participación en nosotros y consiguientemente su “humanidad”. Las Ciencias sólo alcanzan a describir la abstracta consistencia de algún fenómeno jurídico: el verdadero Derecho se les va. Las Ciencias todo lo ven gris ⁽⁷¹⁾, y el Derecho que ellas conocen no es ese Derecho que está instalado en nuestra vida y que, a cada paso, nos estremece de pasión. El Derecho cerebral e impasible de la Ciencia no es el que nos sigue y el que nos conierta sobre el mundo, con su dramatismo y con su afán. A éste sólo tiene acceso la Filosofía, porque sólo la Filosofía sabe saltar de las relaciones hasta el ser. Sólo la Filosofía tiene los medios para remontarse de un raciocinio formalista sobre Derecho a la pura intuición de lo que el Derecho es. Vamos, pues,

⁷⁰ Cfr. DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho* (Recaséns-Legaz), 1942, 22 s. SANCHO IZQUIERDO: *Derecho Natural como Introducción al Estudio del Derecho*, 1955, 35 ss. Un explícito y simpático reconocimiento de esta aseveración en CASTRO: *Derecho Civil de España*, 1949, 9, nota (3), quien dice: “Es imposible no tratar cuestiones que tienen su *sedes materiae* en la Filosofía del Derecho (se refiere al concepto de lo jurídico); esperamos excusen esta inmissio sus profesionales”...

⁷¹ Como decía GOETE: “Toda teoría es gris”... “Grau, teurer Freund, ist alie Theorie, und grün des Lebens goldner Bauín”. *Faust*, 1ª parte.

a intentar esta “altitud” del saber jurídico ⁽⁷²⁾ desde el vuelo sereno de una Filosofía.

a) La cuestión sobre el ser del Derecho.

La primera interrogación filosófica en torno al Derecho, según quiere una corriente doctrinal que hoy está logrando prevalencia ⁽⁷³⁾ es de naturaleza ontológica y pretende el esclarecimiento de la clase ¡de “ser” que se da en el Derecho. Justificando esta actitud, escribe Recaséns:

“Si la empresa que propongo al lector es la de que consigamos apoderarnos de la verdad fundamental sobre el Derecho, de aquella que constituya el primer principio de todo lo jurídico, y que sea a la vez la verdad que ilumine y fundamente certeramente todas las demás cuestiones sobre cuantos temas se le refieren, parece obvio que la primera pregunta que hemos de hacernos es: ¿dónde está el Derecho Y Vamos a la busca y captura de lo jurídico en su esencia. Toda empresa, de conocimiento —y superlativamente la de conocimiento filosófico— tiene algo de pesquisa policíaca. Por lo tanto, lo que primeramente urge es que nos orientemos acerca de dónde hemos de encontrar lo que buscamos. Lo que buscamos es el Derecho en su radical esencialidad; pues bien, hemos de comenzar inquiriendo en qué parte o zona del Universo habita eso que se llama Derecho. Y si conseguimos contestar satisfactoriamente esta pregunta, habremos logrado nada menos que precisar la índole de ese algo que lleva el nombre de Derecho” ⁽⁷⁴⁾.

¿Qué problema es ese del “ser”? ¿Por qué se plantea? ¿A propósito de qué duda surge? Las preguntas se aglomeran, rondándonos, y el menor esfuerzo inquisitivo las multiplicaría. Todo **problema** es hijo de la **insatisfacción**, de una **necesidad irredenta** de un **vacío** que se descubre **paralizador en la trama de nuestra vida**. Allí donde todo “encaja” y se colma, donde reina la continuidad, y el fluir espontáneo y acomodaticio de la existencia no se ve interrumpido por ninguna brusca intromisión, allí no queda sitio para problemas. El hombre no cuestionaría sobre el ser si el ser de algún modo, no le viniera encima de pronto. La “ilusión” de la “evidencia del

⁷² Desde que Corts Grau (*Filosofía del Derecho, Introducción gnoseológica*, 1944, 15) calificó la Filosofía, dando forma a una opinión extendida entre los filósofos (Vid. p. e., MERCIER: *Lógica*, cit., 11) comí? “una altura del saber”, la expresión ha llegado a ser proverbial entre los iusfilósofos españoles y parece inevitable usarla. Cfr. SANCHO IZQUIERDO: *Derecho Natural*, cit. 34.

⁷³ Cfr. CARLOS COSSIO: *Teoría de la Verdad jurídica*, 1951, 59 ss. AFTALIÓN-GARCÍA OLANO-VILANOVA: *Introducción al Derecho*. 195(3, 11 ss.v FECHNER: *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts*, 1956. 190 ss. MAIHOFER: *Recht und Sein. Prolegómena zu einer Rechtsontologie*, 1954, esp., 35 ss., 53 ss. RECASÉNS: *Vida humana. Sociedad y Derecho*, 1952, 17 ss. Entre nosotros Legaz. con toda su autoridad, no vacila en decir: “Se puede afirmar que el problema ontológico es M fundamental de la Filosofía del Derecho”. (*Fil. del D.* cit. 27). También LISSARRAGUE: *Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho*. 1948, 9 ss., inicia sus investigaciones tratando de determinar la forma en que el Derecho se inserta en la realidad: “Conocer filosóficamente el Derecho significa saber de un modo radical lo que es; plantear el problema de su auténtica y rigurosa existencia y de su sentido”. Y ya en 1942 Elías de Tejada publica una *Introducción al estudio de la antología jurídica*, concibiendo a ésta como una piedra basilar de la Filosofía del Derecho.

⁷⁴ RECASÉNS: *Op. cit.* 37.

ser” es tan convincente y plausible, tan aparentemente digna de crédito, que sin la fuerza aplastante del error, nadie llegaría a imaginar que tras la cobertura sensible de las cosas pudiese haber algo más profundo. Pero el error sacude la dormida conciencia del hombre y le obliga a proponerse el problema del ser. El error constriñe a la distinción entre *realidad* y *apariencia*, hace ineludible la pregunta por la *verdad* y patentiza la cuestionabilidad del ente. La Ontología es por consiguiente, la desembocadura fatal en que tiene que terminar toda Epistemología. Si pues, la Filosofía no se abre ya con los problemas ontológicos su propio dinamismo intrínseco la hará desenlazar en ellos. Así se explica que las comentes epistemológicas y antimetafísicas desencadenadas por el criticismo kantiano hayan conducido inesperadamente a la extraordinaria eclosión actual de la Ontología.

Dos investigaciones epistemológicas tropiezan forzosamente con el problema del ser: una es la que se propone aclarar la esencia de la *verdad*; la otra, la que trata de establecer el *método* adecuado para hacer progresar el conocimiento. Según la teoría de la verdad como *correspondencia*, (*adaequatio rei et intellectus*), la más general, con mucho, entre los filósofos, la realidad genuina del ser forma el termino de comparación imprescindible para controlar la exactitud de nuestros juicios ⁽⁷⁵⁾. Para saber si un juicio es o no verdadero no hay más remedio que contrastarlo con la objetiva realidad a que se refiere, la cual, por eso mismo, ha de sondearse minuciosamente. Este sondeo a fondo precisa recalar hasta la entraña del ser y desenterrar sus interioridades enigmáticas. En este sentido, el problema de la *verdad jurídica* reclama la problematización sobre el ser del Derecho.

No es esto sólo. La determinación del método idóneo para cada clase de investigación que se emprenda depende de la naturaleza del objeto tematizado y presupone obviamente una detenida exploración ontológica respecto al ser del mismo ⁽⁷⁶⁾. El asalto a la ontología es pues, la condición estratégica irremisible para cualquier operación que se dirija a conquistar la esencia del Derecho.

El problema del *ser*, en general, ¿en qué estriba? ¿En qué consiste el *ser*? El examen de estas mismas preguntas puede mostrarnos la imposibilidad en que nos vemos de salir con una respuesta concreta y notificativa. Estribar significa *fundarse en, estar en la base de*: es decir, *ser en alguna forma sobre algo* ⁽⁷⁷⁾. Consistir quiere decir, a su vez, *ser de un modo o de otro, venir a ser esto o aquello, bajo cierta razón de equivalencia* ⁽⁷⁸⁾. En definitiva, la verdadera

⁷⁵ Para un estudio crítico sobre las teorías modernas y escolásticas de la verdad, vid. mis *Estudios*, cit. 116-144.

⁷⁶ Cfr. GARCÍA MORENTE: *Lecciones*, cit. 354 ss. esp. 357. COSSIO: *EL Derecho en. el Derecho judicial* 1945, 25. ss. LOIS: *Estudios*, cit. 83 ss.

⁷⁷ Según BARCIA: *Diccionario General Etimológico de la Lengua castellana*, estribar significa: "descansar el peso de alguna cosa en otra sólida y segura". Proviene el vocablo de estribo, que, a su vez, deriva, según parece, de *streban* (alto alemán) o del flamenco *striepe*. aparato de cuero, correa; de donde estribo.

⁷⁸ Consistir, según el mismo autor, significa *estribar* "estar fundada una cosa en otra: ser electo de una causa, estar y criarse alguna cosa encerrada en otra". Arranca del latín *consistere*, detenerse, mantenerse firme y constanle: de *cum* y *sistere* = pararse. Según DE MIGUEL Y MORANTE: *Nuevo Diccionario Lutino-Español Etimológico*, *sisto* viene del griego *ιστημι*,

implicación de las preguntas formuladas es *tal que reproduce*, en un circuito cerrado, la *propia demanda sobre el ser: ¿Qué es el ser? ¿De qué modo es el ser?* El hecho no carece de significación. El que no se pueda traspasar el ser, el que el ser constituya la meta sin ultranza de nuestro inquirir, es algo ya de por sí sumamente revelador. Indica que el lenguaje tiene ahí su tope y su principio, que está ante su *unidad*, ante su *indeterminado último*, y que no le cabe, por ende, otra cosa que *determinarse más o negar*, incluso, *esa misma indeterminación* ⁽⁷⁹⁾. En el primer caso, se inicia el camino de la *predicación* y va ganando en concreción el ser. En el segundo, se recae en la nada.

¿Qué le pasa, entonces, al *ser*? Pues muy sencillo: *que no admite definición*. La pregunta por el “qué” del *ser* resulta un contrasentido. El ser está ya en ese “qué” de todos los entes, y no puede estar donde ellos no estén. Por el ser es el ente: pero fuera del ente no hay *ser*. Ir más allá no cabe: *nada*. Indagar qué es el *ser* equivale, pues, a querer saber qué *ser* tiene el *ser* que es dar *ser* por *ser* o repetir la cuestión en un mero juego de palabras. En resumen: *no es posible definir el ser*. No es posible definirlo; pero, en cambio, es posible *enseñar a ir hasta él* porque, si no, “ser” sería una palabra incomprensible, sin sentido definitiva, la verdadera implicación de las preguntas formuladas es tal que reproduce, en un circuito cerrado, *la propia demanda sobre el ser: ¿Qué es el ser? ¿De qué modo es el ser?* El hecho no carece de significación. El que no se pueda traspasar el ser, el que el ser constituya la meta sin ultranza de nuestro inquirir, es algo ya de por sí sumamente revelador. Indica que el lenguaje tiene ahí su tope y su principio, que está ante su *unidad*, ante su *indeterminado último*, y que no le cabe, por ende, otra cosa que *determinarse más o negar*, incluso, *esa misma indeterminación* ⁽⁸⁰⁾. En el primer caso, se inicia el camino de la *predicación* y va ganando en concreción el ser. En el segundo, se recae en la nada.

¿Qué le pasa, entonces, al *ser*? Pues muy sencillo: *que no admite definición*. La pregunta por el “qué” del *ser* resulta un contrasentido. El ser está ya en ese “qué” de todos los entes, y no puede estar donde ellos no estén. Por el *ser* es el ente: pero fuera del ente no hay *ser*. Ir más allá no cabe: *nada*. Indagar qué es el *ser* equivale, pues, a querer saber qué *ser* tiene el *ser* que es dar *ser* por *ser* o repetir la cuestión en un mero juego de palabras. En resumen: *no es posible definir el ser*. No es posible definirlo; pero, en cambio, es posible *enseñar a ir hasta él* porque, si no, “ser” sería una palabra incomprensible, sin sentido alguno, mientras que nosotros sabemos qué significa “ser”. Por tanto, si no podemos definir el ser sí podemos identificar intuitivamente el ser. mostrar dónde se tiene al ser y quién lo tiene. Vamos a hacerlo, si bien anteponiendo, por

que significa estar de pie. En rigor, la palabra griega ἵστημι denota la idea de ponerse de pie o de colocar en posición vertical una cosa que se sostiene sobre sí, incorporarse, erigir, instituir. De allí que “consistere” en la acepción latina, que es paralela a la actual significación castellana, valga tanto como “estar compuesto o sostenido por”, “tener por esencia o materia constitutiva a”.

⁷⁹ *En toda Ciencia existe un conjunto de ideas simples primarias que sólo extrínsecamente pueden ser definidas; es decir, en términos de otra Ciencia distinta, como la Gramática o la Filosofía. Tales ideas simples marcan el límite de receso, y, por tanto, el intento de ir más atrás para aclararlas conduce afuera del sector científico de que se trate. En la Filosofía, ese “afuera” del ser, no puede ser otro que la nada. El ser constituye, pues, el límite de la definibilidad. Gfr. LOIS: Estudios, cit. 85 ss.*

necesaria, la distinción entre el ente y el ser, los cuales de ninguna manera convienen plenamente.

Entendemos por *ente* todo lo que, de algún modo es. La significación del término es generalísima, ya que comprende tanto lo que “actualmente” existe como lo que simplemente puede existir. Ese “algo” aseverado en toda afirmación posible es lo que recibe la denominación de ente ⁽⁸¹⁾. En cambio, el “ser” está en aquello que confiere al ente la condición de ente, en el substrato tenuísimo que todos los entes tienen de común. Como advierte Nicolai Hartmann, “el ser y el ente se distinguen exactamente como la verdad y lo verdadero, la efectividad y lo efectivo la realidad y lo real. Hay muchas cosas que son verdaderas, pero “el ser verdadero” mismo de estas cosas es uno y el mismo”... “El ser del ente es uno, por múltiple que sea este último” ⁽⁸²⁾. Por tanto, la noción de ser es aquella que reduce el ente a unidad. El *ser* está, así, *identificado*. Y podemos, por consiguiente, mostrar dónde está el “ser” y quien tiene el “ser” con apuntar, nada más a los *entes*.

Dirigiendo la mirada al mundo exterior, primero, y, después, a nosotros mismos descubrimos con facilidad cuan inmensa es la muchedumbre de entes que pueblan el Universo. Entre todos hay, evidentemente, clases heterogéneas. Por más que compartan el ser, mantienen entre sí una desemejanza radical. Ese “ser” es cosa muy distinta en unos y en otros. Entre un hombre, una rosa, un neutrón, una sinfonía, la batalla de Lepanto, la Ciencia matemática, el acto de dar limosna y el Ordenamiento jurídico español existen, bien a la vista, las diferencias más chillonas. Ellas han sido tomadas como punto de partida para establecer una clasificación óptica general en la llamada *teoría de los objetos* ⁽⁸³⁾. Esta teoría, a que los juristas prestan ahora gran atención ⁽⁸⁴⁾, merece ser examinada a fondo, pues, si sus pretensiones son ciertas, está destinada a decidir

⁸¹ Cfr. LAVELLE: *Introducción u la Ontología* (Gaos), 1953, 19. RAEYMAEKER: *Filosofía del ser: Ensayo de síntesis metafísica* (Mouton García Yebra), 1956, 19 ss. esp. 41 ss. Sobre el proceso histórico de las ideas del *ser*, existencia, realidad, es de gran interés. WAHL: *Introducción a la Filosofía* (Gaos) 1954, 40 ss.

⁸² HARTMANN: *Ontología*, cit. 47.

⁸³ Una sencilla exposición, al par que magistral y bellísima de la teoría de los objetos, en GARCÍA MORENTE: *Lecciones*, cit. 49 ss., 342 ss. y más especialmente 354 ss. También magnífica la de COSSIO: *El Derecho en el Derecho judicial*, cit. 19 ss. Y lo mismo MAIHOFER: *Recht und Sein*. cit. 53 ss.

⁸⁴ Especialmente debido a los esfuerzos combinados de REGASENS: *Vida humana, Sociedad y Derecho*, cit. 17 ss., 37 ss. Y COSSIO, en casi todas sus obras. Como la teoría egológica del Derecho, que él encabeza, ha tenido múltiples seguidores (Vid. el recuento que hace, p. e., IBAÑEZ. DE ALDECOA: *Meditaciones sobre la cientificidad. dogmática del Derecho procesal*, 1954, 96 ss.) es de presumir que el interés que estas investigaciones despiertan aumenta cada día. Tan universal resonancia de la teoría egológica del Derecho, a la que es difícil encontrar paralelo actualmente, hace de Cossio una de las figuras más destacadas —si no la primera— de la Filosofía jurídica contemporánea. La preeminencia mundial de que gozó un día España en el campo del saber filosófico sobre el Derecho tiene, con esto, una oportunidad magnífica de fijarse de nuevo en la totalidad del Mundo Hispánico, gracias a la obra conjunta de ilustres pensadores de aquende y allende el Océano, a quienes es excusado nombrar. No importa que ciertos países, que han monopolizado, por decirlo así, el cultivo de la Ciencia y de la Filosofía

los problemas epistemológicos fundamentales que todo saber plantea ⁽⁸⁵⁾. Vamos a ver, en primer lugar, cómo exponen la teoría de los objetos los principales iusfilósofos que le han dado albergue. Cedemos la palabra a tres juristas argentinos, discípulos de Carlos Cossio, que resumen admirablemente el pensamiento de este último:

“La heterogeneidad de los objetos que forman el Universo pone sobre aviso acerca de la necesidad de introducir algunos principios de división que permitan una clasificación de los mismos y, por esta vía, su mejor conocimiento. Por lo demás, la tarea viene impuesta en razón de que, como ya lo señaló Dilthey, el éxito de una disciplina científica cualquiera depende de la adopción de métodos adecuados a sus especiales objetos. Por poco que nos detengamos a pensar acerca de nuestro conocimiento y trato con los objetos, advertimos pronto que no podemos hacer con unos lo que hacemos con otros. Por esto se ha dicho, espiritualmente, que no podemos destruir el triángulo, ni cabalgar un centauro, si bien podemos pensar al primero e imaginar al segundo. Existe, pues, una relación entre la clase de trato que tenemos con los objetos, y la índole o naturaleza de los mismos. Se trata aquí, justamente, de esclarecer en primer término las distintas variedades de objetos a fin de establecer luego los métodos que convienen a cada una de ellas. Sólo así podremos saber qué clase de objeto es el Derecho, y cuáles los» procedimientos metódicos que pide su conocimiento.

Teniendo en cuenta el pensamiento de Husserl, Cossio distingue cuatro familias de objetos u *ontologías regionales* y puntualiza a la vez, junto con los caracteres peculiares de cada una de ellas, la índole del método que exigen, así como la naturaleza gnosológica del acto de su conocimiento. Se vale para ello de un cuadro, que utilizamos a continuación en mérito a su excepcional valor expositivo:

OBJETOS	1º CARÁCTER	2º CARÁCTER	3º CARÁCTER	MÉTODOS	ACTO GNOSEOLÓGICO
<i>Ideales.</i>	Irreales: no tienen existencia.	No están en la experiencia.	Neutros al valor.	Racional deductivo.	Intelección.
<i>Naturales.</i>	Reales: tienen existencia.	Están en la experiencia.	Neutros al valor.	Empírico inductivo.	Explicación.
<i>Culturales.</i>	Reales: tienen existencia.	Están en la experiencia.	Valiosos positiva o negativamente.	Empírico dialéctico.	Comprensión.
<i>Metafísicos.</i>	Reales: tienen existencia.	No están en la experiencia.	Valiosos positiva o negativamente.	—	—

Los objetos ideales. Al decir *objetos ideales*, debemos, por lo pronto, relegar al olvido el sentido moral que el lenguaje común anexa en general al adjetivo “ideal”. Para la teoría de los objetos, ideales son aquellos de que tratan disciplinas como la Matemática, la Geometría y la Lógica. Por ejemplo: los números, el triángulo, las relaciones entre las cosas igualdad, semejanza, etc.), los conceptos. Todos ellos presentan las siguientes características: a) Son *irreales*, es decir, no tienen existencia en el tiempo y en el espacio, son *intemporales* y *aspaciales*. Decir, por ejemplo, que el triángulo empezó con los primeros geómetras sería como decir que América empezó con Colón. Estos objetos no están individualmente en parte alguna (*existencia*), sino que son, *consisten* (esencia) en esto o aquello, presentan algunas propiedades. Así, del triángulo

jurídicas, concedan aún escasa atención a nuestra obra. El tiempo les convencerá de su error. La Ciencia no se le da a nadie en exclusiva.

⁸⁵ Cfr. p. e., ARISTEGUI: *Objeto y objeto Derecho*, en el volumen “Del actual pensamiento jurídico argentino”. 1955, 44.

sabemos, por ejemplo, que la suma de sus ángulos interiores vale dos rectos; b) *no están en la experiencia sensible*, que requiere la presencia individual del objeto. El geómetra, cuando habla de las propiedades del triángulo no se refiere a este o aquel triángulo dibujado en el pizarrón, sino al triángulo que no es un objeto individual sino general y abstracto, y c) *son neutros al valor*. En efecto, de los objetos ideales, en cuanto tales, no cabe predicar la calidad de buenos o malos, justos o injustos, bellos o feos, útiles o inútiles, etc. No se puede impedir a nadie que diga que considera más hermoso al triángulo que al cuadrado, pero esta cualidad que así >>e le atribuye al triángulo no es de índole geométrica, y por tanto escapa a la esencia del objeto triángulo en cuanto objeto ideal.

Los objetos naturales. Los *objetos naturales* forman el dominio de la Naturaleza, y son estudiados por las llamadas Ciencias naturales: física, química, biología, psicología, etc. Sus caracteres son los siguientes: a) Son *reales*, esto es, existen individualmente en el tiempo y en el espacio o, por lo menos, en el tiempo; b) *están en la experiencia sensible*, por cuanto cabe acceder ¡i ellos por el conducto de los sentidos; y c) *son neutros al valor*, ya que, en cuanto objetos naturales, no se puede predicar de ellos cualidades axiológicas...

Los objetos culturales. La tercera familia de objetos está formada por los *objetos culturales (o bienes)*, cuyo conjunto constituye la Cultura. Tanto la Naturaleza como la Cultura pertenecen al orbe de la realidad, de los objetos reales, pero mientras los objetos naturales no son producto de la acción humana, los culturales forman el ámbito propiamente humano de la realidad. Esta categoría de objetos abarca todo lo que el hombre crea o modifica con su acción... Constituyen cultura el lenguaje, el folklore, la técnica, la ciencia, la filosofía, el Derecho y la sociedad, las sinfonías y las ametralladoras. Asimismo, es también un objeto cultural la actividad humana, la conducta que hace todas estas cosas que se acaban de enumerar y entre las que vive el hombre como en su natural elemento.

De todos los objetos culturales cabe predicar, como caracteres fundamentales, que son *reales*, por cuanto tienen existencia individual, y que están en la *experiencia*, como lo prueba la circunstancia de que su conocimiento reclama, al menos en primer término, una situación sensible. Además no son neutros al valor sino *valiosos*, positiva o negativamente, lo que quiere decir que siempre admiten la calificación de buenos o malos, bellos o feos, justos o injustos, útiles o inútiles, etc.

Los objetos metafísicos. La cuarta categoría de los objetos está constituida por los objetos metafísicos, tales como Dios, la “cosa en sí” de Kant, la sustancia. Aunque estos objetos sean *reales* —ya que de ellos puede predicarse la *existencia* individual tempo-espacial (así, Dios es eterno y está en todas partes)— no están en la experiencia ya que no es posible acceder a ellos por la vía de nuestros sentidos. Según Bergson, sólo puede tomarse contacto con ellos por una intuición no racional”... ⁽⁸⁶⁾.

Los objetos culturales, por su parte, se dividen, según Cossio ⁽⁸⁷⁾ en *mundanales* y *egológicos*. Los primeros son *vida humana objetivada*; es decir, trozos de naturaleza sobre los cuales el hombre posó su actividad y dejó un sentido. “En estos objetos mundanales, la vida humana salió de sí misma, se extravió y se hizo mundo, dejando algo de ella misma —un rastro— afuera”...

⁸⁶ AFTALIÓN-GARCÍA OLANO-VILANOVA: *Introducción al Derecho*, cit. 14 ss.

⁸⁷ COSSIO: *Teoría de la Verdad jurídica*, cit. 63 ss, 69 ss.

(⁸⁸). Los objetos egológicos, en cambio, son la propia acción o conducta humana, de la que se predica un sentido, el ser buena o mala, justa o injusta, etc. Pues bien, para Cossio el Derecho es un objeto egológico: es la misma *conducta humana en interferencia intersubjetiva* (⁸⁹).

También con apoyo en la teoría de los objetos, aunque haciendo mayor hincapié en sus fundamentos metafísicos, llega Recaséns, por un procedimiento analítico muy similar, a conclusiones, si bien desemejantes, que guardan cuando menos afinidad genérica. Sin embargo, las diferencias son tan considerables entre las dos teorías que la fusión entre ambas no es posible (⁹⁰) —lo que prueba ya cómo, pese al repudio de los previos supuestos y a las ínfulas de objetividad que se arroga el método fenomenológico—, la clasificación de los objetos (que es esencial para la teoría), ofrece, en principio, las mismas dificultades que cualquier otra técnica metodológica. Recaséns sostiene, por ejemplo, que los *valores* “constituyen objetos ideales con una propia validez” (⁹¹); que “el agente de realización de los valores es el hombre, y... que éstos se cumplen o se infringen en la vida humana” (⁹²). La cultura es *vida humana objetivada*, —Recaséns no ha pensado para nada en los objetos egológicos— y el Derecho una *forma de vida: humana objetivada, normativa y social* (⁹³). Tal es el “ser” del Derecho “genéricamente” —¡sólo genéricamente!—, pues para aprehender el ser “específico”, la esencia peculiar de lo jurídico, hay aún que separar el Derecho de otros productos similares (p. ej., las normas de cortesía, modas, etcétera) (⁹⁴).

La teoría de los objetos se ufana de constituir el instrumento idóneo para ingresar metódicamente en el ser propio de lo jurídico. Por su significado epistemológico, es realmente una tentativa brillante lanzada en pos de la sistematización rigurosa del proceso a seguir para poner al descubierto el “género próximo” y la “diferencia específica” que definen esencialmente un concepto. Si es nuestro propósito, por ejemplo, definir el Derecho, la teoría tradicional escolástica nos dice: “Para hacer la definición es suficiente conjugar el género próximo y la diferencia específica del Derecho”; pero nos deja a oscuras sobre el modo práctico de localizar cualquier género próximo o diferencia específica que busquemos. La teoría tradicional de la definición, es una exploración sobre el ser análoga a la que propugna la teoría de los objetos, si bien, indudablemente, justo es reconocerlo, es menos precisa y menos sistemática que ésta. *La teoría de los objetos* busca también el *ser*, y lo busca, del mismo modo, a través de géneros próximos y diferencias específicas, aunque *deliberadamente* no lo pretenda. Pero tiene la ventaja de ofrecer unos ejes de coordenadas para orientar en el laberinto de las investigaciones. Al clasificar los objetos, permite concentrar la atención en sectores determinados y facilita la indagación de géneros y diferencias. Tal es, en su intencionalidad latente, el servicio que aspira

⁸⁸ COSSIO: *Op. últ. cit.* 70.

⁸⁹ COSSIO: *Id.* 81.

⁹⁰ COSSIO: *Op. cit.* 87.

⁹¹ RECASÉNS: *Op. cit.* 44.

⁹² RECASÉNS: *Op. cit.* 59.

⁹³ RECASÉNS: *Op. cit.* 147.

⁹⁴ RECASÉNS: *Op. cit.* 149.

a prestar la teoría de los objetos. ¿Lo logra? Vamos a verlo.

¿Qué haría falta para que la teoría de los objetos cumpliera satisfactoriamente su cometido? Pues haría falta, como es natural, que reuniese todos los requisitos propios de una clasificación. Tendría que ser completa, tendría que estar *bien fundada* y tendría que mantenerse siempre en férrea *congruencia con sus propios supuestos*. ¿Ha observado la teoría de los objetos estas tres condiciones de efectividad?

Para saber con firmeza, debemos ir examinando, una a una, estas tres condiciones. Y lo vamos a hacer inmediatamente, en el mismo orden establecido.

¿Es completa la teoría de los objetos? ¿No existe objeto ninguno en el universo que no pueda encuadrarse sin violentarlo en alguna de las cuatro regiones ontológicas de la clasificación? ¡Claro que existen! ¡Existen los propios objetos en que está basada la clasificación! ¿No es un objeto la *experiencia*? Según la definición que se nos da de *objeto* (⁹⁵): “todo sujeto de un juicio lógico”, la respuesta tiene que ser afirmativa. La experiencia es, pues, un objeto. Pero “¿de qué clase? ¿Será *ideal*? ¡Imposible! Si la experiencia fuera un objeto ideal *no tendría existencia* y entonces mal podrían estar en la experiencia los objetos naturales y culturales. ¿Será, pues, un objeto natural? ¡Malamente! La experiencia no puede ser el continente de sí misma. Como término lógico, la experiencia designa el conjunto de todas las cosas que están al alcance de nuestra percepción sensorial. Este conjunto “existe”, como es obvio, pero no puede ser el objeto de experiencia, aunque sólo sea porque *no se nos da en forma acabada, en acto*, sino solo virtualmente: lo vamos conociendo a medida que lo vamos formando. Tenemos experiencia de los elementos del conjunto *por separado*, según van integrando éste; disponemos de un criterio inequívoco para ir decidiendo si un objeto cualquiera es o no miembro del conjunto; pero el conjunto, como tal, *aún no está hecho* y someterlo, a su vez, a la experiencia implica un imposible. ¿Se tratará entonces de un objeto metafísico? Apenas resulta concebible. Con los objetos metafísicos no cabe, ni total ni parcial, ningún género de experiencia. Además, de los objetos metafísicos es posible predicar con sentido algún *valor*, y de la experiencia, en cambio, resulta absurdo decir que sea buena o mala, justa o injusta, bella o fea. Es experiencia o no es experiencia, a secas.

Todavía hay otros objetos que tampoco se pueden colocar en el cuadro clasificatorio sin concebir éste como una especie de lecho de Procasto. Pongamos por ejemplo el yo, que a tenor de la definición es un “objeto” —aun cuando no debiera serlo—, el tiempo, el espacio, la misma *existencia*, etc. Supongamos ahora que quisiéramos determinar mediante la teoría de los objetos cuál es el “ser” del tiempo. Nos preguntaríamos, en primer lugar, si el tiempo tiene *existencia*. Y contestaríamos en seguida que la decisión del problema tendría que depender de la oportuna delimitación del concepto de existencia. Según lo que entendamos por *existencia*, así diremos de una cosa que existe o no. Ahora bien, la definición de existencia tiene que depender del conjunto de las cosas existentes, pues es la propiedad que estas cosas tienen en común. Pero, según se considere el tiempo como existente o no existente, habrá que abrir o cerrar la definición hasta comprenderlo o excluirlo. Son las cosas, las que determinan el “qué” de la existencia, y no viceversa. Por tanto, ni la *existencia* ni la *experiencia* constituyen un buen principio clasificatorio referible a la totalidad de los objetos. La teoría de las regiones ontológicas, al menos en su forma actual, *no es completa*.

No sería, ciertamente, mal muy grave éste. Con algún ligero retoque, la teoría de los objetos

⁹⁵ Vid. AFTALTÓN-GARCÍA OLANO-VILA.NOVA: *Op. cit.* 14.

estaría, en tal caso, muy pronto en condiciones de prestar servicio. A todos nos acuciaría el deber de contribuir a completarla.

Por desgracia, es lo de menos que la teoría sea incompleta. Hay algo peor en el hecho de que no pueda estimarse *bien fundada*. Y no está bien fundada, porque parte de supuestos que no corresponden a la realidad. No es cierto —como se pretende— que las Ciencias estudien —neutralmente— clases de objetos. Lo que estudian las Ciencias son relaciones⁽⁹⁶⁾; objetos sólo los puede estudiar la Filosofía, porque sólo la Filosofía, en posesión de los datos parciales de cada Ciencia, está en condiciones de aventurarse a la representación intuitiva de la totalidad del ser⁽⁹⁷⁾. Así, el objeto “Derecho” 110 lo estudia en particular ninguna Ciencia jurídica. Lo que a las Ciencias jurídicas interesa son algunos aspectos, algunas relaciones especiales desde las que se ha querido contemplar el Derecho. Del mismo modo, los objetos naturales no los estudia así “enteros” ninguna Ciencia de la naturaleza. Ni esa piedra, ni ese río ni ese metal, ni esa estrella, ni ese protón, ni ninguno de sus congéneres atraen la atención de la Geología, de la Geografía, de la Química, de la Astronomía o de la Física. Al geólogo únicamente le preocupa un cierto aspecto de esa piedra; es decir, lo que esa piedra significa como parte integrante del globo terrestre; al paso que para el químico la misma piedra se tomaría en un sentido muy distinto: como compuesto de ciertos elementos más simples. Idéntico objeto de lugar a dos —o más— Ciencias, según la relación en que se considere. La Ciencia estudia, pues, *relaciones*.

Con ser muy convincente el razonamiento anterior, no priva de toda esperanza a la teoría de los objetos. Parece que siempre será posible retorcer el argumento aducido y replicar que cada clase de relaciones es, justamente, el “objeto” típico de cada una de las Ciencias. ¿Cabría, en efecto, este último efugio? Pues no, no cabría. Y fácil es persuadirse de ello.

Supongamos, para demostrarlo, que intentamos clasificar las relaciones a tenor del consabido esquema de las regiones ópticas. ¿Qué sucede entonces? Algo, sencillamente, que no deja muy bien parada la teoría de los objetos. Para comprobarlo, basta con preguntar: ¿de qué modo “existen” las *relaciones*? Huelga advertir que no cabe jugar a mansalva con el concepto de existencia sin desnaturalizarlo por completo. Si decimos que las relaciones *existen*, porque tienen un *fundamentum in re*, no nos va a ser posible escabullimos a la necesidad de afirmar también que asimismo existen ciertos accidentes como el color, el sonido, etcétera, e incluso las mismas abstracciones, que, al fin y al cabo, son ciertos aspectos que hemos arrebatado a las cosas. Si existir es “un estar en algún aquí, teniéndose de suyo”, que se denota en la *posibilidad de ser encontrado* y en la concreta *indicación* que admite, es evidente que las *relaciones no existen*. Son productos de nuestra mente, elaboradas, ni más ni menos, para poder ir adentrándose en el “ser” *que nos ofrecen* los objetos. ¿Son objetos ideales? Así parece; pero en este caso, si todas las Ciencias estudian relaciones, ¿qué hemos de hacer con las restantes regiones ópticas?

Imaginemos una *relación de coincidencia* entre tantas por las que se interesa la Física, el prototipo de Ciencia natural: ¿En qué viene a parar esa clase de relación? Veámoslo, pues no dejará, probablemente, de ocasionarnos viva sorpresa. Sea cualquiera la ley física que se enuncie y cualquiera su contenido concreto, lo cierto es que acabará siempre expresando *el resultado, de una medición*. Toda la compleja trama del Universo con su riqueza innumerable y su poética

⁹⁶ Vid. justificado en: LOIS: *Estudios*, cit. 72 ss.

⁹⁷ Cfr. LOIS: *Estudios*, cit. 81 ss. Vid. supra: *Caracterización de la Filosofía*.

diversidad se reduce, en última instancia, para el físico, a la observación de *coincidencias espaciales* sobre alguna escala graduada. De este modo, la relación que la mente ha *recortado*, por así decirlo, y proyectado sobre las cosas, se desvanece en... *números*, al formularla⁽⁹⁸⁾. Un objeto ideal es, así, la *cifra*, la “clave” de la más real de todas las relaciones posibles. ¿No recibe ahora súbita aclaración la, en apariencia, inexplicable afirmación de Pitágoras de que la esencia de todas las cosas es el número?⁽⁹⁹⁾.

La teoría de los objetos da lugar, por último, a ciertas llamativas incongruencias. Afirma, por ejemplo, que los objetos metafísicos son susceptibles de valoración y cita entre ellos la “substancia” y la “cosa en sí” kantiana. Ahora bien, por grande que sea el esfuerzo de imaginación que uno realice, no se ve cómo aplicar una nota valorativa a objetos de tal fuste. ¿Puede ser, por ventura, algo *valioso* la substancia?

Se sostiene, además, al exponer esta teoría, que el Derecho es un “objeto cultural”, aunque se discrepe a la hora de dictaminar sobre su inserción entre los *mundanales o egológicos*. Para Cossio, el Derecho forma entre estos últimos; para Recaséns con aquéllos. ¿Podría estimarse acertado alguno de estos puntos de vista?

Veamos, primero, si el Derecho es un objeto egológico. Para ello, procede preguntar: ¿Es realmente la conducta humana el objeto de la Ciencia jurídica? ¿Acaso se ocupa alguna vez el Ordenamiento positivo —del cual la Ciencia jurídica no es más que una mera prolongación— de concretos actos humanos, empíricos e intuibles? Resulta inevitable una respuesta negativa.

El Legislador y el Juez parecen, sí, aludir a conductas humanas; pero esto es sólo considerando sus palabras de una manera superficial. Tanto uno como otro se refieren, en el fondo, únicamente a *títulos*⁽¹⁰⁰⁾. Para el Legislador, la conducta es una simple *posibilidad, imaginada de antemano*; para el Juez, *un acontecimiento histórico a reconstruir*, del que no existe ninguna experiencia directa, ni aun siquiera sólida garantía de verdad⁽¹⁰¹⁾. La experiencia que cabe tener de los actos humanos por los que se interesa el Derecho no es más que puramente *analógica, representativa*. Un jurista está en condiciones de hacer estudios profundísimos sobre el asesinato, o una Ley, de regularlo a la perfección, sin necesidad de haber visto cometer ninguno. El papel de la imaginación es excepcional en el Derecho, donde a cada paso hay que zambullirse en el reino de lo posible. Incluso el mismo *deber ser* no es sino la contraposición entre algo “representado” como *existente* y otro algo, cuya *posibilidad* consta, “visto como proyecto” para la “refacción” del futuro. La experiencia jurídica no es, pues, experiencia de conductas, sino de *títulos y de consecuencias facticias*⁽¹⁰²⁾. Frente a Cossio, que dice que el Derecho es conducta

⁹⁸ LOIS: *Estudios*, cit. 45 s. 89 ss.

⁹⁹ Cfr. WINDELBAND: *Historia de la Filosofía Antigua* (Rovira), 1935, 35 ss. BELL: *Los grandes matemáticos* (Jiménez de Asúa), 1948, 34 ss.

¹⁰⁰ Para mayor aclaración vid. LOIS: *Pretensión, acción y tutela formal provisoria*, en *Grandes Problemas del Derecho procesal*, 1957, 85 ss.

¹⁰¹ LOIS: *Estudios*, cit. 42 ss.

¹⁰² Vid. una demostración empírica de esta afirmación en nuestro *Pleito sobre astrolitos. (Una prueba. práctica de la fecundidad del empireocriticismo jurídico)*, Bol. Universidad. Santiago, 1951, 52, 215 ss.

“intuible” y que la norma no es más que el instrumento conceptual con que esa conducta es concebida, hay que afirmar que en el Derecho toda conducta-problema es *hipotética, presuntiva o ficta* y, por tanto, *inintuible*, mientras que lo que la experiencia revela son *títulos y acciones* que suplen y suceden a esa conducta metaempírica. Cuando el Legislador disciplina una relación contractual, no se refiere (¡no debe referirse!) a este ni a ese contrato que ahí está surgiendo en la experiencia, ni siquiera a aquél que ya ha surgido. Con los de la experiencia y con otros posibles “imaginados”, modela el Legislador el régimen jurídico al que el conjunto de relaciones contractuales similares “debe” acomodarse. Cuando se discute ante el Juez la existencia o la efectividad de una relación contractual concreta, no le es posible a éste tomar contacto por *intuición, empíricamente*, con ese contrato-problema (¡qué más quisiera él!), sino que lo único que le cabe es conjeturarlo por indicios; es decir, verlo a través de *títulos representativos*. Por último, cuando un jurista afronta el estudio del mencionado contrato, no se preocupa de ver materialmente con sus propios ojos carnales las incidencias y vicisitudes concretas que va sufriendo en la experiencia: más bien cierra los ojos de la carne para mejor usar los del espíritu. Se asoma, sí a la experiencia; pero sólo con el fin de aleccionarse con ella para la interpretación y aplicación normativa. En una palabra, mira al conjunto de las circunstancias, no a una determinada conducta “presuponible” (103).

Queda por saber si el Derecho es un objeto mundanal, “vida humana objetivada”. Pero a esto ya ha replicado Cossio agudamente, en su crítica a Recaséns Siches: “La Cultura, evidentemente, no es un producto separable que pueda quedar ya hecho, ahí fuera. La Cultura, como la vida, está permanentemente haciéndose” (104). “El Derecho, para ser vida humana objetivada tendría que ser huella o rastro de la vida en algo. Eliminada de este algo la Naturaleza, por evidencia, y eliminada la conducta por definición, por ser vida humana viviente, ya no estamos frente a la vida humana en ninguna forma, sino frente a “una entidad especial que participa en las dimensiones características del ser ideal.” Es decir, para llamar a las cosas por su nombre, estamos frente al Derecho concebido como un objeto ideal, así como son objetos ideales los objetos de la Matemática o de la Lógica. La intentona culturalista se ha desvanecido y nos encontramos otra vez con el racionalismo jurídico tradicional que sale lleno de cosméticos del Instituto de Beauté (105).

Cabe dirigir, por fin, a la teoría de los objetos otro invalidativo reproche. Hay en su base una distinción entre existencia y experiencia que de ninguna manera es fundada. La *existencia* y la *experiencia* no pueden desglosarse sin incurrir en el consabido “salto ontológico”. Ciertamente que cabe una existencia allende la experiencia; pero nosotros la ignoramos por completo como tal existencia, y no sólo no la podemos hacer objeto de Ciencia, sino que ni siquiera nos será conocida como objeto. Si la Teología o la Metafísica estudian entes como, por ejemplo, Dios, no lo hacen en cuanto transempíricos para nosotros, sino precisamente apurando los datos de nuestra experiencia que pueden indiciarlos de algún modo. Las pruebas de la existencia de Dios, valga por caso, no constituyen un acrobático ejercicio de la razón abandonada a sí misma, según

¹⁰³ LOIS: *Estudios*, cit. 47 ss.

¹⁰⁴ COSSIO: *Teoría de la Verdad jurídica*, cit. 88.

¹⁰⁵ COSSIO: *Op. cit.* 89.

han supuesto gratuitamente muchos filósofos (¹⁰⁶); son, por el contrario, la interpretación de ciertos hechos de la experiencia según los **cánones de representabilidad** extraídos de la propia experiencia. Si del trazo de niebla dibujado en la cámara de Wilson inferimos legítimamente la presencia de un electrón invisible, con idéntica legitimidad podremos, haciendo uso de los mismos principios, cifrar la inteligibilidad del universo fenoménico en algo que, allende los datos sensibles, sea capaz de explicarlos sin dar lugar a un nuevo problema. Y no habrá ahí un vuelo de la razón en el vacío, sino la culminación consecuente del empirismo (¹⁰⁷). Para nosotros, **existencia, aunque comprendamos la autonomía con que se da**, tiene que ser algo en que algún ente se nos delate.

Así, pues, la teoría de los objetos fracasa en su intento: no puede poner nuestra intuición a punto de captar el ser del Derecho. Brinda una respuesta, pero su testimonio no merece ninguna confianza. Para desembocar en una ontología jurídica nos es indispensable echar a andar por otro camino. ¿Por cuál?

La Filosofía consiste, como sabemos, en una “movilización total” y en una “última ofensiva” en pos de ella. Constituido en supremo tribunal, no dicta el filósofo su resolución inapelable antes de haber oído todos los pareceres y contrastado todas las pruebas. Habiendo enviado a las Ciencias particulares como emisarios suyos a recoger informes, debe, para fallar, llamarlas previamente a capítulo. Sería en menoscabo de la verdad el repudio de cualquier dictamen sin crítica. Ir al encuentro del ser con sólo sus propios medios, sería retornarse al tiempo en que aún no era Reina de saberes la Filosofía. Indagaremos, pues, el ser del Derecho tras haber apurado los datos fidedignos que nos pueda suministrar cualquier legítima fuente informativa. Después, adelantaremos la intuición, ya sola, hasta la comprensión de lo inexplorado más íntimo.

b) Convocación a capítulo de los saberes sobre el Derecho.

Son muchos los saberes que tienen algo que decirnos acerca del Derecho. Lo estudian en algunas perspectivas concretas las Ciencias jurídico-positivas; circulan a su alrededor, enfocando su* orígenes, su evolución, sus constantes universales, las Ciencias jurídicas metapositivas: se acercan a su esencia la Lógica y la Epistemología, e intenta caracterizarlo en su acabada perfección la teoría iusnaturalista. Para no incurrir en una postergación arbitraria que elimine cualquier informe valioso, vamos a examinar las conclusiones que pueden brindar hoy los diversos saberes que se interesan por lo jurídico. Tras esta diligencia previa, será ya posible pasar con pie firme más tarde a la propia investigación metafísica.

¹⁰⁶ Vid. la exposición kantiana en la ***Crítica de la Razón pura***, ed. cit. 437. El punto de vista de otros autores en mis ***Estudios***, cit. 167 ss. Vid. también la felicísima perspectiva que abre ZUBIRI: ***En torno al problema de Dios***, en ***Naturaleza. Historia, Dios***, 1944, 423 ss.

¹⁰⁷ No es posible ningún género de experiencia sin el principio de causalidad, pues tampoco sin él podremos llegar a afirmar jamás la realidad del mundo. Vid. el desarrollo de esta argumentación en mis ***Estudios***, cit. 176 ss. Cfr. ***asimismo: KANT***, op. cit. 113 ss. 156 ss. ***DEL VECCHIO: Filosofía del Derecho***, cit. 131 ss.

c) *El Derecho desde las Ciencias jurídico-positivas.*

Todas las Ciencias jurídico-positivas tienen una nota común de extraordinaria significación e importancia: Son partes integrantes de una totalidad superior, a la que deben ser en último término, reconducidas. No tienen auténtica independencia entre sí, como productos de una circunstancial comodidad didáctica, y más que un haz de Ciencias componen una sola ampliamente subdividida. Su centro de convergencia es el Derecho —o, quizá mejor, el Ordenamiento— positivo. Por eso importa cuestionar, ante todo, en qué consista ese "Derecho positivo" y qué función desempeñe en torno a él el bloque de parceladas Ciencias jurídicas.

Comencemos por preguntar "qué es" el Derecho positivo. La sola posición de la pregunta nos sitúa ya ante el problema en actitud neutral, con dejación de toda clase de valoraciones. Queremos saber simplemente en qué consiste un Derecho positivo encarándonos con él tal como se nos presenta en la experiencia y tal como viene a participar en nuestra vida. Sin embargo, ¡a tarea no es fácil. El Derecho positivo puede ser —y ha sido— contemplado desde varios puntos de vista, así que, a la hora de definirlo, los resultados son discordantes y aun opuestos. De todos modos, cuatro tendencias generales logran expresar, sin excesiva deformación, lo más substancial de las doctrinas. Helas, pues, aquí:

1ª.) El Derecho positivo es un conjunto de normas de conducta conminatorias y coactivas ⁽¹⁰⁸⁾.

2ª.) La esencia del Derecho positivo no la vierten, en absoluto, las normas, que son meros instrumentos conceptuales para la comprensión de aquél; el Derecho positivo, o mejor, el **Derecho** a secas, pues no hay otro, es **conducta humana en interferencia ínter subjetiva** ⁽¹⁰⁹⁾.

¹⁰⁸ *Tal es el tipo de definición que la doctrina mayoritariamente propugna. Vid. en confirmación: RUGGIERO: **Instituciones de Derecho civil** (Serrano Súnñez-Santa Cruz), 1, 1929, 23; DUSÍ: **Istituzioni di Diritto civile**. 1, 1930, 2; ENNECCERUS-NIPPERDEY: **Derecho Civil (Parte General)**. (Pérez-Alguer), 1, 1934, 23, ss.; GIERKE: **Deutsches Privatrecht**, I, 1936, 26; DE PAGE: **Traité élémentaire de Droit civil belge**, I, 1948, 3; ROTONDI: **Istituzioni di Diritto privato**, I, 1952, 26; MESSINEO: **Manual de Derecho civil y comercial** (Sentís), I, 1954, 12. Pero este criterio no sólo priva entre los civilistas, sino que casi todos los juristas lo comparten. Citaremos algunos otros ejemplos, pero parcamente para no recargar con exceso la bibliografía: JELLINEK: **Teoría general del Estado** (De los Ríos), I, 1914, 422 (pese al psicologismo inicial del autor); KELSEN: **Teoría general del Estado** (LEGAZ), 1934, 27 ss; BETTI: **Diritto pro-cessuale civile italiano**, 1936, 3; EICHMANN: **Manual de Derecho eclesiástico a tenor del Codee Iuris Canonice** (Gómez Piñán), I, 1931, 3 ss.*

¹⁰⁹ *COSSIO: **Teoría de la Verdad jurídica**, cit. 75 ss., 150 ss. Con Cossio toda su ya numerosa Escuela, salvo en lo que respecta a la exclusión del Derecho natural, punto en que alguno discrepa de él. VILANOVA: **Idea y realidad del Derecho Natural**, separata de- la Rev. Fac. Der. Buenos Aires, 1952, 1.475 ss. IBÁÑEZ DE ALDECOA: **Meditaciones**, cit. 89, intenta, en cierto modo, hacer compatibles el iusnaturalismo y la egología, y opone la Ciencia del Derecho al Derecho Natural. De esta manera, todos sus esfuerzos rematan en una ilusionada componenda inútil. Así se explica que pueda escribir: "Están demasiado adelantadas las investigaciones para que hoy pueda hablarse de una ley estatal que sea Derecho y de otra ley estatal que no lo sea, porque no se conforma con el Derecho natural" (pág. 90). Ningún auténtico iusnaturalista suscribiría jamás este aserio. Mas creo: ningún auténtico jurista que- no incurra en la miope*

3ª) El Derecho positivo no consiste únicamente en normas ni únicamente en conductas, sino que es imprescindible considerar unas y otras, en conjunción, integrándolo (¹¹⁰).

4ª.) Tanto las normas como los actos jurídicos, ya se consideren aislados, ya en conexión, resultan incapaces de expresar con autenticidad el ser del Derecho vigente, pues unas y otros juegan sólo como instrumentos del mismo. El Derecho positivo es algo que las normas y los actos hacen fuera de sí: es un resultado del efecto combinado de aquéllos. Puede concebirse, en este sentido, como un **orden** o una **reglamentación** eficiente que contiene y preserva la libertad (¹¹¹).

¿Qué decir de todas estas direcciones teóricas encontradas? ¿Pueden refutarse algunas o superarse todas en una sola fórmula comprensiva? Examinemos con objetividad el problema, tal como sale de la experiencia, antes de intentar resolverlo. Para ello, nada mejor que colocarse sucesivamente en el punto de vista de cada una de aquellas teorías, dándolas en principio por ciertas. ¿Qué sucede entonces?

Si suponemos que el Derecho positivo es —como quiere la primera hipótesis— pura y simplemente un **sistema de normas**, un mar de paradojas nos anega. Comienzan al preguntar qué normas son esas. Es verdad que el artículo 6º. del Código Civil ofrece una contestación concreta a la pregunta; pero el mal está en que, pese a sus términos categóricos y, en apariencia, de máxima claridad, deja latente una de las cuestiones más embarazosas de toda la Ciencia jurídica. “El Tribunal que rehúse fallar —dice— a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho.”

Desde que fue promulgado el Código Civil, los juristas patrios están discutiendo sobre el alcance que se haya de atribuir a tal artículo: pero en lugar de haber ido con el tiempo sentando las bases para una conciliación de opiniones, es cada vez más empeñada la polémica. En el fondo, no se sabe aún cuál es el sentido auténtico que se cobija en las expresiones utilizarlas por el Legislador. La diversidad de pareceres reinante (¹¹²) y la buena fe con que hay que suponer que han sido

reducción del Derecho a un cuerpo de normas estatales aceptará una concepción como esa, que acaba con la verdad y con la Ciencia jurídica.

¹¹⁰ CASTRO: **Derecho civil de España**. 1949, 29 ss., si bien en algunos aspectos muestra indicios de superar esta posición.

¹¹¹ DEL VECCIHO: **Filosofía del Derecho**, cit. 282. LEGAZ: **Filosofía del Derecho**, cit. 193. Claro que el punto de vista filosófico en que ambos autores se colocan hace que su definición se extienda al Derecho en su universalidad, sea Natural, sea positivo. Vid. también: JOSSERAND-BRUN: **Derecho Civil** (Cunchillos), I, 1950, 72 ss. GURVITCH: **Sociología del Derecho** (Romera), 1945, 65.

¹¹² No están de acuerdo los autores en cuanto a la extensión que ha de atribuirse al artículo 6.º. Manresa, p. e., comprende entre las fuentes, con la ley y la costumbre, antes que los principios generales del Derecho, a la jurisprudencia de los Tribunales, fundándose en la 3.ª de las Disposiciones adicionales al GC, que ordena que se tenga en cuenta aquella con miras a la utópica reforma decenal del Código. MANRESA: **Comentarios al Código civil español**, I, 1907, 72 ss. SÁNCHEZ ROMÁN (**Estudios de Derecho Civil**, II. 1911, 66 ss.), otorga a la

expuestos bastan para vedar cualquier arbitraria preferencia. Ahora bien, si el Derecho positivo es un sistema de normas, parece que la primera condición que ha de cumplir como tal tiene que consistir en la *identidad* y en la *certidumbre* de las normas integrantes (¹¹³); sin normas *dadas*, mal puede haber *sistema*. En España, sin embargo, falta una precisa determinación de las fuentes litisdecisorias, pues el Código Civil no ha explicado lo que son los principios generales del Derecho ni se ha referido para nada a la Jurisprudencia ni a la Ciencia jurídica. En tal estado de cosas, los Tribunales de Justicia, para quienes es sólo urgente el deber de fallar, pueden con entera libertad completar a su modo el Ordenamiento jurídico. La Jurisprudencia pasa, si es preciso, de contrabando, a título de Ley (¹¹⁴). Y a título de principios generales del Derecho pueden pasar cualesquiera ideas o teorías. Si el Tribunal es soberano en materia de interpretación, ¿cómo no ha de serlo tocante a esas normas vagas que ni siquiera se sabe en qué consisten?

Jurisprudencia carácter de fuente positiva, aun a tenor del CC; para ello, la considera como usus fori. Considera fuentes indirectas a la doctrina, al Derecho natural y la Historia del Derecho. VALVERDE en cambio (Tratado de Derecho civil español. I, 1935, 196), sostiene que el CC privó deliberadamente a la Jurisprudencia de su rango de fuente, “puesto que el art. 6.º habla de las fuentes legales sin hablar de la Jurisprudencia, y en el art. 5.º dice que no prevalecerá contra la Ley la práctica en contrario”. Y añade aún: “Es censurable el criterio del CC, y lo es más todavía si se tiene en cuenta que la práctica de la vida jurídica se desenvuelve en sentido favorable a la Jurisprudencia.

Algo parecido ocurre con los principios generales del Derecho, si im respecto a su condición de fuente positiva, que nadie pone en duda, sí sobre lo que bajo esta locución quiere designarse. ¿Qué son principios generales del Derecho? Hay opiniones para todos los gustos; pero lo que quiso decir el CC permanece en el misterio, si es que la Comisión codificadora llegó a tener ideas claras sobre el particular. Probablemente utilizó la frase “a préstamo” sin conciencia plena de su significación ni aun de su problematismo. En España prevalece la opinión de que los principios generales del Derecho son los del Derecho Natural, si bien no falta quien sostiene (Sánchez Román, op. cit. 100 ss.) —y a nuestro entender, con razones muy atendibles— que en ese concepto caben muy bien el Derecho Natural, los axiomas científicos e incluso las opiniones de los jurisconsultos. No falta tampoco quien limite tales principios a los que de hecho inspiran el Ordenamiento nacional. (BURÓN: Derecho civil español. I, 1898, 130 ss.).

¹¹³ GARCÍA MAYNEZ: *Introducción a la Lógica jurídica*, 1951, 147 s.s. *La correlación entre estas exigencias teórica y la práctica del Ordenamiento punitivo pune al descubierto cuánta verdad hay en la tan repetida observación de Holmes: “La vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido empírica.” The Common Law, 1881, 1. Si el Derecho fuera un conjunto de normas, entonces claro está que no sería nada.*

¹¹⁴ *Escribe CASTÁN: (Derecho civil español común y foral, 1941, 1, 64). “El CC no hace mención de la Jurisprudencia al hablar de las fuentes del Derecho. No obstante, en la práctica del foro conserva la Jurisprudencia la misma importancia que tenía antes de la reforma llevada a cabo por el Código. Y es que, como dice Isábal, la existencia del recurso de casación, dese este por infracción de doctrina legal o sólo por infracción de Ley., conduce siempre al mismo resultado. De nada sirve que se rechace la primera de dichas formas, pues se alegará como infringida no la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, sino la Ley a que aquélla haga referencia.” Cfr. PUIG BRUTAU: La Jurisprudencia como fuente del Derecho. 1951.*

Para complicar más el problema, el art. 5º. del mismo cuerpo legal condena la posibilidad de que prevalezca contra las leyes la *práctica en contrario*. Esta fórmula ha sido interpretada por muchos como alusiva a la Jurisprudencia ⁽¹¹⁵⁾, por más que sea también susceptible de entenderse como una prohibición sin reservas del fraude a la Ley ⁽¹¹⁶⁾. Nada importa en el caso actual insistir sobre la mayor o menor fuerza de los argumentos que amparan una u otra tesis. Cualquiera que se adopte conduce a idéntico resultado: a la negación terminante del normativismo. La Jurisprudencia —si a ella se refiere el art. 5º— resulta una práctica *que ha prevalecido* contra la Ley. Si, en este caso, no se considera *norma*, ¿qué es entonces? ¿Mero hecho? La hipótesis es inadmisibles. El propio Ordenamiento positivo, al tener a las sentencias firmes por *verdad jurídica* ⁽¹¹⁷⁾ y al declararlas inmutables, aun en el supuesto de responsabilidad civil ⁽¹¹⁸⁾. las consagra evidentemente como *Derecho*. Luego, si la sentencia no es norma, el Derecho es algo más que un conjunto de normas. Y si la sentencia se califica de norma, el normativismo hace crisis también, porque no es posible ocultar, sin desnaturalizarla, el carácter de *acto ejecutivo* que la sentencia ostenta, que, más que un *deber ser* expresa un *tienes que hacer* incondicionable.

Por otra parte, si el art. 5º se concibe como una reacción del Legislador contra el fraude a la Ley, entonces tampoco cabe reducir el Derecho a un cúmulo de normas. El fraude es concluyente contra el normativismo, porque, si en el orden positivo no hay más que normas, no puede existir un “tercer género” entre el *cumplimiento* y la *infracción* ⁽¹¹⁹⁾.

En resumen: si el Derecho positivo fuera sólo un conjunto de normas litisdecisorias cuya virtualidad dependiese de la aplicación judicial ⁽¹²⁰⁾, la sentencia sería, en el fondo, la única realidad jurídica, mas no consistiría sólo en una pura normatividad, sino también en *acción* y en *despliegue de fuerza* ⁽¹²¹⁾. Esto significa que para que la norma sea norma, para que el sistema iuspositivo forme un todo orgánico, será preciso que los Jueces reconozcan y apliquen *de hecho* los preceptos jurídicos preestablecidos. El *Derecho positivo* no es, así algo meramente deontológico, sito en región de pura legitimidad, sino un “resultado” de la conjunción de normas y conductas recíprocamente influenciadas.

La teoría normativista presenta aún otras graves quiebras. Como la norma positiva ha de ser “puesta”, conduce a la hipótesis de un Ordenamiento jurídico que surge de la nada y de una

¹¹⁵ Cfr. VALVERDE: *Op. el loc. cit. en nota 108*. MANRESA: *Comentarios*, cit. 69.

¹¹⁶ Cfr. nuestra *Teoría del fraude en el proceso civil*, 1948 (si bien leída como tesis doctoral el 4 de junio del año anterior). 32 ss.

¹¹⁷ CC. 1.251.

¹¹⁸ LEC. 904, 917.

¹¹⁹ Con relación a una norma. los. actos humanos tienen que ser: a) *indiferentes*, es decir, no tenidos en cuenta para nada, y b) *regulados*. Estos últimos tienen que estar a la fuerza o *prohibidos (infracciones)* o *admitidos (porque son conformes a la Ley)*.

¹²⁰ Cfr. sobre esto: VINOGRADOFF: *Introducción al Derecho (Herrero)*. 1952, 26 ss.

¹²¹ Cfr. LOIS: *Grandes problemas del Derecho procesal*, cit.

Sociedad que vive sin Derecho. El contenido de las normas se hace también, así, desdeñable. Cualquier contenido podría ser Derecho ⁽¹²²⁾. El Legislador representaría la omnipotencia jurídica. Cuanto hiciera originariamente no podría ser atacado nunca en nombre del Derecho, sino acatado como Derecho.

La verdad es muy otra. Cualquier Derecho positivo demanda una Sociedad organizada y postula la existencia de un régimen jurídico anterior “vivido”, aunque no sea- “puesto” reflexivamente. Tal Derecho “vivido” es el fundamento de la legitimidad de ese Ordenamiento positivo que se ha estructurado sobre él. Las normas tienen, pues, antecedentes de obligada observancia, no son creaciones libres del Poder. El Derecho positivo traspasa las normas, puesto que las normas remiten a un estado de juridicidad latente, anterior y extrínseco a ellas, al cual *se deben* por entero.

Por muchos defectos que arrastre el exclusivismo normativista, la tesis pragmática del Derecho como conducta no sale mejor librada. Abandonada a sí misma, la conducta siempre sería *hecho* y no cabría establecer sobre ella ninguna discriminación jamás. La conducta no se puede estudiar en sí misma en *sentido jurídico*; la norma, en cambio, sí. Esta es la explicación de por qué el normativismo ha precedido históricamente al pragmatismo: pero no es una refutación apodíctica de éste. Es verdad que la teoría egológica no ha demostrado su afirmación capital de que el Derecho es conducta; en este punto tiene razón García Maynez cuando advierte: “el que la conducta sea *objeto* de las normas del Derecho no prueba que esas normas *no sean objeto* del conocimiento jurídico ni, menos aún, que el objeto de tal conocimiento sea exclusivamente la conducta” ⁽¹²³⁾. Pero el veredicto de “no probado” no es bastante para argüir a nadie de *verdad* o de *falsedad*. La teoría egológica es algo ya demasiado serio para que se pueda echar a un lado con la aseveración superficial de que está montada sobre un sofisma ⁽¹²⁴⁾. El normativismo y la egología son imágenes simétricas uno de otra. El primero afirma que el objeto de la Ciencia jurídica, es decir, el Derecho, consiste en normas; pero después se ve forzado a estudiar la conducta para que las normas tengan *sentido*. La segunda sostiene que el Derecho es *conducta*; pero reincide también en las *normas* como instrumento necesario para la *comprensión* y *tratamiento* de la conducta. De este modo, llamar al Derecho “norma” o “conducta” sería cuestión puramente convencional, que sólo dependería del lugar donde se quisiera colocar la etiqueta. Si no se para mientes en los *problemas* que compete resolver a la Ciencia jurídica como trámite previo para deslindar su objeto, no se ve cómo optar entre esas dos opuestas actitudes. La una está igualmente justificada que la otra.

El alegato capital contra la teoría egológica estriba en la clase de problemas que estudia la Ciencia jurídica. No son sólo los problemas propios de un agregado normativo o los que plantea la conducta humana al encontrarse interferida, sino que son, sobre todo, los problemas que la relación de esos dos mundos antagónicos lleva consigo. Tanto la *interpretación* como la *aplicación*, que son los temas que polarizan más vivamente la atención de los juristas, encierran siempre *cuestiones de correlación* entre el Ordenamiento normativo y la vida social humana v desbordan la competencia de cualquier normativismo o pragmatismo.

¹²² Vid. KELSEN: *La teoría puro del Derecho* (Tejerina), 1946. 96.

¹²³ GARCÍA MAYNEZ: *Lógica del Juicio jurídico*, 1955, 24.

¹²⁴ *Argumento de García Maynez. op. cit. 24, nota.*

La tercera teoría no es más satisfactoria que las anteriores. Para zafarse de los inconvenientes que ofrecen, ha recurrido al cómodo expediente ecléctico de yuxtaponerlas, juzgando que ya se ha hecho todo con evitar el escollo de una visión exclusivista. Pero la nueva fórmula, además de incurra en ambigüedad por no precisar con rigor los actos a que se extiende, no acierta tampoco con la esencia del Derecho positivo. Si uno inquiriere cuáles son los actos que integran un orden jurídico, la demanda, en la perspectiva actual, carecerá de adecuada contestación. Los actos jurídicos —cabría argüir— son un reflejo de las normas; están de antemano tipificados en ellas; se conocen precisamente al proyectar cada norma sobre la realidad social para identificar en sus coordenadas jurídicas aislados sectores de la conducta humana. Pero esta réplica, examinada a fondo, revela bien pronto su endeblez. Las normas positivas son impotentes para apresar en sus mallas toda la infinita diversidad que revisten los actos humanos. Por mucho que se complique el Ordenamiento, la vida le excederá siempre en complejidad. Sólo con las normas no podría nunca el jurista cumplir el fin del Derecho positivo. Ha)-, pues, algo fuera de las normas y de los actos tipificados por ellas que tiene carácter esencial. La creencia en un Ordenamiento “estático” sin lagunas constituye una ilusión sin soporte alguno, por más que se alucinen en ella muchos juristas. El Derecho positivo, aunque haga irrumpir a menudo sobre sus exigencias de *estabilidad* ⁽¹²⁵⁾ una fuerte tendencia actualizadora, es por principio, un Ordenamiento *dado ahí*. que en cada momento hay que suponer acabado y cerrado sobre sí mismo, por más que se expande como el Universo de Lamaitre. Frente a él la Sociedad no se conduce con inercia, sino que toma posiciones y reacciona. La realidad del fraude a la ley es el fehaciente testimonio del poder que tiene la Comunidad para transformar y aún corroer las normas jurídicas. Frente al *sentido* que un Ordenamiento *ostenta de Derecho*, está el que efectivamente *cobra de hecho* ⁽¹²⁶⁾. Aunque el Legislador, sobre aviso, se esfuerce por prevenir y remediar el fraude, la Sociedad habrá de conservar siempre la última palabra decisiva. Las normas jurídicas no son, pues, en verdad, sólo lo que como normas implican; *son lo que resultan en la vida*. Pero los actos jurídicos mentados por ellas tampoco son la totalidad de los actos jurídicos. Las normas abrazan un número finito de supuestos equivalentes: la vida, en cambio, desdeñando los moldes cerrados, se exhibe siempre en nuevos casos con potencia y prolijidad infinita ⁽¹²⁷⁾.

La conclusión de estas premisas se deduce con facilidad. Si se afirma que el Derecho positivo consiste en una doble serie de normas y actos concomitantes, queda trazado un círculo de hierro del que ya no será lícito salir. Ahora bien, un acto no previsto está ya por definición fuera de ese círculo. Debería, pues, ser considerado, sin más, como ajeno al Derecho. Y sin embargo, cuando *su esencia lo requiere*, el Ordenamiento positivo se hace llegar hasta él ⁽¹²⁸⁾. A esta vía, que

¹²⁵ Así lo manifestaba con toda energía nuestro Suárez al definir la Ley como “precepto común, justo y estable suficientemente promulgado”. (*Tratado de Las Leyes y de Dios Legislador —Torrubiano—*, I, 1918, 218). Y con mayor intensidad todavía AMOR RUIBAL: *Derecho penal de la Iglesia Católica*, I, s. f, 127, quien define la Ley como “imperativo legítimo y perpetuo del que gobierna la sociedad, promulgado para el bien común de la misma”.

¹²⁶ Cfr. LOIS: *Estudios*, cit. 157.

¹²⁷ STERNBERG: *Introducción a la Ciencia del Derecho* (ed. españ.), 1940, 23 ss. KANTOROWICZ : *La lucha por el Derecho libre*, en *La Ciencia del Derecho*, 1949. 336 ss.

¹²⁸ Cfr. LOIS: *Grandes problemas*, cit. 60 s.

tiene la virtud de traer al Derecho algo que estaba, en principio, ignorado en la allendidad, ¿se la va a calificar de extrajurídica? A la “última reserva” del Derecho, ¿podrá negársele la jurisdicción?

La cuarta teoría es, pues, por exclusión, la correcta. Las normas son jurídicas, porque contribuyen a hacer el Derecho: lo son los actos, porque tienen esa eficacia también. Pero el Derecho trasciende unas y otros. En su dimensión positiva, el Derecho es “compatibilización aliorrelativa de la libertad en un orden constante” (129).

Definido así el Derecho positivo, cabe ya enjuiciar certeramente la misión que, en relación con él compete a la Ciencia jurídica. Cabe, asimismo, resolver lógicamente y de una vez por todas, el tan debatido problema de si la Ciencia jurídica es o no fuente del Derecho. Vamos a ver cuál es la justa solución a estas dos cuestiones cuya importancia para nuestro propósito resulta evidente.

Toda Ciencia nace como tal cuando los conocimientos individuales de carácter vulgar se manifiestan insuficientes frente a cualquier serie de problemas (130). Por ende, la mejor delimitación del campo de una Ciencia —y en concreto, de la Ciencia jurídica— tiene que consistir en una exposición exhaustiva de su problemática. Hagámosla, pues.

Sea como dato inicial de la experiencia cualquier suceso jurídicamente relevante; vale decir, cualquier *interferencia*. El primer problema que deriva de ahí es, para el jurista, el de identificar la norma de compatibilización idónea. La Ciencia jurídica suministra los medios para llevar a cabo esta identificación. Permite, en primer lugar, al jurista, a través de un sistema de conceptos genéricos, orientarse en el laberinto de la legislación positiva para enfocar en ella el, sector preciso donde hay que esperar ver regulado el caso. Si se encuentra, en efecto, ya lista para aplicar, una norma cuyo supuesto facticio coincide exactamente con el asunto que se ventila, entonces todo quedará reducido desde ese instante a seguir las pautas que la misma norma establece en su consecuencia jurídica. Cualquier duda que pueda suscitarse respecto a este proceder ha de ser resuelta, mediante la teoría de la interpretación, con cánones establecidos por la Ciencia jurídica. Pero si, como acontece con mayor frecuencia, las previsiones legislativas no hubieran alcanzado a prever directamente el caso controvertido, entonces el papel de la Ciencia jurídica sube de punto. Le corresponderá nada menos que la elaboración de la norma compatibilizadora debida. Aunque el Derecho “presida su propia creación” (131), lo hace tan de lejos que la deja, en rigor, encomendada a la Ciencia jurídica. El Ordenamiento positivo contiene, pues, así una respuesta, casi siempre incompleta, a las cuestiones litigiosas de que se suele salpicar la vida. La Ciencia jurídica tiene, por tanto, como misión primera, servir de cauce para completar el orden jurídico. Una teoría, construida por el jurista o por el Juez e incorporada a una sentencia, ha de llegar siempre, hecha realidad en el caso concreto, a formar parte del Derecho positivo. De este modo, la Ciencia jurídica resulta la fuente suprema e inevitable del

¹²⁹ Vid. *mi Contenido esencial de la Ciencia jurídica*, en *Arbor* de abril de 1949, 522.

¹³⁰ GURVINTCH-MERTON: *Sociología del conocimiento* (Cruz), 1953, 47 ss.. 53 es. Cfr. MARTÍNEZ PAZ: *Sistema de Filosofía del Derecho*, 1932, 195 ss.

¹³¹ KELSEN: *La Teoría pura*, cit. 108.

Derecho, a la que todas las demás tienen que rendir pleitesía (¹³²).

Hay más aún. Toda tarea de aplicación legal, sea cualquiera su signo, presupone un conocimiento cabal del valor que, como *módulos operativos* (¹³³), poseen las disposiciones jurídicas. Surge, pues, de ahí, el segundo problema importante que ha de absorber la atención del jurista. Se hace preciso *interpretar*: es decir, establecer una constante correlación entre la norma y la experiencia para que aquélla se ilumine al reflejo de la claridad que pueda ésta comunicarle (¹³⁴). Pero también una interpretación consecuente, con la *calificación* y el *deslinde* de las instituciones equívocas, es un atributo monopolizado por la Ciencia jurídica (¹³⁵).

¿Qué es, entonces, la Ciencia jurídica respecto al Derecho positivo? Obviamente, un elemento más del mismo. El Derecho positivo es un método para dictar y ejecutar sentencias, formulado en un lenguaje cabalístico cuyo secreto sólo la Ciencia jurídica sabe desentrañar. Nada es, pues, el Derecho positivo sin la Ciencia jurídica. Confundidos en unión simbiótica, cada uno tiene su sentido en el otro.

Así las cosas, ¿qué nos puede decir la Ciencia jurídica sobre el ser del Derecho? Exactamente, lo que el Derecho positivo nos puede decir de sí mismo. Las diversas Ciencias, que versan sobre él, están presentes ahí fuera, como un dato que ha de recoger y valorar la Filosofía. El Derecho positivo no acierta siquiera a informarnos de su propio ser, que para él es opaco y recóndito; pero resplandece fluorescente cuando incide sobre sus profundidades el claro destello de la Filosofía.

La teoría de los objetos había concebido el Derecho como un objeto cultural. Desde otros puntos de vista, es muy frecuente considerarlo como un *producto de la cultura* (¹³⁶). Sin embargo, no cabe comprender así la esencia del Derecho; ni siquiera la del Derecho positivo. La

¹³² Vid. el artículo de A. D'ORS: "*De la prudentia iuris*" a la "jurisprudencia del T. S", en *Información jurídica*, diciembre de 1947, 63 ss.. y la réplica de Castro, conservadora e idealista, que no desmiente, ni siquiera niega la realidad: *¿La ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho?*, en A. D. C, I, 1, 1948, 574 ss. Vid. también su *Derecho civil de España*, cit. 509. Ulteriormente ha ampliado también d'Ors sus puntos de vista. Vid. *Jus Europaeum? Separata de los Studi KOSCHAKER. 1953; Principios para una teoría realista del Derecho*, en AFD.. I, 301 ss., y *Los romanistas ante la actual crisis de la Ley*, que mejor que ningún otro perfila su pensamiento.

¹³³ Cfr. LOIS: *Estudios*, cit. 209 ss.. esp. 213 ss.

¹³⁴ HECK: *Gesetzesauslegung und Interessenjurüprudenz*, 1914, 57.

¹³⁵ Cfr. BETTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949, 13 ss. CASTÁN: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. Metodología y Técnica Operatoria en Derecho privado Positivo*, 1947, 25 ss., 50 ss. CASTRO: *Derecho civil*, cit. 461 ss. LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, cit. 413. M. R. COHÉN: *Law and the. Social Order*, 1933, 121 ss.

¹³⁶ Cfr. LASK: *Filosofía Jurídica (Goldschmidt)*, 1946, esp. 21 ss. RADBRUCH: *Filosofía del Derecho* (ed. españ.), 1944, 7 ss. MAYER: *Filosofía del Derecho (Legaz)*, 1937, 16 ss. Sobre otros aspectos del movimiento culturalista en el Derecho, vid. RECASÉNS: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, 1929, 196 ss. La doctrina jurídica del mismo RECASÉNS: *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico no es más que una integración de este punto de vista*; vid. su *Vida humana, Sociedad y Derecho*, cit. 52 ss.

contraposición que suele hacerse entre “naturaleza” y “cultura”, que acaso esté justificada en otros campos, carece enteramente de base al trasladarla al ámbito jurídico. El Derecho no es sólo “cultura”, sino que también encierra elementos que son auténtica “naturaleza”. Elementos de tal manera necesarios, de tal manera inherentes que sin ellos ningún Derecho podría existir. Si la *naturaleza*, como Rieckert pretende, es “el conjunto de lo nacido de sí, oriundo de sí y entregado a su propio crecimiento”, y la cultura “lo producido directamente por él hombre actuando según fines valorados”, o, así la cosa existe de antes, lo *cultivado* intencionadamente por el hombre, en atención a los valores que en ello residan” (137), entonces será cultura, si se quiere, el sistema de normas jurídicas; pero no lo que constituye una floración espontánea de la vida social. Pese a la incompreensión y a los ataques que el iusnaturalismo ha padecido, sería absurdo ignorar cómo la vigencia positiva de cualquier Derecho tiene que asentarse sobre una muchedumbre de relaciones interhumanas previas, sujetas exclusivamente a un ordenamiento *natural* (138). Ningún Derecho es ni siquiera concebible sin ese fondo esencial de naturaleza, puesto que cualquier organización positiva presupone una situación de paz o de tregua y reclama un nivel de aquiescencia mayoritario.

Ahora bien, si la distinción entre naturaleza y cultura obedece al imperativo epistemológico de acomodar el método al objeto, ¿cómo prescindir, sin caer en inadmisibles partidismos, de esta cualidad ontológica que siempre se descubre en el Derecho? Cuando la cultura pospone y absorbe en absoluto a la naturaleza hasta el extremo de hacerla desaparecer como entidad independiente, igual que ocurre en los dominios del Arte o de la Historia, entonces cabe que la reflexión científica, desentendiéndose de los elementos naturales concentre su atención por dentro en el agregado cultural resultante. Sin embargo, cuando, tal como acontece en el Derecho, la acción de la naturaleza se acusa con tanta intensidad que la intervención del hombre no logra suplantarla ni imponerle sus moldes, en ese caso, la relegación y subsunción de la naturaleza en la cultura tiene que resultar arbitraria. El problema planteado en torno a la esencia del Derecho no se resuelve, por tanto, con una facilísima remisión a las peculiaridades de la cultura. Es mucho más complejo que todo eso. Y, desde luego insoluble, si como parte integrante del Derecho positivo no se instala un duro cimiento de Derecho natural (139).

B) EL MENSAJE DE LAS CIENCIAS UNIVERSALES DEL DERECHO.

**) La Psicología jurídica.*

De todos los hombres de Ciencia, con suma probabilidad resulta el jurista el menos propicio a

¹³⁷ RICKERT: *Ciencia Cultural y Ciencia Natural* (García Morente), 1952, 50.

¹³⁸ Cfr. LOIS: *Estudios*, cit. 246 ss.

¹³⁹ Todos los autores que se han ocupado de fundar el Derecho en los hechos y que quieren ver en éste la expresión de un fenómeno social “natural”, como muchos seguidores del positivismo sociológico, son, en el fondo, sépanlo o no, herederos espirituales de la concepción iusnaturalista. No es extraño, pues, que un GURVITCH (*Sociología del Derecho*, cit. 15), considere a esta disciplina como un *sucedáneo del Derecho Natural*. Sobre la concepción iusnaturalista que actualmente puede tener vigencia, vid. inf.

renovar sus métodos y a revisar periódicamente sus conclusiones. Tal vez sea porque, comportando el Derecho un requerimiento ineludible de *estabilidad* ⁽¹⁴⁰⁾, predispone a que se adquieran hábitos conservadores. De una manera u otra, el caso es que la Ciencia del Derecho se perjudica notablemente por este conservadurismo acrítico. Sin más que un examen superficial, o acaso sin él, incluso, quedan con frecuencia condenadas al ostracismo teorías interesantísimas que discutidas, cribadas y remozadas hubieran podido dar lugar a sectores científicos independientes. La Psicología jurídica proporciona un ejemplo magnífico de este hecho. En rigor, de Ciencia no tiene más que el nombre. Hoy por hoy, constituye un conjunto de teorías sueltas, expuestas al azar, sobre algunos aspectos llamativos del gran problema psíquico-jurídico. No ha logrado aún coherencia lógica ni estructura unitaria, a pesar de ser evidentes las razones que aconsejan su estudio. Los sedicentes tratados de Psicología jurídica son, a la verdad, un conjunto inconexo de nociones psicológicas aplicadas a particulares problemas jurídicos ⁽¹⁴¹⁾.

Así, pues, por el estado embrionario en que se encuentra, es muy poco lo que la Psicología jurídica puede actualmente enseñarnos. Más bien que ilustrar a la Filosofía, tiene aún que recibir sus inspiraciones para poder organizarse como Ciencia.

En efecto, la Psicología jurídica se ha ocupado hasta el momento de las siguientes cuestiones periféricas:

1ª.) *El sentimiento jurídico*; 2ª.) *la conciencia del Derecho*; 3ª.) *las bases psíquicas de la obediencia al Derecho*; 4ª.) *el juego de las pasiones en la realización del Derecho*; y 5ª.) *las aptitudes personales que condicionan el curso de lo jurídico*. Conviene decir algunas palabras sobre cada una de estas cuestiones.

1ª.) La experiencia nos proporciona constantes pruebas de la existencia y efectividad del sentimiento jurídico. A cada paso, estamos calificando instintivamente de *justas* o *injustas* tanto Leyes como costumbres, tanto sentencias de Tribunales como instituciones o conductas. No finca nuestra crítica, en estos casos, en un análisis racional consecuente, que toma conciencia del supuesto y de sus circunstancias y los enjuicia desde la perspectiva de fundamentales principios. No; el sentimiento jurídico es una reacción inmediata de nuestro psiquismo en que no se advierte ningún proceso intelectual. Sin rodeos, como la intuición, da él, emocionalmente, un dictamen práctico sobre la rectitud o iniquidad de normas o conductas. No cabe pues, dudar de la existencia del sentimiento jurídico; es una fuerza positiva y actuante, que ejerce poderosa influencia en la vida jurídica. Ahora bien, ¿cuál es la esencia del sentimiento jurídico? ¿Qué valor debe

¹⁴⁰ Cfr. STERNBERG: *Introducción a la Ciencia del Derecho*, cit. 31 ss.

¹⁴¹ Aún no se ha llevado a cabo la empresa de construir una Psicología del Derecho con el rigor científico que el tema demanda. Hay, sí, una bibliografía bastante abundante sobre algunos problemas particulares, especialmente sobre aquellos de más interés práctico, que suelen ser precisamente los de menos importancia teórica y sistemática. Prescindiendo de las obras más particulares, de que iremos haciendo mención en adelante, conviene citar: PETRAZYKI: *Über die Motive des Handelns*, 1907; POLITZ: *Die Psychologie des Verbrechers*, 1909; KLEIN: *Die psychologischen Quellen des Rechtsgehorsams*, 1912; MARBE: *Grandzüge der forensischen Psychologie*, 1913; ERISMANN: *Angewandte Psychologie* 1920; RIEZLER: *Das Rechtsgefühl*, 1928; HOCHÉ: *Das Rechtsgefühl*, 1932; ELIASBERG: *Rechtspflege und Psychologie*, 1933; ERISMANN: *Psychologie und Recht*, 1947; GORPHE: *Las Resoluciones judiciales (Alcalá Zamora)*, 1953.

concedérsele? Estas preguntas son de sumo interés y gran dificultad, y han recibido respuestas muy distintas. Hay, en primer lugar, quien cree que el sentimiento del Derecho es *innato* en nosotros (¹⁴²); Dios mismo ha impreso en la conciencia los preceptos de la Ley natural en forma indeleble. Como escribe San Agustín: “*Lex tuq est in cordibus hominum, quam nec ulla quidem delet iniquita*” (¹⁴³). Pero no faltan tampoco quienes nieguen radicalmente esta posibilidad. Del mismo modo que no existen ideas innatas en el orden especulativo tampoco se pueden dar en el orden práctico (¹⁴⁴). El sentimiento del Derecho es producto de una experiencia en materias jurídicas, experiencia adquirida al azar, y constituye el punto de vista personal en que cada cual se coloca para enjuiciar a. su sabor en cosas de Derecho” (¹⁴⁵).

Entre estas alternativas extremas hay además, alguna tentativa conciliadora. Tal es, por ejemplo, la teoría de Spencer. Según el gran filósofo evolucionista, las intuiciones morales de cada individuo son el resultado de primitivas *asociaciones* mnémicas, hechas *instinto* y adquiridas por herencia. Mientras el hombre vivía en aislamiento no seguía otra norma que la de su propio interés. Observando más tarde que su contribución al bien de los demás, redundaba en su propia ventaja, fue estableciendo enlaces empíricos entre lo altruista y lo útil para sí, formando de esta suerte la idea de lo bueno. El tiempo y el mero hecho de la transmisión hereditaria borraron después la causa de la asociación, y, así, el sentimiento de lo justo parece hoy connatural al individuo (¹⁴⁶).

También del Vecchio parece adoptar una actitud ecléctica. “El problema de la naturaleza originaria de lo justo —escribe— encierra verdaderamente varias soluciones, según el modo de plantearse según que se considere al fenómeno de su desenvolvimiento o su esencia de idea. Esta, como tal, no puede tener *origen* alguno histórico, puesto que los hechos tan sólo podrán mostrar *ejemplos* de sus afirmaciones (perfecta o imperfectas), pero nunca *producir* lo que, desde este punto de vista, es condición de su presencia. Jamás la historia podrá suplantar a la idea, porque no podrá librarse de su *supuesto*, y la idea es, por esencia, metempírica, esto es, no se reduce al acaecer” (¹⁴⁷).

Pero el problema está más allá. Lo que fundamentalmente se trata de saber es de dónde proviene

¹⁴² Vid. lo que al respecto dice STAMMLER: *Tratado de Filosofía del Derecho* (Roces), 1930. 7. No parece, sin embargo, exacto afirmar que la ideología innalista haya sido desterrada desde Kant. En cierta forma, aún perdura. A menudo, se presuponen en la práctica nociones innatas, aunque teóricamente se las niegue o no se las designe de este modo. De una “como ley innata” habla aún hoy GALÁN: *Ius naturae*, 1954, 89.

¹⁴³ *Confess.*, II, 4. “Tu Ley está gravada de tal modo en. el corazón del hombre, que no hay maldad que baste para borrarla.” (Cito según Ceballos, 1946, 46.)

¹⁴⁴ Cfr. CATHREIN: *Filosofía del Derecho. El Derecho Natural y el Positivo.* (Jardón-Barja), 1926, 37.

¹⁴⁵ STAMMLER: *La génesis del Derecho* (Roces), 1936, 66.

¹⁴⁶ SPENCER: *La Justicia.* (Ed. La España Moderna), s. a. 38 ss.

¹⁴⁷ Cit. DEL VECCHIO: *El sentimiento jurídico*, en RGLJ, GXV, 73 s. 7W. Y también en el vol. *Hechos y Doctrinas*, 1942, 37 ss. loc. cit. 45.

el sentimiento de lo justo: es decir, la noción subjetiva de la rectitud moral y jurídica que poseemos todos.

De conformidad con la doctrina tradicional, aunque moderando sus pretensiones. Cathrein brinda otra explicación. Vamos a examinarla:

“Así como el entendimiento se forma por sí mismo las nociones de ser, bueno, agradable, etc., también construye con los hechos presentes y perceptibles por los sentidos el concepto del Derecho y de su opuesto (**Recht und Unrecht**). Mientras los órganos corporales, que son las condiciones primordiales y los conductos de la actividad espiritual, no se han desenvuelto suficientemente permanece el niño en la vida vegetativa y en la actividad sensitiva, por decirlo así; más en cuanto adquiere bastante desarrollo corporal, empieza la edad del discernimiento, la inteligencia entra en actividad y llega a adquirir conceptos y juicios totalmente universales *antes de toda enseñanza de los hombres*; a tales conceptos pertenece el de bueno y malo, paz y orden, justo e injusto, y a aquellos juicios el principio de que debe hacerse el bien y evitar el mal, no inferir agravio a otro, y así sucesivamente ⁽¹⁴⁸⁾. “Por San Pablo (Rom. 2-14) sabemos que Dios ha impreso en el alma de todos los hombres, aún de los que carecen de leyes escritas, las leyes morales más generales, que se manifiestan en la conciencia humana, y según las cuales hemos de ser juzgados en el gran día de la justicia” ⁽¹⁴⁹⁾.

El texto de San Pablo a que Cathrein se refiere es citado en extenso para su mejor aclaración, éste:

“Cuantos hubiesen pecado sin Ley, sin Ley perecerán; y los que pecaron en la Ley, por la Ley serán juzgados. Porque ante Dios no son los justos los que oyen la Ley, sino que resultarán justificados los que la practican. Pues practicando *naturalmente* los gentiles, carente de Ley, las cosas que son de Ley, aún no teniendo Ley, son ellos Ley para sí mismos: que muestran la obra de la Ley escrita en sus corazones...” ⁽¹⁵⁰⁾.

¿Dice, en efecto, San Pablo lo que, como en el caso de Cathrein es frecuente atribuirle?

La cuestión se presta para el debate. Por su estructura y por su riqueza metafórica, la fijación *precisa* del sentido auténtico que haya que dar al texto paulino se hace sumamente difícil para nosotros. La abundancia de imágenes, que comunica tanto animación al estilo del grande Apóstol, ofrece, en este caso, el inconveniente de amplias zonas en blanco, susceptibles de variadas interpretaciones. Hay, por eso, cierta propensión a leer en el pasaje paulino *las propias ideas*, abrigando la convicción, empero, de actuar con la máxima objetividad ⁽¹⁵¹⁾. Prueba de cómo se “colorea” el texto de la Epístola al tenor de las opiniones preconcebidas es la diversidad de matices que se advierte al confrontar distintas traducciones ⁽¹⁵²⁾. *La Vulgata* sí que es

¹⁴⁸ CATHREIN: *Filosofía del Derecho*, cit. 38.

¹⁴⁹ CATHREIN: *Op. cit.* 58.

¹⁵⁰ Rom. 2, 12 ss. (Traduzco literalmente de la Vulgata, cuyo texto latino aparece consignado en nota 153).

¹⁵¹ La prueba, que nadie acusa el problematismo, indudable en muchos aspectos, del pasaje.

¹⁵² NÁCAR-COLUNGA: *Sagrada Biblia*, 1944, 1.298 ss., vierten así: “Cuantos hubiesen pecado sin Ley, sin Ley perecerán; y los que pecaron en la Ley, por la Ley serán juzgados; porque no son justos ante Dios los que oyen la Ley, sino los cumplidores de la Ley; esos serán declarados justos. En verdad, los gentiles que, guiados por la razón natural sin Ley, cumplen los preceptos de la Ley, ellos mismos, sin tenerla, son para sí mismos Ley. Y con esto muestran que los preceptos de la Ley están escritos en sus corazones. FERNÁNDEZ ALVAR : En ed. de *La Ley de Santo Tomás de Aquino*, 1936, 30. traduce con esta otra variante: “Cuando los gentiles, que no tienen Ley, obran como por natural instinto aquello mismo que la Ley prescribe...” (Para

completamente *neutra*: sin comprometerse en teorías deja las palabras de San Pablo como están ⁽¹⁵³⁾.

¿Qué es, pues, ateniéndose al texto transcrito, lo que realmente dice San Pablo? Pielés a nuestro método interpretativo vamos a tomar en bloque las *posibilidades* que se abren ante el exégeta y a tratarlas con criterios objetivos de adveración, hasta que una sola se nos presente como viable ⁽¹⁵⁴⁾. Tenemos ya una versión posible, la de Cathrein, que como sabemos, se puede condensar así:

1ª.) Dios ha impreso en el alma de todos los hombres las supremas normas morales y juzgará conforme a ellas a los que han disfrutado de una Revelación positiva.

Pero esta interpretación no es ni la única imaginable, ni siquiera la más correcta. Veamos otras:

2ª.) No consiste el ser justos en vivir formalmente sujetos a la Ley revelada, acatándola en teoría, sino en cumplirla en la práctica. No conocen la Ley los gentiles, ni, por tanto, están sujetos a ella; pero, si *por inclinación natural* la cumplen, quedarán justificados ante Dios, *Ellos mismos serán su propia Ley*. Se salvarán si muestran con sus obras que su corazón es adicto a la Ley.

3ª.) Los gentiles no poseen una Ley escrita; pero si *por razón natural*, al advertirse de sus preceptos los acatan, ganarán la bienaventuranza eterna.

4ª.) Los gentiles tienen la Ley en su propia conciencia. Si obran de conformidad con su sentimiento del bien y del mal, son justos, sino, inicuos. Dios juzgará a cada uno por los dictados de su propia conciencia. Es inevitable tener un criterio de calificación moral de las acciones. No hace falta que todos tengan el mismo. Está Dios al tanto de los de todos y en condiciones de juzgar a cada uno a tenor del suyo.

Todas estas apreciaciones discrepantes del pensamiento paulino arrancan de la diversa importancia concedida a la función que desempeñan en el discurso ciertas expresiones. Cathrein, por ejemplo, da el máximo relieve a la frase: “ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis” y organiza todo el contexto en consonancia con este trozo, que considera principal. Pero cabe igualmente realzar, con la misma legitimidad, otros pasos, como “ipsi sibi sunt lex” o “naturaliter ea, quae legis sunt, faciunt”, y articular el significado global de los diversos miembros oracionales desde cada una de estas perspectivas (según se ha efectuado en la 2ª. y 3ª. pos.)

Sea como quiera, la única forma de salir razonablemente de dudas consiste en contrastar el fragmento apostólico con informaciones indiscutibles adquiridas por otros medios. Tal es la empresa que vamos a acometer en seguida.

Dos palabras hay en el texto paulino que encierran la clave de todos sus enigmas: son. *φύσις*, y

otras interpretaciones, vid. las traducciones de la Biblia de Scio, Petisco-Torres Amat, Colunga-Turrado.)

¹⁵³ “*Quicumque enim sine lege peccaverunt, sine lege peribunt: et quicumque in lege peccaverunt, per legem iudicabuntur. Non enim auditores legis iusti sunt apud Deum, sed factores legis iustificabuntur. Cum enim gentes, quae legem non habent, naturaliter ea, quae legis sunt, faciunt, eiusmodi legem non habentes, ipsi sibi sunt lex: qui ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis...*”

¹⁵⁴ *A tenor de la teoría propugnada en nuestros Estudios, cit. 197 ss.*

νόμος, naturaleza y ley. ¿A qué Ley se refiere San Pablo? ¿Qué se entiende por “naturaleza”?

San Pablo habla, evidentemente, de una “Ley” **que obligaba en conciencia** a los judíos —puesto que iban a ser juzgados por ella— de una Ley **escrita**, “impuesta”. El problema está en saber qué extensión concede San Pablo al término “Ley”. ¿Lo toma en sentido estricto, haciendo sólo alusión al Decálogo, o lo toma en su sentido más amplio, comprendiendo todas las prescripciones legales obligatorias, el ordenamiento positivo judaico?

La primera solución parece más de acuerdo con las exigencias internas del texto, pues si el Apóstol menciona la posibilidad de que los gentiles observen la Ley, resulta costoso imaginar que se refiera al conjunto de la legislación mosaica.

Sin embargo, no se puede echar en olvido que San Pablo era “hebreo”, que su lengua nativa, el arameo, y su educación y puntual observancia de las prácticas religiosas judías, tenían que haber dejado una impronta decisiva sobre su modo de pensar⁽¹⁵⁵⁾. Al hablar, pues, de **Ley**, remitiéndose a la Ley judía, es claro que juzgará y actuará como judío. Bajo la cobertura accidental de la palabra griega **νόμος**, estaría en su mente, de seguro, el vocablo judío equivalente, pero insustituible. Saulo pensaba en la **Sefer Thora**, por más que San Pablo se viera forzado a verter esta expresión en la pálida forma griega **νόμος**. Ahora bien, ¿qué es la Thora para los judíos? La Thora, la “Ley”, no designa sólo el Decálogo, ni siquiera sólo el Deuteronomio, sino la totalidad del Pentateuco⁽¹⁵⁶⁾. Es a todo lo preceptuado en el Pentateuco, de cumplimiento ineludible dentro del judaísmo, a lo que San Pablo, en primer término, se refiere. No podría reducirse al Decálogo, porque sería lo mismo que afirmar la doctrina errónea de que los judíos, juzgados, según eso, por el Decálogo, no estarían obligados a más.

Sentado esto, no se puede obviamente pretender que San Pablo mantuviera frente a los gentiles la misma exigencia de cumplir íntegramente la Ley; sería absurdo. Cuando habla de “Ley” para los gentiles **tiene que usar la palabra en un sentido muy distinto** al que le atribuye cuando la refiere a los judíos. Y no se crea que esta dualidad semántica (nada insólita, por otra parte constituye un obstáculo que desaparece al interpretar “Ley” como “Decálogo”). No hay nada de eso. Ni todo el Decálogo podría considerarse, tampoco, plenamente obligatorio para los gentiles serían aún sus preceptos los únicos obligatorios. ¿Cómo imponer, por ejemplo, a los gentiles el descanso sabático o cómo excusarlos del deber general de veracidad o de otros **deberes morales íntimos**? Los siete últimos mandatos del Decálogo son todos **aliorrelativos**; es decir, de **naturaleza jurídica**, no moral. Por tanto presupone otros preceptos morales esparcidos por el Pentateuco, amén de los implicados en ellos o necesarios para ellos. Rota, pues, necesariamente la ecuación terminológica, al no significar **νόμος** lo mismo aplicándolo a los judíos que aplicándolo a los gentiles, es indiferente ya que el cambio semántico sea mayor o menor.

En cuanto a la expresión **φύσις** que cifra otro de los puntos críticos de la cuestión, y que tanto juego ha dado a la Filosofía, es luminoso el esclarecimiento heideggeriano. Dice así el genio alemán:

“En la época del primero y decisivo despliegue de la filosofía occidental, es decir, entre los griegos... al ente se lo llamó **φύσις**. Esta fundamental palabra griega que designa el ente, se suele traducir con el vocablo “naturaleza”. Se emplea la traducción latina **natura** que, en sentido propio, significa “ser nacido”, “nacimiento”. Pero ya con esta traducción latina se extorsionó el contenido originario de la palabra griega **φύσις**, y se destruyó la fuerza nominal,

¹⁵⁵ Cit. SCHUSTER-HOLZAMMER: **Historia Bíblica** (P. Riezu). 1935, & 567 ss. Vol. II.

¹⁵⁶ Vid. SCHLSTER-HOLZAMMER: **Historia Bíblica**. cit. I. & 30, 396, 672, 716.

propiamente filosófica de dicho término. Tal cosa no sólo rige para la traducción latina de *esta palabra* sino para todas las demás versiones del lenguaje filosófico de Grecia al de Roma. El procedimiento de semejante traducción de lo griego a lo romano no es arbitrario ni inofensivo, sino que señala la primera sección de un proceso que se cerraba y tornaba extraño a la esencia originaria de la filosofía griega. La traducción latina fue decisiva para el Cristianismo y la Edad Media cristiana, que la trasmitió a la Filosofía moderna, la cual se movió dentro del mundo conceptual de la Edad Media, creando luego aquellas ideas y definiciones corrientes, que aún hoy hacen ininteligible el comienzo de la filosofía occidental. Este comienzo tiene el valor de tal: la actualidad consistiría en la supuesta superación de lo que desde hace mucho tiempo se ha dejado atrás.

Pero ahora saltamos por encima de todo este curso de desfiguración y decadencia para tratar de reconquistar la fuerza no destruida del lenguaje y de las palabras, que no son, en absoluto, cascaras en que las cosas se empaquetan para el comercio del que habla y escribe. Para nosotros, las cosas sólo llegan a ser y son en la palabra, en el lenguaje. Por eso, el abuso de la lengua en la simple charla, en las consignas y frases, nos hace perder su auténtica relación con las cosas. Ahora bien, ¿qué dice la palabra *φύσις*. Significa lo que sale o brota desde sí mismo (*das von sich aus Aufgehende*) (por ejemplo, el brotar de una rosa); el desplegarse que se manifiesta, lo que en tal despliegue se hace manifiesto y se detiene y permanece en esta manifestación; brevemente dicho, la fuerza imperante (Walten) de lo que, al brotar, permanece. Desde el punto de vista del léxico, *φύσις* significa crecer, hacer crecer. ¿Qué quiere decir crecer? ¿Acaso significa el incremento (Zunehmen) cuantitativo, el llegar a ser cada vez más grande

La *φύσις*, entendida como salir o brotar, puede experimentarse en todas partes, por ejemplo, en los procesos celestes (salida del sol), en las olas del mar, en el crecimiento de las plantas, en el nacimiento de los animales y hombres a partir del vientre materno. Pero *φύσις*, la fuerza imperante que brota, no significa lo mismo que esos procesos hoy considerados como pertenecientes a la “naturaleza”. Tal salir y sostenerse fuera de sí y en sí mismo (*Dieses Aufgehen mü In-sich-aus-sich-Hinausstehen*) no se debe considerar como un proceso que entre otros observamos en el ente. La *φύσις* es el ser mismo, en virtud del cual el ente llega a ser y sigue siendo observable.

Los griegos no han experimentado lo que sea la *φύσις* en lo* procesos naturales, sino a la inversa: basados en una experiencia radical del ser poética e intelectual, se desprendió lo que para ellos tenía que llamarse *φύσις*. Sólo sobre tal derivación pudieron observar la naturaleza en riguroso sentido. Por eso, la palabra *φύσις* significó para ellos, originariamente, el cielo y la tierra, la piedra y el vegetal, el animal y el hombre, la historia humana, entendida como obra de los hombres y de los dioses, y, finalmente, los dioses mismos, sometidos al Destino. *Φύσις* significa la fuerza imperante que sale y el permanecer regulado por ella. En esta fuerza imperante, que permanece al salir, están incluidos tanto el “devenir” como el “ser”, entendido éste en el sentido estrecho de lo que permanece inmóvil. *Φύσις* es el estar fuera (Enstehen - nacer), el salir de lo oculto y el sostenerse así...”

Al ente como tal y en su totalidad, los griegos lo llamaron *φύσις*. Pero debemos aludir al hecho de que ya dentro de la filosofía griega se introdujo rápidamente un estrechamiento de la palabra, sin que desapareciera de tal filosofía aquella significación originaria, tomada de la experiencia, del saber y de la actitud que la caracterizan. Todavía en Aristóteles, cuando habla de los fundamentos del ente como tal (Gfr. Met. I, 1.003 a 27), resuena el conocimiento de este significado primigenio.

Pero este estrechamiento de la *φύσις* en la dirección de lo *físico* no aconteció del modo que nosotros, los contemporáneos, nos imaginamos. A lo físico le oponemos lo “psíquico”, lo anímico, lo animado, lo viviente. Sin embargo, todo ello, aún para los tardíos griegos, pertenecía a la *φύσις*. Como manifestación opuesta introdujeron lo que llamaba *Θέσις* posición. Lo puesto, o el *νόμος*, ley, regla, en el sentido de las costumbres. Pero éstas no constituyen lo moral, sino que se refieren a lo que afecta a los usos, a lo que se apoya sobre los lazos de la libertad y a lo señalado por la tradición. Más tarde, el *ἔθος* —es decir, lo concerniente a la libre conducta y actitud, a la configuración del ser histórico del hombre— fue degradado, por influjo de la *moral*, al dominio de lo ético” (157).

Con estas aclaraciones, queda sólo una cuestión ulterior para descifrar por completo el texto paulino. Se trata de saber qué significa concretamente la frase “ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis”. Positivamente, no quiere decir que los preceptos de la Ley estén escritos en los corazones de los hombres, como se interpreta muy a menudo. *Opus legis* no tiene nada que ver con los *preceptos de la ley*. La palabra *opus* traduce a la griega *ἔργον* cuyo sentido es el de “obra”, “producto”, resultado práctico obtenido”, “efecto”. *Opus legis* equivale, pues, al “efecto de la Ley” a los vestigios que deja en el alma el cumplimiento de la Ley es decir, para concretar

¹⁵⁷ Vid. HEIDEGGER: *Introducción a la Metafísica.*, cit. 49 s.

en términos inequívocos la metáfora, a la *paz interior*, a la *tranquilidad de conciencia*, después de que la ley ha sido acatada, o, si es antes, a la *coacción psicológica*, a la *intima moción con que la Ley induce a su cumplimiento*.

Estamos ahora ya en condiciones de interpretar con conocimiento de causa el fragmento paulino. San Pablo viene, en realidad, a decir lo siguiente:

”Es indiferente que los pueblos tengan o no una ley divina positiva para que puedan ser argüidos de pecado. Sin esa Ley, cabe también pecar. Y serán castigados los que pequen. Pero no basta con haber disfrutado de la Revelación (en el sentido de Ley divina positiva o Thora) para salvarse, pues no consiste el ser justos en tener una Ley, sino en cumplir *la Ley que se tiene*. Cuando los gentiles, que no disponen de Leyes positivas reveladas, cumplen, por la fuerza reguladora que de sí emerge, todas cuantas cosas son de *justicia* (que eso significa aquí *legis*) *están siendo (presente: activo, no de hábito)* Ley para sí mismo pues muestran impreso en sus corazones el efecto propio de la Ley...”

Así transcrito, el texto de San Pablo deja ver su original grandeza. No habla el Apóstol de un Derecho natural, ya *condensado en preceptos*, que haría superflua toda nueva ordenación positiva; tampoco se refiere a una conciencia legisladora, pues entonces no existiría verdadera obligación ni Derecho (¹⁵⁸). San Pablo alude *a una relación cósmica que, estando ahí por Dios, para que el hombre sea, se revela como un proyecto divino en marcha que exige imperiosamente nuestro acatamiento*. Más adelante, al investigar la esencia del Derecho natural, tendremos ocasión de justificar, ampliamente este punto de vista.

La conclusión de los razonamientos precedentes es bien sencilla: No existe ninguna necesidad de postular una intervención directa de Dios para explicar la existencia en nosotros de un *sentimiento* o de un *sentido* de la Justicia. Más propio de una concepción providencialista del Orden universal es presentar a Dios actuando, como suele, tras las segundas causas. Lo que ocurre con la Justicia no es distinto —ni hay razón para que lo sea— que lo que ocurre con la Verdad. Sobre todo, habida cuenta de que la Justicia y la Verdad son en el Derecho, una misma cosa. Una vez más, hay que reconocer cuan sagazmente completó Leibniz la famosa fórmula sensualista: “*Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*”, al añadir aquellas tres palabras de tan largo alcance: “*nisi ipse intellectus*” (¹⁵⁹). Dios ha creado todas las cosas y ha dado al hombre la facultad de descubrir con su inteligencia *las relaciones* que pueden tener lugar entre ellas. Pero las relaciones no son, por eso, hechura directa de Dios, sino *una consecuencia de ser como es el conjunto de todo lo creado*. No hace falta otra potencia que el *entendimiento* ni otro acto divino que la Creación para explicar el *sentimiento del Derecho* (¹⁶⁰).

¿Qué valor habrá que dispensar al sentimiento jurídico? Por lo general, los autores le manifiestan hostilidad. “La esencia del sentimiento jurídico popular —escribe Sternberg— reside en la *parcialidad*. Pero la esencia de una justicia ecuánime consiste en la exclusión de esa *parcialidad*.”

¹⁵⁸ Cfr. AMOR RUIBAL: *Los problemas fundamentales de la Filosofía y del Dogma*, cit. III, 79 ss.

¹⁵⁹ LEIBNIZ: *Consideraciones sobre la Doctrina de un Espíritu universal, en Tratados Fundamentales (Primera Serie) (Quintero)*, 1946, 50. *Tamb. Nuevo Tratado sobre el Entendimiento humano (Ovejero)*, s. f. 29 ss.

¹⁶⁰ Cfr. AMOR RUIBAL: *Los problemas fundamentales*, cit. III, 84 ss.

Evitar la parcialidad es el objetivo de la formación de la conciencia jurídica, por el que todo verdadero jurista debe luchar durante toda su vida” (161).

“Lo que en realidad se hace cuando se acude al sentimiento del Derecho es renunciar a esclarecer de un modo crítico qué es lo que intrínsecamente puede justificar una manifestación jurídica cualquiera, cayendo en un extremado subjetivismo al confiar al “sentimiento” personal la decisión de lo que deba reputarse fundamentalmente justo en un caso concreto” (162).

Juicio más desfavorable aún es el que Radbruch emite: “El sentimiento del Derecho se halla expuesto en gran medida al peligro de la hipocresía o del desengaño: el egoísmo, la envidia y el despecho, la cicatería, la manía pleiteadora, el afán de poder, el espíritu de venganza y la perversidad gustan, generalmente, de disfrazarse bajo el manto del sentimiento del Derecho. Este sentimiento propende también, no pocas veces, a la exaltación patológica, a la manía del despotismo. Se aferra, además, al caso individual, sin saber reducir éste a lo general, como esencialmente requiere el Derecho” (163).

No hay duda de que estas opiniones son acertadas. El sentimiento jurídico —al igual que otros sentimientos superiores constituye una onda emotiva suscitada por juicios implícitos. Si explicando aun hombre de la calle lo que es la prescripción, le pedimos su parecer sobre si es justa o injusta, con seguridad que se inclinará por la calificación negativa. El “siente” “intuitivamente que la prescripción *priva de lo suyo a una persona*: se da cuenta en forma implícita de que existe un despojo que no aparece justificado; pero estos razonamientos no se concretan en su mente mediante las proposiciones oportunas, sino que se quedan en la semi inconsciencia. Sin embargo, a la menor ayuda exterior, afloran a la superficie.

Cabe conjeturar de ahí que el *sentimiento* jurídico es más que nada, una *apreciación* cuyo fundamento no se trasluce. Su valor depende, precisamente, de la verdad o falsedad de esa oculta premisa. Guando para convencer al hombre de la calle de la justicia objetiva de la prescripción, se la mostraremos como “límite temporal de la prueba” (164) y le hacemos ver de qué modo las instituciones jurídicas más importantes son imposibles sin ella, entonces su “sentir” al respecto cambia en función de la nueva premisa. No hay, pues, tal sentimiento de lo justo, sino un juicio de valor más o menos franco y consciente; un juicio de naturaleza intuitiva con todas las quiebras e incertidumbres y con todas las falsas garantías que son, a menudo, propias de la intuición (165).

2º.) Si el sentimiento jurídico es una convicción intuitiva, que actúa *a priori* y como al margen de todo razonamiento consciente, *la conciencia del Derecho*, por el contrario, representa la convicción racional, formada *a posteriori* sobre datos y principios extraídos del Ordenamiento positivo. Constituye una de las fuerzas más poderosas que animan la vida social, pues, al par que inspira la defensa del propio derecho en el sector de los intereses privados, es también el alma de

¹⁶¹ STERNBERG: *Introducción*, cit. 128.

¹⁶² STAMMLER: *La Génesis del Derecho*, cit. 65.

¹⁶³ RADBRUCH: *Introducción*, cit. 18.

¹⁶⁴ Vid. más amplia exposición en LOIS: *La esencia de la posesión*. cit. 11 ss.

¹⁶⁵ Vid. el estudio de FRANCISCO VERA: *La Crisis de la intuición y el transfinito*, en *Puntos críticos de la Matemática contemporánea*. 1944. 180 ss.

las resistencias frente al Poder que se extralimita, cuando una fe común convierte algún derecho subjetivo en reivindicaciones públicas.

Los efectos de la conciencia del Derecho se acusan en numerosas ocasiones y bajo infinidad de formas. Cuando en 1808 los ejércitos de Napoleón invadieron España, fue la conciencia del Derecho ultrajado la que provocó la heroica reacción de la Guerra de la Independencia. Toda Europa se hizo eco del injusto atentado cometido contra nuestra patria. Francia inclusive. Como escribe Roger Peyre:

“Los españoles no estaban dispuestos a ofrecer su concurso al Emperador para regenerarles al precio que les exigía; estaban en su perfecto derecho al desconfiar de un aliado que entraba arteramente en su territorio, y casi todos los que en un principio habían reconocido al nuevo monarca, ^e apresuraron a abandonarle al ver que, en realidad, no era más que un funcionario de Napoleón y que España iba a ser sólo una provincia francesa. Europa entera se indignó de la alevosía de Bayona, y Francia, por su parte, condenó desde el primer momento una política tan contraria a su dignidad como a sus intereses” (166).

La conciencia del Derecho inspira también las reacciones de autodefensa y la tutela personal de los derechos subjetivos. Cuando San Pablo, en aquella escena vivida y grandiosa que nos relatan los *Hechos*, pronuncia ante Festo como solemne invocación las palabras “¡Ciudadano romano soy y apelo al César!”, muestra en su actitud resuelta y sublime toda la fuerza de convicción que arranca de la conciencia del Derecho (167). Al leer este pasaje del Nuevo Testamento es inevitable sentir la conmoción interior que es hija de la vivencia de lo* grandes valores. La alteza del Derecho se comunica a la conducta) que informa, magnificándola con su brillo. Acertado está Ihering al apuntar que incluso un personaje de la ralea de Shylok crece sobre sí mismo y aparece ennoblecido al identificarse, con su derecho (168). Al oírle decir:

“The pound of flesh, which I demand of him,
Is dearly bought; it is mine, and I will have it?
If you deny me, fie upon your law!
There is no forcé in the decrees of Venice.
I stand for judgement: answer; shall I have it?.

“Till thou canst rail the seal from off my bond,
Thou but offend'st thy lungs to speak so loud:
Repair thy wit, good youth, or it will fall
To eueless ruin. I stand here for law...

tales palabras (169) hacen olvidar al que las pronuncia. “No es el judío que reclama su libra de

¹⁶⁶ ROGER PEYRE: *Napoleón y su, tiempo. II, El Imperio* (Schwarz) 146 s.

¹⁶⁷ *Hechos*, 25, 11 s. *Tamb.* 22, 25 ss.

¹⁶⁸ IHERING: *La lucha por el Derecho* (Posada), 1921, 79.

¹⁶⁹ SHAKESPEARE: *The Merchant of Venice*, Act. IV, Scene I.
En la traducción castellana de este pasaje, la rotundidad y la grandeza de ciertos pasos suele debilitarse y empalidecerse. Astrana Marín, por ejemplo, vierte así: “Esta libra de carne que

carne, sino que es la misma ley veneciana quien llega hasta la barra de la justicia, porque su derecho y el derecho de Venecia son uno mismo; el primero no puede perecer sin perecer el segundo” (170). ¡Y sin embargo, Shilok, aunque estaba persuadido de su razón, no tenía ninguna! Por más que el fundamento de la sentencia sea profundamente insatisfactorio, no se puede desconocer que el fallo es justo. El mal estriba en que su deficiencia lógica pesa sobre él hasta darle todas las apariencias de una burla. La resolución ha sido inspirada por una intuición de la justicia para el caso concreto; pero el sentimiento jurídico, por su falta de objetividad, carece de fuerza de convicción y no puede ser invocado como argumento, ni tampoco tiene valor demostrativo bastante para oponerse a Una pretensión fundada en títulos positivos.”

En esta escena de “El Mercader de Venecia” deja ver Shakespeare, una vez más, su extraordinaria penetración psicológica. La lección que se desprende de la obra es bien visible y muy actual. Shakespeare sabe de sobra con cuánta frecuencia los jueces se dejan ganar por la emoción y por los sentimientos. ¡Sólo en la forma puede ser nueva una aserción como la de Cohén de que las resoluciones judiciales experimentan cambios de dirección cuando acceden a la vecindad de sentimientos poderosos, del mismo modo que un tren de ondas es desviado por la acción de una masa gravitatoria que curva el espacio circundante! (171). La realidad es que, a menudo, la fundamentación de una sentencia delata a las claras la ‘torsión’ lógica que una alta tensión emotiva ha provocado. Un solo caso práctico mostrará la evidencia de estos hechos con una elocuencia inasequible a todas las ponderaciones teóricas.

Sea, por ejemplo, la reciente sentencia de una Audiencia Territorial, el diapasón de cuyos “considerandos” transparenta fácilmente el estado psíquico que la ha determinado.

Suscita el presente litigio —dice— porque, según alega en la demanda inicial, el actor D. V. T. adquirió en traspaso del demandado D. P. V. el negocio de bodegón denominado... que este Sr. tenía establecido en la casa núm. 3 de la calle de S. V. de la Villa de X. cuyo inmueble está constituido por tres plantas en las que en parte se desenvolvía dicho negocio; figurando como precio de la adquisición o traspaso la suma de veinticinco mil pesetas y el derecho del adquirente a subrogarse desde la fecha del convenio en el arrendamiento de la totalidad del inmueble;

le reclamo la he comprado cara, es mía y la tendré. Si me la negáis, anatema contra vuestra Ley. Los decretos de Venecia, desde ahora, no tienen fuerza. Espero de vos justicia. ¿Me la daréis? Responded...” “En tanto que tus invectivas, no borren la firma de mi pagaré, no harás, hablando tan alto, otra cosa que lesionar tus pulmones. Restaura tu entendimiento, buen joven, o va a caer en una ruina irremediable. Aguardo aquí la ejecución de la Ley.” (Obras Completas de Shakespeare, 1941, 755, 756.)

¹⁷⁰ IHERING: *Op. cit.* 79.

¹⁷¹ F. S. COHEN : **Field Theory and Judicial Logic**, en *Yale L. J.*, 59, 238 ss. “It is when we face the problem of how judgments of causality vary that the physical analogy of a field of forces becomes helpful. Such an analogy may indicate that just as precedents shift in direction when they enter a neighborhood of high valúe tensión, so judgments of causality will undergo a similar shift in direction. Generally, the direction shift, whether of precedent connection or of causal connection, will be such as strengthens and reinforces the basic valuations in the field. Precedents which support our objectives grow; precedents that appear to others to be against us drop away. Causal connections which support our objectives are strengthened; those that threaten them drop away. Thus, increasing sympathy for the victims of industrial accidents will bring about a broadening of the field within which causation for such accidents is found in some act of an employer who is able to provide some measure of compensation...” (257).

circunstancia que niega el demandado apelante, arguyendo que, con arreglo a lo convenido, la subrogación arrendaticia se limitó únicamente a la planta baja y primer piso, reservándose el transmitente el piso segundo que ocupa con su vivienda; *cuyo motivo constituye La única divergencia de la litis.*

“Fijados los términos de la controversia es claro que la cuestión litigiosa persigue el cumplimiento de un contrato, y, siendo, por tanto, éste el objetivo que rige los autos, traduce en inoperantes las excepciones que por proceso inadecuado alega el demandado en período procesal oportuno, toda vez que no son aplicables a esta cuestión las normas sustantivas y procesales de la relación arrendaticia urbana, según previene el art. 151 que se corresponde con el 180 de la anterior normación, puesto que la acción inicial no se fundamenta ni recaba un derecho de tal naturaleza; ni la forma de pedir propugna la declaración de una situación de precario en la posición del demandado; pues, como ya queda manifestado, en la litis se ventila la cuestión referente a la existencia y cumplimiento del convenio que las partes someten al Juzgador en términos contradictorios, que debe dilucidarse en este cauce procesal elegido por el actor;

”Denunciado por el apelante en el momento de la vista la indebida admisión del documento de fres de lebrero de 1947, que fue presentado por el actor en período probatorio y obra unido al ramo de pruebas correspondiente, es indudable que revistiendo dicho documento el carácter de los comprendidos en el art. 504 de la Ley Procesal no puede estimarse con eficacia alguna por venir a los autos, en pugna con la expresa prohibición del art. 506 de la misma Ley;

“Del *jure indecisorio* del demandado contestando afirmativamente las posiciones 2ª.) y 4ª.). del pliego formulado por la parte contraria, se evidencia como hecho indiscutible que, en el año 1935. advino el demandado arrendatario a la casa con el fin de establecer en ella, como verificó, la industria de bodegón que tituló “...”, satisfaciendo a la arrendadora la renta única de 50 ptas., referida unitariamente a la totalidad del inmueble.

“Como consecuencia de este antecedente, no puede menos de sentarse como certera conclusión que el inmueble de litis lo ocupó el demandado al amparo de un contrato único de arrendamiento, con la finalidad, sino única, indiscutiblemente primordial, de establecer la expresada industria de bodegón, a la que dedicó su actividad comercial, aunque en el mismo edificio instalara su vivienda; revistiendo, por ende, la locación, un carácter eminentemente negocial.

“El contenido eficiente de esta cuestión previa, unido a la irrefutable evidencia que se desprende de los recibos acompañados a la demanda y del resultado que ofrece la diligencia de reconocimiento judicial, obliga a estimar, valorando adecuadamente los actos coetáneos y posteriores de las partes, que el objeto del contrato ultimado entre los litigantes, además de la transferencia del negocio de bodegón, se refirió a todo el inmueble, y que, por tanto, la subrogación en la locación abarca las fres plantas del mismo, por continuar vigente un precio unitario del arrendamiento, que satisface íntegramente el actor a partir de la fecha del convenio, tres de febrero de 1947, por tener acceso único al 2º. piso desde la calle a través del bajo donde ejerce el demandado su actividad negocial y así bien ostentando el carácter de arrendatario único viene «satisfaciendo desde esa fecha el consumo de agua y fluido eléctrico de todo el edificio, estando igualmente acreditado en los autos que desde la ultimación del contrato mentado, el demandado dejó de satisfacer el alquiler del inmueble y el abono de aquellos elementos.

“Esto sentado, procede, estimando la demanda inicial, confirmar la sentencia recurrida”...

No es difícil poner al descubierto el móvil psíquico determinante de la sentencia. Aunque pueda parecer paradójico, no es otro que la propia *conciencia del Derecho*. Juzgando por intuición, más bien que con arreglo a los criterios de apreciación lesa les. el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la pretensión del demandante se encuentra amparada por la Justicia. Ha inducido tal opinión no sólo de pruebas del actor procesalmente inatendibles. Aunque persuasivas, sino también de la misma actitud del demandado, que no ha aducido contraprueba alguna, pero que tampoco estaba gravado con la carga de su aportación. Así las cosas, el Tribunal “amaña” el Derecho, para dictar el fallo que cree justo. Los “considerandos” te sirven, pues, a tenor de la advertencia de Frank, más para esconder su verdadera motivación que para exteriorizarla⁽¹⁷²⁾. Lo malo es que resulta sumamente difícil ocultar, en casos como el presente, la distorsión a que hay que someter el razonamiento para conseguir llevar la protección jurídica hacia la parte a quien quiere deferírsele. El proceso se resiste a que lo encierren en otros trámites que los que la Ley de

¹⁷² *Law and the Modera Mind, 1949, 100 ss.*

Enjuiciamiento previene.

El actor había cometido en su demanda diversos errores. Al fijar la *causa petendi* se había referido a una supuesta relación de precario. Era, en rigor, esta situación jurídica la que intentaba combatir la demanda, como lo acredita el hecho de haber aludido a ella nada menos que cuatro veces en el escrito inicial. Además que sería absurdo sacar, en otra hipótesis, a relucir el precario. Si, pues, la acción entablada era la de desahucio, su inviabilidad resulta evidente, faltando el requisito de la posesión real exigido por el art. 1.564 de la LEG. Pero, aun en el supuesto de haberse ejercitado la *actio adimplendi contráctus*, la demanda debía ser desestimada también, por causa de una deficiencia procesal insubsanada: El título de pedir no había sido acompañado con la demanda. Infringido, así, el art. 504 de la LEC., no sólo no había lugar a la admisión del documento en el período de prueba (art. 506), como reconoce la sentencia en su “considerando” tercero, sino que *la demanda no podía prosperar* (SS. de 7-XI-1888; 30-IV-909; 15-11-917; 11-VII-927; 4-IV-942...). La conciencia de que el actor tenía materialmente derecho, ha hecho que el Tribunal pasara por alto las consecuencias de la inobservancia del art. 504, ateniéndose sólo a la sanción tardía del art. 506. La conciencia del Derecho material se ha concretado, pues, en el presente caso, con tal intensidad, que ha arrastrado el ánimo de los Jueces hasta el extremo de hacerles ignorar normas procesales de acatamiento ineludible. Como en tiempo de Shakespeare, sigue hoy arraigada la creencia de que el Derecho procesal es subalterno y accidental; lo que importa es que el Derecho material se guarde. Muchos juristas mantienen todavía hacia el procedimiento una actitud tan desconsiderada como la que, según nuestro Calderón de la Barca, adoptó Felipe II frente a la flagrante incompetencia jurisdiccional del Alcalde de Zalamea: “Errar lo menos no importa, —si acertó lo principal...”⁽¹⁷³⁾.

El caso es que las fuertes emociones han sido causa de numerosos errores judiciales⁽¹⁷⁴⁾. En el famoso debate de la cuarta catilinaria, el discurso con que César enfrenta victoriosamente a Cicerón esgrime el alegato fundamental de que las pasiones nublan el buen juicio y que, por tanto, procede abstenerse de sentenciar mientras se está dominado por un sentimiento poderoso. Decía lapidariamente César:

“La resolución de cuestiones difíciles requiere una inmunidad completa al odio y a la amistad, a la piedad y a la ira. Todos estos sentimientos impiden el reconocimiento de lo que es justo, porque no se puede servir simultáneamente a la pasión y a la utilidad. Sólo la razón es la llamada a señorear: si la pasión ocupa su puesto, toda idea clara queda borrada”⁽¹⁷⁵⁾.

Por todo lo dicho, resulta, pues, notorio que la conciencia del Derecho desempeña un papel importantísimo en la vida social. Es necesario, por ende, formarla recta y fomentarla. Pese a los ataques que se han dirigido a su tesis⁽¹⁷⁶⁾, Ihering está en lo cierto al sostener que es un deber

¹⁷³ *Escena última.*

¹⁷⁴ *GIURIATI: Los errores judiciales (Posada), s. a. 23 ss. GORPHE: La crítica del testimonio (Ruiz Funes), 1933, 261 (donde, aun refiriéndose a los testigos, deja claro, con relatos de experiencias, el influjo de la emoción).*

¹⁷⁵ *JELUSICH, MIRKO: Julio César (Herrero Miguel), 2ª. edic. española, 1943, págs. 140 s.*

¹⁷⁶ *Cfr. STAMMLER: La Génesis del Derecho, cit. 136 ss.*

moral la defensa del propio derecho cuando injustamente se le ve agredido (¹⁷⁷). Es verdad que en el Evangelio se lee, por el contrario, esta admonición: “Habéis oído que se dijo a vuestros mayores: *Ojo por ojo y diente por diente*. Yo, empero, os digo: no hagáis resistencia al agravio; antes, si alguno te hiere en la mejilla derecha, vuélvele también la otra. Y al que quiere armarte pleito para quitarte la túnica, alárgale también la capa...” (¹⁷⁸). Con todo, estas expresiones del Señor no son bien interpretadas cuando se las toma demasiado literalmente. Como advierten Schuster y Holzammer: “Con el propio ejemplo enseña Jesús la licitud de la legítima defensa, la defensa de la vida, de la propiedad y del honor, etc.. y que no hay obligación de otorgar todo lo que se pide (por ejemplo. Luc 4,30; Ioann. 8,59; 11,54; 18,20 s.)” (¹⁷⁹). No interpretan, por eso, rectamente el Sermón de la Montaña quienes creen que significa una repulsa del orden jurídico (¹⁸⁰). Ni siquiera resulta admisible la posición de Radbruch de que “esta concepción desemboca en la más sublime inversión de todos los valores: en la doctrina de la no resistencia al mal” (¹⁸¹). Lo exacto es que las enseñanzas del Salvador representan, en este caso, la norma ideal para un mundo *totalmente* cristianizado. El Derecho, en último término, no es un fin en sí, sino únicamente un medio para establecer la paz y la concordia entre los hombres. Si este resultado, que es, en definitiva, lo esencial, se puede conseguir, aún más perfectamente, mediante la Religión y la Caridad cristianas, entonces el Derecho pierde toda razón de ser, por haberse suplido con ventaja. El Mensaje mesiánico de Cristo muestra, así, con el máximo vigor posible, cuáles podrían ser los efectos que trajera sobre la Sociedad la aceptación mayoritaria y auténtica de la sublime doctrina del renunciamento a los bienes materiales. No hay aquí ninguna inversión diametral de valores; la Justicia seguiría siendo una virtud y el hombre justo preferible al inicuo. Lo que pasa es que en la hipótesis del ideal cristiano, la injusticia quedaría prácticamente extirpada de! mundo: Frente a la consabida mansedumbre no es posible la ira; frente al que de antemano ofrece lo que tiene, ni el robo ni la propiedad tienen sentido (¹⁸²).

Al lado de este cuadro idílico, ofrecido para el día de Su triunfo, no podía el Señor olvidar lo que entretanto, era necesario a los hombres. El sabía bien por cuánto tiempo sus verdaderos seguidores habían de ser una *grey pequeñita*. Su reino no era de este mundo, ni, mucho menos, de la Sociedad que se le enfrentaba: no era Su reino de este mundo, aunque pudiera advenir a él como se pide en el *Padre nuestro*... Para este mundo, que no ha aceptado a Cristo, no hay la perfecta paz que El representa; sólo se puede dar la imperfecta paz que hace el Derecho.

Mientras la Religión no venga a reemplazarlo, tiene que ser el Derecho el alma de la vida social. Y si hace falta, para que el Derecho se conserve, que toda persona luche en defensa de sus prerrogativas jurídicas, es evidente que en tal caso hay un claro deber social de reaccionar contra el que amenaza en nosotros la seguridad del Ordenamiento establecido. Si todos, en apretada

¹⁷⁷ *IHERING: La lucha por el Derecho, cit. 63 ss.*

¹⁷⁸ *Mat. 5, 38.*

¹⁷⁹ *SHUSTER-HOLZAMMER : Historia Bíblica. Nuevo Testamento, cit. 190.. not. 5ª.*

¹⁸⁰ *RADBRUCH: Introducción a la Filosofía, cit. 61 ss.*

¹⁸¹ *Op. cit. 61.*

¹⁸² *En La Escuela de las princesas. (Acto II, escena IX), Benavente dice con bellas y gráficas palabras: “El que se anticipa a ofrecer sus tesoros no teme nunca ser robado.”*

unanimidad mantuviéramos solidariamente el principio de la lucha por el Derecho, cooperando a ella sin reservas, entonces la ansiada paz no sería una utopía lejana, sino una próxima realidad. Hace falta luchar por el Derecho. Hace falta, porque cuando en materias jurídicas reinan la inercia y la apatía, se relaja también la conciencia moral y sufren eclipse los más altos valores del espíritu. El síntoma más claro de la decadencia de un pueblo es su escepticismo e inhibicionismo jurídico.

Resulta, por tanto, de importancia vital para un Estado procurar por todos los medios que la conciencia del Derecho se fortalezca. ¿Cómo? La conciencia viva del Derecho en una Comunidad, es el Juez; de él depende, en último término, la reacción de la Sociedad ante el Ordenamiento positivo. Son, ciertamente, los Abogados quienes informan a las partes sobre la extensión de sus derechos y obligaciones; quienes, con sus consejos, determinan si una pretensión debe ser mantenida o no. Pero los Abogados son a manera de profetas que vaticinan ante la Ley o el precedente la 'posible decisión de un Juez' (183). La conciencia del Derecho en cualquier organización política depende, pues, en definitiva, del sentido del deber que tengan sus Jueces. Y a la inversa, también el sentido del deber que tengan los Jueces está en estrecha correlación con la conciencia colectiva del propio Derecho. Un pueblo que sabe lo que vale el Derecho, que tiene la arraigada convicción de lo que éste entraña para él, no se doblega ni tolera ningún género de arbitrariedad ni en *sus* Jueces ni en *sus* Políticos. Cuando, en cambio, la conciencia del Derecho está debilitada por un crónico abuso de la Ley; cuando el Derecho no se respeta ni la injusticia causa náuseas y rebeldía, entonces el pueblo, con el pecado de su atonía, llevará la penitencia de frecuentes y bien ganados gobiernos despóticos. que menguarán aún más, con su legislación a capricho, su ya enfermiza conciencia jurídica. El despotismo es, así, el vengador de la tibieza en cuestiones jurídicas.

3°.) ¿Por qué son obedecidas las normas positivas? He ahí otro de los problemas básicos de la Psicología jurídica. Un problema difícil y de sumo interés, que conviene plantear con toda clase de precauciones para no dejarse ganar por una primera impresión errónea.

Lo primero que se suele ver detrás del Derecho es un Poder irresistible que lo respalda. Normalmente, la infracción de una norma jurídica acarrea una reacción por parte de los Poderes públicos, tendente a sancionar aquélla, y tan intensa como haga falta para dominar cualquier posible resistencia. La eficacia del Derecho está, así, garantizada por la coacción, con lo que la obediencia a las normas queda asegurada por el miedo. Parece, pues, a primera vista, que el resorte psicológico que produce la sumisión al Derecho, no puede ser otro que el temor a un castigo inminente. No obstante, las cosas no son tan sencillas como se deduce por las apariencias.

La experiencia nos está colocando constantemente ante el hecho de multitud de leyes que el Poder público no logra hacer cumplir. Unas veces, porque tropiezan con la rebeldía franca del pueblo, obstinado en no prestarles acatamiento y dispuesto a llegar, en réplica contra las medidas represivas de la Autoridad hasta el motín o la revolución (184). Otras veces, porque la Sociedad no coopera en el grado indispensable para que la Ley alcance efectividad, ejerciendo una especie

¹⁸³ Así, Holmes. en su famosa definición del Derecho, a la que-más adelante nos referiremos. Vid. inf. not. 268 v 269.

¹⁸⁴ Vid. LOIS: *Estudios*, cit.

de resistencia pasiva que es bastante para provocar el desuso (¹⁸⁵). En fin, en otras ocasiones, una acción solapada mina los fundamentos de la Ley dejándola reducida a mi montón de palabras inertes de que nadie hace caso (¹⁸⁶).

Estas solas consideraciones son suficientes para demostrar que no es posible asentar la vigencia del Derecho exclusivamente sobre la violencia. Con trazo insuperable, Wilson ha expresado el mismo pensamiento así:

“El Derecho de cualquier Estado puede parecer que resulta del mandato de una minoría sólo de los que componen el Estado; puede, aún por su forma, no ser más que la expresión de la voluntad de un déspota; pero, en realidad, las leyes que provienen de la autoridad arbitraria y despótica de unos pocos que ocupen las funciones centrales del Estado, nunca podrán tener su pleno efecto si, detrás de ellos, bajo una forma u otra, no está el poder de la comunidad. Que haya un poder activo organizado que se mueve por sí e interviene por sí mismo, o un simple poder inerte, pasivo, como un fuerte sostén de la gran autoridad absoluta, el poder de la comunidad debe servir de soporte al derecho o el derecho no tendrá eficacia. Las bayonetas de una minoría no pueden resistir con éxito, por mucho tiempo, la desobediencia persistente de la mayoría. O la mayoría asiente o la ley es nula” (¹⁸⁷).

Si la obediencia a las Leyes no se explica, pues, sólo por el temor, se hace necesario investigar cuál pueda ser el móvil psicológico que la suscite. Los juristas han propuesto muchas hipótesis; pero sin que se pueda encontrar ninguna enteramente satisfactoria. En rigor, han de ser numerosos los factores que ejerzan influjo sobre la voluntad individual, pues siendo tan varia la psicología humana, hay que esperar motivaciones muy diferentes de una personalidad a otra. Sea como quiera, el problema sigue en pie, pues de lo que se trata es de encontrar una causa común que inspire la conducta de la mayoría. Visto que los más no se inclinan a rendir acatamiento a la Ley sólo por miedo, ¿cabe cifrar en algún otro motivo la explicación del asentimiento espontáneo que obtiene el Derecho? Los autores han imaginado muchos. Se ha pensado en el poder de los *hábitos* y *costumbres*. Conforme a este criterio, sostiene G. Jellinek que el Derecho “nace de las propiedades generales psíquicas que hacen se considere como normativo lo que constantemente se viene repitiendo en la realidad” (¹⁸⁸). Lo real tiende a alcanzar categoría de norma. Se crea el hábito, porque lo ya hecho una vez se reproduce más fácilmente que lo nuevo. Y el hábito, tan pronto como ha sido incorporado a la vida social, suscita la convicción de que tiene fuerza obligatoria. El asenso al Derecho es un capítulo más en la teoría de la aceptación de los hechos.

¹⁸⁵ Cfr. nuestra: *Teoría del fraude en el proceso civil*, 1948, 39 ss.

¹⁸⁶ Cuando la Ley suscita profundo y general desagrado, no es raro que se abstengan de exigirla los propios funcionarios encargados de hacerla cumplir. Entonces estamos en el caso a que aluden estos hermosos “versos de Moreto, el escritor clásico más sensible al Derecho que ha tenido España:

*Una Ley establecida
hace, en uno no cumplida,
atrevidos los demás.
Ni atemoriza ni asombra:
que queda, si se quebranta,
como sombra que no espanta
a quien ya sabe que es sombra...*

La Fuerza de la Ley, I, 1^a.

¹⁸⁷ WILSON: *El Estado* (ed. españ.), II, 408. Cit. en ROYO VILLANOVA: *Derecho Administrativo*, 1942, 45.

¹⁸⁸ JELLINEK: *Teoría General del Estad* (De los Ríos), 1914, 430.

De un modo semejante se pronuncia Ehrlich sobre el problema. El hombre —dice— ha adquirido desde su infancia el hábito de la obediencia. Supeditado constantemente a los demás en múltiples asuntos, respeta por instinto el Derecho, sin hacerlo objeto de una reflexión especial ⁽¹⁸⁹⁾.

Pero tampoco la fuerza del hábito basta para justificar por sí y ante sí la sumisión al Derecho. El mismo hábito ha de ser explicado en función de alguna tendencia psíquica más simple. Antes de hacerse usual la obediencia al Derecho, ¿por qué se prestaba a sus normas un voluntario acatamiento? El problema sigue irresuelto a través de estas fórmulas, y es menester acudir a nuevas hipótesis para comprenderlo.

Hay quien cree también que es la conciencia de los valores que representa el Derecho lo que determina su aceptación. El hombre ama la paz y el orden, sabe que dependen del Derecho y se entrega al Derecho para lograrlos ⁽¹⁹⁰⁾. Mas esta visión es, asimismo, incompleta —y sus propios partidarios lo reconocen. La paz no es constante ni universalmente deseada. Russell ha descrito sagazmente la indecisión de nuestros instintos revueltos, que ora inclinan a la paz, ora a la guerra.

“La religión, la moral, el interés económico bien entendido, el mero deseo de supervivencia biológica, todo ello proporciona a nuestra inteligencia incontables argumentos en favor de una amplia cooperación mundial, pero los viejos instintos que hemos heredado de nuestros antepasados tribales surgen indignados, sintiendo que la vida perdería su sabor si no hubiera nadie a quien odiar, y que quien fuera capaz de amar a un bribón como fulano ¡sería un ser despreciable, que la lucha es ley de la vida, y que un mundo donde todos nos amáramos unos a otros no ofrecería nada por lo que mereciera la pena vivir. Si alguna vez ha de realizarse la unificación de la humanidad será necesario encontrar medios de engañar a nuestra primitiva ferocidad, en gran parte inconsciente, por un lado estableciendo un régimen de orden, y, por otro encontrando salidas inocentes para nuestros instintos pugnaces” ⁽¹⁹¹⁾.

Hay también otra idea fundamental que contribuye como ninguna a dar autoridad al Derecho. Tanto, que éste se originó estrechamente enlazado con ella y a ella debió indudablemente el éxito de su implantación. Tal idea es la conciencia religiosa de que las Leyes, como expresión de un Orden providencial, poseen indudable fuerza vinculatoria.

Nadie mejor que nuestro genial Donoso Cortés ha acertado a exponer la estrecha relación que existe entre la intensidad de las creencias religiosas y el aparato coercitivo necesario para mantener el Derecho. En su famoso Discurso sobre la *Dictadura*, dice:

“No hay más que dos represiones posibles; una interior y otra exterior, la religiosa y la política. Estas son de tal naturaleza, que cuando el termómetro religioso está subido, el termómetro de la represión está bajo, y cuando el termómetro religioso está bajo, el termómetro político, la represión política, la tiranía está alta...” “Si cuando la represión religiosa estaba en su apogeo no era necesario gobierno ninguno, cuando la represión religiosa no exista no habrá bastante con ningún género de gobierno; todos los despotismos serán pocos” ⁽¹⁹²⁾.

En efecto; si falta una idea religiosa que predisponga los ánimos a la obediencia, no existe poder alguno, por más despótico que sea, capaz de imponer eficazmente un Ordenamiento jurídico. El temor al castigo puede inducir, a lo sumo, a una hipócrita actitud de exterior respeto a la Ley, que irá acompañada de las más aviesas intenciones y que dará como resultado todo el cúmulo de transgresiones que sea posible solapar; pero no puede ser bastante para garantizar el Derecho. La

¹⁸⁹ EHRlich: *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (Molí), 1936, 39 ss.

¹⁹⁰ Vid. BODENHEIMER: *Teoría del Derecho*, cit. 202.

¹⁹¹ RUSSELL: *Autoridad e Individuo* (Villegas), 1950, 19.

¹⁹² Vid. en *Obras Completas de Donoso Cortés*. (Ed. Juretschke), II, 197, s.

vigencia de las normas jurídicas, pende, en definitiva, de la fe religiosa, puesto que sin ella ni las partes, ni los Jueces, ni los súbditos, ni la Autoridad procurarían otra cosa que sus particulares egoísmos. Sin la convicción de que le aguarda un Juicio final ineludible, el hombre no tendría otra brújula que su interés. Observaría estrictamente los escasos preceptos que pudieran serle exigidos, aunque no pasaría de ahí. Nadie cumpliría una Ley que pudiera burlar sin peligro. Faltaría la confianza y se viviría bajo creciente inseguridad. Los nudos de la convivencia se irían disolviendo lentamente. Cualquier tentativa de los Poderes públicos para suplir los nexos religiosos mediante su aparato coactivo se estrellaría siempre contra las maquinaciones unánimes de todos los miembros de la Comunidad. Sin una disciplina interior que propicie el acatamiento voluntario de los preceptos jurídicos es inevitable una reacción social contra los mismos que ningún Derecho logra resistir. Sólo una Potestad indeficiente puede someter los egoísmos humanos a una disposición a la renuncia habitual. Si fallara la fuerza contensiva que late en la noción de Dios, no habría Poder humano en condiciones de refrenar las pasiones desbocadas. La acción repulsiva de los instintos egoístas podría mucho más que la limitada atracción de un Derecho vacío. Mirando cada cual exclusivamente por sí no cabría esperar otro desenlace que la universal anarquía. El fundamento religioso del Derecho es, pues, indudable. Si hay un Orden jurídico, se debe a que la mayoría de los hombres creen en Dios; pues en otra hipótesis la vida social sería imposible sobre la tierra. Como sagazmente apuntaba Napoleón, “la masa de la Sociedad no es mala, pues si la gran mayoría quisiera ser criminal y burlar las Leyes, ¿en dónde existiría fuerza suficiente para contenerla o constreñirla a su observancia?”⁽¹⁹³⁾. Cuando la concepción materialista de la Historia, califica la Religión como un arma principalísima esgrimida por la clase dominante para perpetuar su posición hegemónica, no hace más que reconocer —en contradicción con sus postulados— cuánto puede significar la Religión —con sus afirmaciones espiritualistas— como modeladora de la vida social humana⁽¹⁹⁴⁾. No es, pues, extraño que en los pueblos en donde el fenómeno religioso aparece con un carácter marcadamente individualista, la convivencia extrafamiliar no haya logrado adquirir una forma política⁽¹⁹⁵⁾. Allí donde no exista una norma moral objetiva que produzca el acercamiento social de los pequeños grupos familiares autónomos, no puede darse, en rigor, un verdadero Derecho positivo. Pese a las gratuitas y apriorísticas afirmaciones de muchísimos iusfilósofos, el Derecho natural (ese Ordenamiento de razón que se califica de *inconsistente* y *ahistórico*) es el único que se tiene en cuenta en los pueblos más primitivos, del mismo modo que es el único que juega aún hoy en las relaciones internacionales. Los que quieran, para mantener el principio positivista de su no vigencia, tratar las prácticas jurídicas que tienen lugar fuera de las comunidades políticas como un Derecho consuetudinario, están obligados a explicar cómo se han llegado a establecer, perdurando, usos extracomunitarios incoercibles⁽¹⁹⁶⁾. Con esto llegamos fácilmente a la conclusión de que si el Derecho positivo se estima obligatorio en conciencia, es porque se encuentra respaldado por un Derecho natural que se concibe como formando parte del Orden providencial del mundo. Si se obedece el Derecho se debe a que sus normas se presentan a nosotros como un capítulo de la Moral.

4º.) “Los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia

¹⁹³ *LES CASES: Memorial de Santa Elena*. (Ed. Calleja), I, s. a. 189.

¹⁹⁴ Cfr. BOCHÉNSKI: *La Filosofía actual*, cil. 79 s.

¹⁹⁵ Cfr. not. 52 y 303

¹⁹⁶ Cfr. JELLINEK: *Teoría General del Estado*, cit. 421 ss.

las palabras de la Ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la Ley misma”. Con estas célebres palabras condensaba Montesquieu la alta idea que él se había formado de los Jueces (197). Los quería, deshumanizados hasta lo imposible: inmunes a toda pasión, exentos de cualquier prejuicio, libres de cualquier idea preconcebida sobre los hechos y la Ley hasta el punto de tío poder ser ni siquiera juristas, ya que una opinión propia, por fuera de los estrictos cánones del Derecho, tanto valdría, según él como traspasar éste y amenazar la libertad de los ciudadanos.

Mas ni siquiera como ideal es deseable un Juez que se coloque al margen de todo sentimiento y de toda pasión humana. Como dice Jaimes Freyre: “¡Pobre Juez de la vida quien antes no fue reo!” (198). El Derecho es para los hombres ¡y antes que nada tiene que ser humano! He ahí, -pues, la razón que hace imprescindible para el jurista el estudiar las pasiones que condicionan la realización del Derecho.

Un insigne comediógrafo español de nuestra Edad de Oro ha descrito, con sano realismo, la angustiosa posición del Juez que se siente rodeado de pasiones e inseguro de sus juicios. Dice así, en un castellano arcaizante, un tanto postizo y desmañado:

“Para un home tal liviano
Gran cargo aquí tengo en somo;
Pues no haber pasión, es llano
Que es tan imposible como
Dejar yo de ser humano.
Ella non puede faltar,
Lo que debe la entereza
Será della non usar;
Más ¿quién podrá revocar
Su misma naturaliza? (199)

Consideraciones que ha tenido en cuenta el hombre de la calle, las ha descuidado, a menudo, la Ciencia del Derecho. Colocados los juristas continentales en la perspectiva fanática de que todo en el Derecho lo es la Ley, se han olvidado, casi por entero, de que la revitalización de las proposiciones legales queda en absoluto a merced de los jueces. Así, un capítulo tan importante para la Ciencia y la Filosofía jurídica como lo es la psicología del Juez, se ha pasado por alto durante mucho tiempo (200). Sólo muy recientemente se ha comenzado a prestar atención a los problemas psíquicos que entraña la sentencia. Se encuentra, pues, en período de formación una interesante rama del saber jurídico a la que se da el nombre de *crinología* (201), parte

¹⁹⁷ MONTESQUIEU: *El Espíritu de las Leyes* (Zamora), 1944, 156.

¹⁹⁸ Citado por COSSIO, como lema de su obra *El Derecho en el Derecho Judicial*, 1944, 15.

¹⁹⁹ MORETO: *Los Jueces de Castilla. Jornada III. Escena XVII*.

²⁰⁰ Cfr. GORPHE: *Las resoluciones judiciales* (Alcalá Zamora), 10 ss.

²⁰¹ Denominación propuesta por Claparede. Cfr. GORPHE: *Op. et. loc. cit.*

importantísima de la Psicología judicial ⁽²⁰²⁾. ¿Qué fin persigue la racionalización sistemática de estos nuevos conocimientos?

La Ciencia es previsión. Cuando el investigador científico formula una ley o un principio en que se sintetiza una porción determinada de la experiencia, permite ya en adelante aventurarse a predecir eventos futuros. Si un astrónomo anuncia, por ejemplo, que el 11 de agosto de 1999 la línea central de un eclipse de sol pasará por Europa ⁽²⁰³⁾, lo único que hace es aplicar al futuro los conocimientos empíricos legalizados que el pretérito le ha dado ocasión de cristalizar. Existe Ciencia allí donde estas anticipadas enunciaciones nos son posibles.

De un modo análogo, el jurista trata de saber cuál será la resolución que en un caso litigioso, real o hipotético, habrá de dictar cualquier Juez. Las Leyes y principios fundamentales sirven en el Derecho, como en cualquier otra Ciencia, para efectuar una previsión racional de ciertos acontecimientos venideros. La única diferencia estriba en que mientras resulta extremadamente improbable que una predicción científica no se cumpla, no es raro, por desgracia, que los Jueces actúen en forma muy distinta de la que estaba “profetizada” por la Ley ⁽²⁰⁴⁾. Pero, en todo caso, la tarea primordial de la Ciencia jurídica consiste en dar a conocer por adelantado las reacciones futuras del Juez. Es obvio, con esto, cuánto interés puede revestir una Ciencia que, como la Psicología judicial, se ocupa en estudiar empíricamente los móviles reales a que obedecen las sentencias. Lo malo, que a pesar de la evidente trascendencia de esta nueva disciplina científica no ha suscitado aún más que una atención superficial entre los juristas. Los resultados de las investigaciones emprendidas son, así, muy pobres ⁽²⁰⁵⁾. Ni siquiera se ha tenido ocasión de llevar a cabo un estudio estadístico suficientemente amplio de las motivaciones latentes que han servido de inspiración “extrajurídica” a las resoluciones judiciales. De ahí que el intento de sistematizar los principios que informan el Derecho, jurisprudencial no pueda valer más que como hipótesis de trabajo.

En una de las escasas obras dedicadas al esclarecimiento de las causas productoras de la convicción judicial, el Juez Cardozo, después de haber confesado francamente cuán embarazoso y complicado resulta describir el proceso seguido innumerables veces para dictar sentencia ⁽²⁰⁶⁾, por venir determinado muy a menudo por elementos subconscientes, se propone la cuestión de cuáles sean las fuentes reales litisdecisorias a que la Magistratura se atiene. Hay ocasiones —dice— en que se encuentra una norma perfectamente ajustada al caso, y entonces el Juez no mira más allá. Sin embargo, esta concordancia se da pocas veces. Aludías más, se ve el Juez constreñido por la necesidad de construir una regla jurídica adecuada al supuesto de hecho. En tales circunstancias, se busca en toda clase de precedentes el criterio análogo que rime mejor

²⁰² *Sobre esta materia, vid. por todas la obra de ALTAVILLA: **Psicología giudiziaria**, 3ª. ed. 1946.*

²⁰³ *Cfr. ALLER: **Introducción a la Astronomía**, 1943, 146.*

²⁰⁴ *Cfr. not. 180.*

²⁰⁵ *Vid. sobre este punto: EHRLICH: **Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft**, trad. inglesa bajo el título: **Science of Legal Method**, 1903, 71 ss. HAINES: **En Illinois Law Rev.**, 17, (1922), 96 ss.*

²⁰⁶ *CARDOZO: **La Naturaleza de la Función judicial** (Ponssá), 1955, 1 ss.*

con las peculiaridades del tema litigioso y se indaga hasta qué punto el encaje del nuevo caso en el anterior es posible sin detrimento de ciertos valores que no se está dispuesto a sacrificar. Así se van modelando los principios.

“El *common law* no parle de verdades preestablecida*, de validez universal e inflexible, para llegar a conclusiones derivadas deductivamente de ellas. Su método es inductivo y saca sus generalizaciones de casos particulares. Piste proceso ha sido admirablemente expuesto por Munroe Smith: “En su esfuerzo por dar expresión articulada en normas; y principios al sentido social de justicia, el método de los expertos en encontrar el Derecho ha sido experimental. Las normas y principios del *case law* nunca han sido tratados como verdades definitivas, sino como hipótesis de trabajo, continuamente puestas a prueba en esos grandes laboratorios del Derecho que son los Tribunales de justicia. Todo nuevo caso es un experimento; y si la norma aceptada y que parece aplicable produce un resultado que se vive como injusto, la norma es reconsiderada. Puede ser que no se modifique de inmediato, porque el intento de hacer absoluta justicia en todo caso particular liaría imposible el desarrollo y mantenimiento de las normas generales; pero si una norma continúa produciendo injusticia, será eventualmente reformada. Los principios mismos son continuamente sometidos a prueba, pues si las normas derivadas de un principio no funcionan bien, el principio debe ser, en última instancia, reexaminado” (207).

Hay, así, una tensión constante en el Derecho entre la fuerza de la tradición, concretada en el apego a los precedentes, y las exigencias de innovación, que la vida a cada paso formula. Cardozo ha querido, precisamente, analizar el influjo que los diversos factores representativos de ambas tendencias contrapuestas ejercen sobre la conciencia del Juez.

“La fuerza directiva de un principio —nos advierte— puede ejercitarse siguiendo la línea de la progresión lógica; a esto llamaré la regla de la analogía o el método filosófico; o siguiendo la línea del desenvolvimiento histórico, y a esto llamaré el método evolutivo; o siguiendo la línea de las costumbres de la comunidad, a lo que llamaré el método de la tradición; o siguiendo la línea de la justicia, la moral y el bienestar social es decir, las *mores* del momento, a lo que llamaré el método sociológico” (208).

Estas son, en efecto, corrientes de opinión que con cierta objetividad, deciden los rumbos de la Jurisprudencia. Constituyen justamente los métodos de juicio que con más frecuencia hacen su aparición, aunque en distinto grado cada uno; pero a su lado, “muy por debajo de la conciencia, hay otras fuerzas, las apetencias y desdenes, las predilecciones y los prejuicios, el complejo de instintos, emociones, hábitos y convicciones que configuran al hombre, sea litigante o Juez... Las grandes mareas y corrientes que engolfan el resto de los hombres no varían su curso para dejar a los Jueces de lado” (209). “Uno puede preguntarse cómo del juego de todas estas fuerzas del individualismo 'puede surgir algo coherente, algo que no sea sino el caos y el vacío. Esos son los momentos en que exageramos los elementos diferenciales. Al final surge algo que posee un perfil definido, orden y verdad. Se ha dicho que 'ia Historia, como las Matemáticas, está obligada a suponer que las excentricidades se equilibran entre sí como para que algo permanezca constante al fin” (210). Lo mismo es verdad con respecto a la faena de los Tribunales” (211).

La conducta de los organismos jurisdiccionales tiene sus “constantes”, igual que las tiene la Historia del hombre o la del cosmos. Pero la Ciencia del Derecho no se puede contentar con

²⁰⁷ CARDOZO: *Op. cit.* 12.

²⁰⁸ *Op. cit.* 19.

²⁰⁹ *Op. cit.* 137.

²¹⁰ ADAM: *The degradation of the democratic dogma.* 291 s.

²¹¹ CARDOZO: *Op. cit.* 143-144.

remitirse a estas “uniformidades más generales” que dan la razón estadística de un fallo judicial, sino que ha de investigar también las causas de cualquier desviación y su respectivo índice de frecuencia, para hacer posible una más fundada previsión de la sentencia en el futuro. ¿Cuáles son esas causas?

No es dudoso que todas las pasiones, instintos y tendencias que impulsan a los hombres se dejen sentir asimismo sobre los Jueces. Por eso no importa tanto señalar cuáles sean, cuanto determinar, hasta donde resulte factible, la proporción y la medida de su influencia.

En la imposibilidad práctica de realizar ahora un examen suficientemente amplio de la *motivación latente* en nuestra Jurisprudencia, no queda otro recurso que limitarse a los datos provisionales que cabe extraer de un centenar de sentencias. Tomamos, pues, al azar, una serie de resoluciones de Tribunales diversos con el fin de inducir, por todos los síntomas delatantes y más allá de los razonamientos expuestos en cada “considerando”, cuál haya sido el *supremo argumento* que, operando consciente o inconscientemente, ha condicionado *de hecho* el sentido de la decisión ⁽²¹²⁾.

Sin la pretensión de otorgar más que un valor relativísimo' a las conclusiones obtenidas, que se exhiben a título de muestra para justificar prácticamente el método propugnado, expondremos a continuación los resultados a que nos ha conducido el examen de la ínfima colección jurisprudencial tomada en cuenta:

1ª. A tenor de los datos recopilados, parece indudable que el factor psíquico que influye más poderosamente sobre el signo del fallo judicial es la *pereza* en todas sus formas: sea como aferramiento a los hábitos y viejos modos de pensar, sea como evasión de los problemas difíciles o de las perspectivas inusitadas, sea como frecuente motivación de criterios restrictivos en la admisión de recursos, sea como causa de aceptación pura y simple de los razonamientos que sirven de base a la sentencia del inferior reexaminada, sea como ocasión para hurtarse a una complicada valoración de los instrumentos probatorios mediante el desacreditado expediente de la estimación conjunta ⁽²¹³⁾. Casi un 11 por ciento de las sentencias son como son debido a la tendencia de los Tribunales a minimalizar sus esfuerzos.

2ª. Cerca de otro 5 por ciento de los fallos es inexplicable si se hace abstracción de los complejos emocionales que el proceso arrastra consigo. Si el problema jurídico subyacente en la litis se “aisla” de sus concomitancias afectivas suele ocurrir que el principio inspirador de la decisión

²¹² *Que sepamos, no se han hecho estudios estadísticos de esta naturaleza. Los datos consignados aquí son un anticipo de los primeros.*-* resultados obtenidos por nosotros en un estudio en preparación sobre **La motivación latente de las sentencias en la Jurisprudencia española. Una contribución al estudio de la Psicología jurídica experimental. Sobre el problema de los móviles de la resolución judicial, que tanto ha preocupado a las escuelas jurídicas norteamericanas, vid. LLEWELLYN: A realistic Jurisprudencia-The next step, en Col. L. Rev., 30 (1930), 431 ss. HUTCHESON: The Judgment intuitive: The function of the “hunch” in judicial decisión, en Cornell, L. Q., 14 (1929), 274 ss. FRANK: What Courts do in fact. Illinois L. Rev., 26 (1932), 645 ss. M. R. COHEN: Law and the Social Order, 1933, 112 ss. LOEVINGER: Una Introducción a la Lógica jurídica (Puig Brutau), 1954, 76 ss.**

²¹³ *Léanse las duras palabras que le dedica Rodríguez Valcarce (en RDPr., 1948, II, 264), para quien es ésta “una práctica vituperable, propia de espíritus holgazanes o carentes de función crítica...”*

cambie de signo. Se deduce, así, que la vivencia emotiva despertada por los elementos circunstanciales que rodean el tema litigioso es responsable preterintencionalmente de la resolución recaída. Los sentimientos más a menudo constatados son, por su orden de frecuencia, la **compasión** y la **antipatía**; es decir, la indignación que una determinada conducta suscita. Una sentencia entre todas produce la vehemente sospecha de haber sido provocada en el fondo por el temor al **qué dirán**, por la vanidad de no perder la fama de justiciero de que se goza.

3ª. Poco más de un 2 por ciento de las sentencias consultadas, pese a su endeble motivación, no puede referirse a móviles concretos que hayan dejado su correspondiente sedimento en los actos. Debe imputarse, pues, a la acción de factores desconocidos.

Resulta por lo expuesto, además, que aproximadamente en un 80 por ciento de casos los Tribunales se atienen, de un modo al parecer absoluto, a sólo los datos jurídicos que juegan en la causa. Lo cual no quiere decir que en todos estos supuestos la sentencia pronunciada sea la que procede en justicia, ni que en aquéllos, en cambio, se haya cometido una iniquidad. Separamos los dos órdenes de problemas, y distinguimos también entre el **fondo** y la **forma**. Ahora se atiende únicamente a si la resolución fue determinada en efecto por las normas jurídicas invocadas —sean bien o mal entendidas, sean o no aplicables— o por otros motivos recónditos con que el Derecho no cuenta ni el Juez ha esgrimido tampoco.

5ª. Otro de los problemas interesantes al que, si bien de una manera asistemática, ha prestado atención la Psicología jurídica es el de las **aptitudes personales sobre que descansa** casi siempre la **efectividad del Derecho**.

Se ha estudiado este punto, en primer lugar, en relación con la crítica del testimonio. La experiencia adquirida tras la racionalización científica de la prueba testifical puso en evidencia bien pronto que el grado de credibilidad que merezca una declaración no depende sólo de la **disposición informativa**; es decir, de que el testigo quiera ser veraz, sino también de su **capacidad informativa**, que consiste en un conjunto de condiciones subjetivas indispensables para que no se produzca una involuntaria deformación de los hechos (²¹⁴).

Es inútil ponderar la influencia que las dotes personales de algunos testigos pueden ejercer sobre la suerte de un proceso, que es tanto como decir sobre la suerte de un derecho, o sobre la suerte del honor o de la vida misma. La Jurisprudencia de todos los países cuenta, por desgracia, con algunos —siempre demasiados— ejemplos de errores judiciales imputables a un indebido confiar en testigos ineptos (²¹⁵).

Pero no hay ninguna razón para limitar al caso de la prueba testifical el estudio de las aptitudes psíquicas que presupone la práctica del Derecho. El área del problema es mucho más amplia. La efectividad del Derecho depende en muchas otras ocasiones de ciertas cualidades personales que se dan por supuestas; pero que a pesar de todo, pueden faltar. Es capital para la Política del Derecho conocer qué cualidades son éstas y cómo se las puede investigar. La selección de Jueces y Funcionarios, de Peritos, de Abogados incluso, no puede quedar entregada, como hoy, desde el punto de vista psíquico, al más ciego de los azares. Tal como funcionan las cosas entre

²¹⁴ *Sobre crítica del testimonio, vid. las referencias bibliográficas consignadas en nuestra obra (la única tentativa de psicología testifical en España): La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico procesal, 1951. esp. 89 3.*

²¹⁵ *GIURIATI: Op. cit. 94 ss. GORPHE: La crítica del testimonio, cit. 119, 226, 282, etc.*

nosotros, bien puede suceder que estr llamado a decidir un litigio un Juez que, dada la naturaleza de la cuestión involucrada y sus peculiares aptitudes psíquicas, esté totalmente incapacitado para juzgar. En el proceso no se ventilan exclusivamente asuntos jurídicos, en los cuales haya acreditado su competencia el Magistrado judicial (si es que una “Oposición” al uso puede servir de garantía) ⁽²¹⁶⁾, sino que se interfieren a cada paso innumerables problemas *de hecho* cuya “percepción” reclama muchas veces un “instinto” o una “sensibilidad” especial. ¿No se habla entre los prácticos sagazmente del “ojo clínico” o de la “extraordinaria penetración” de “algún” Juez? Pues generalicemos lo que implica esta matización a todos cuantos intervienen en la grandiosa obra del Derecho.

Por otra parte, corresponde también a este magno capítulo de la Psicología jurídica el estudio de las relaciones que median entre los diferentes tipos de personalidad y la inclinación mayor o menor a obedecer o quebrantar las Leyes. Se ha trabajado mucho sobre algunos aspectos particulares de este gran problema; pero los resultados son aún pobres. La causa está en la técnica deficiente de que han adolecido las investigaciones. Por regla general, se han llevado a cabo sin obedecer a un plan de conjunto ni atenerse siquiera a una orientación global unitaria. El mal estriba en que no se ha llegado todavía a un acuerdo respecto a una clasificación realmente práctica de los caracteres humanos. No hay, así, una perspectiva inicial que, siendo común, a los distintos investigadores, sirva para unificar tantos esfuerzo.- inconexos como se gastan actualmente. El lema es tal que para deducir conclusiones valederas se hace indispensable acumular sumas ingentes de material estadístico. Y, por desgracia, las circunstancias dificultan extraordinariamente esta labor. A los psicólogos sólo les interesa de un modo secundario; y los juristas, que deberían preocuparse de ella, están demasiado apegados a su Derecho positivo para dispensarle verdadera atención. Así las cosas, en lo único en que se ha avanzado es en el estudio de las personalidades psicopáticas, que ha rendido ya algunos frutos importantes en el Derecho penal por la luz que vierte sobre la génesis psicológica del delito y sobre la cuantificación individual de la responsabilidad ⁽²¹⁷⁾.

Hasta aquí, nada más, ha llegado, por ahora, la Psicología jurídica. No puede, pues, aun, recabar para sí legítimamente la emancipación del seno de la Filosofía. Más bien le es necesaria todavía la tutela filosófica para terminal' por constituirse en Ciencia independiente. La Filosofía le enseñará, así, cómo, antes que los problemas psíquicos que entraña la realización del Derecho, importan los factores de esta naturaleza que explican su formación y desenvolvimiento. Para que la Psicología jurídica adquiera estructura de Ciencia se hace preciso que todos los problemas periféricos en que se ha ocupado surtan de un principio superior unificante, al que se deban como a su definitiva razón. Compete a la Psicología jurídica esclarecer todos los fenómenos en que consiste el Derecho tomando como único punto de partida la libre acción de las pasiones humanas copresentes, en cuanto recíprocamente se condicionan y atemperan. Si el Derecho es un producto humano ha de obedecer a una causa psíquica profunda que haya conducido los hombres hasta él. El empeño de un Bentham por reducir todo lo jurídico al *principio de la utilidad*, tiene, pese a todos los ataques de que ha sido objeto de valor incuestionable de su simplicidad ⁽²¹⁸⁾. El hecho de que haya, fracasado como hipótesis no libera a los juristas actuales del deber científico de

²¹⁶ ISIDORO MARTÍN: *El. Mito de las Oposiciones*, 1955, 17 ss.

²¹⁷ Vid. sobre todos estos problemas MIRA LÓPEZ: *Manual de Psicología jurídica*, 1954, obra que, más que nada, es una Psicología aplicada al Derecho.

²¹⁸ BENTHAM: *Tratados de legislación civil y penal* (Anduaga), I, 1841. 1 ss.

ensayar con una nueva y más verosímil explicación. A ella está obligado antes que nadie el iusfilósofo. Lo que pasa es que para lograrla, según hemos de ver más tarde, es indispensable fundir, en una síntesis armónica, el elemento psicológico y sociológico con los datos metafísicos que aporta el Derecho Natural.

***) *La Historia del Derecho.*

Mientras imperaba la concepción iusnaturalista de filiación protestante con su creencia en un Derecho absoluto, puramente racional, capaz de ser deducido de unos pocos principios supremos de justicia, evidentes por sí mismo, y también con validez eterna y plasticidad infinita, no tenía sentido emprender investigaciones histórico-jurídicas, ni preocuparse con la diversidad topocronológica de los Ordenamientos positivos. La variabilidad del Derecho respondía al error o a la arbitrariedad de los Legisladores y era susceptible de corrección con los solos recursos del raciocinio⁽²¹⁹⁾. El problema del Derecho quedaba, así, condensado en el de una buena o mala legislación. Había, pues, que hacer Códigos mejores, porque con esto sólo se iría dando realidad a los ideales de Justicia y Progreso.

Frente a estas pretensiones racionalistas, la Escuela Histórica del Derecho, capitaneada por Savigny, dió un giro diametral a la teoría jurídica. Guando en 1814 publicó Thibaut su famosa obra sobre **la necesidad de un Derecho civil general para Alemania**⁽²²⁰⁾, propugnando la idea de un Código unitario, le cerró el paso Savigny con una repudiación radical de los postulados que le servían de base. Thibaut no hacía más que extraer corolarios de las premisas en que abundaba el iusnaturalismo aún vigente. Pero Savigny, poniéndolas en entredicho de abajo arriba, adoptó una posición de franco antagonismo. Sostuvo que era inútil y contraproducente obstinarse en hacer el Derecho mediante imperativos legales. El Derecho no podía ser una creación *ex nihilo*, a tenor del gusto o del capricho de los Legisladores, sino que emergía del *espíritu popular* en forma misteriosa y callada, cristalizaba en costumbres y tomaba conciencia de sí a través de la labor de los prácticos y de los juristas. Cada pueblo tenía por necesidad “su” Derecho; es decir, un Derecho acomodado a su idiosincrasia, a su carácter, a su individualidad y fisonomía espiritual, como también tenía “su” idioma y “su” Arte, “su” Moral y “sus” costumbres. Este Derecho, función de la conciencia jurídica del pueblo, va germinando y madurando de suyo; vive

²¹⁹ *Sobre la Escuela racionalista del Derecho Natural, vid LE FUR: La théorie du droit naturel depuis le XVII siecle et la doctrine moderne, 1928; MATHIS: De Hugonis Grotti conceptu iuridico, 1933; SOLARI: La Scuola del Diritto naturale nelle dottrine etico-giuridiche dei secoli XVI e XVII. 1904; DEL VECCHIO: El concepto de natuarleza y el principio del Derecho (Castaño) 1914; WOLFF: Grotius, Pufendorf Thomasius, 1927; LLAMBIAS DE AZEBEDO: La Filosofía del Derecho de Hugo Grocio, 1935; BATTAGLIA: Cristiano Thomasio, filósofo e giurista, 1936; CORSANO: H. Grocio: l'umanista, il teólogo, il giurista, 1948. También, HIPPEL: Rechtsgesetz und Naturgesetz, 1949; KOSCHAKER: Europa und das römische Recht. (Hay ed. españ. Santa Cruz), 1947; SCHMITT: Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft, 1949; D'ORS: Jus Europeum?, 1953; LEGAZ: Filosofía del Derecho, cit. 290; CORTS: Derecho Natural, cit. 270 ss.; LUÑO PEÑA: Tratado de Derecho Natural, 1947.*

²²⁰ *THIBAUT: Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Retchts für Deutschland. 1814.*

su vida, como los demás productos del espíritu; en cierto modo, puede, recogerse en Leyes, cuidando de consolidar así las costumbres y la Jurisprudencia. Pero la actividad legislativa, aunque venga a incrementar la seguridad, no es, en principio, deseable. Paralizando la iniciativa popular desvirtúa el genuino Derecho (²²¹).

Los dogmas de la Escuela Histórica tenían que traer consigo un movimiento de atención hacia los usos jurídicos de otros tiempos y pueblos. No hay otra manera de resaltar lo específico que el contraponerlo a lo extraño. La relativización del Derecho impuso la necesidad de acometer su estudio histórico. Si “*der Traum des Naturrechts war ausgeirmt geivordem*” (²²²), había que reemplazarlo con la ilusión romántica de la absoluta historicidad de lo jurídico. No habiendo sino Derechos nacionales, la Ciencia jurídica tenía que contentarse con el estudio concreto de cada uno de estos Derechos, renunciando a toda vana aspiración de universalidad. El destronamiento del iusnaturalismo condujo así a otorgar preeminencia a la Historia.

Se emprendieron, pues, en todas partes numerosas investigaciones sobre institutos jurídicos de la antigüedad, demandando al pasado el espíritu del Derecho vigente y confiando a la Historia la misión de descubrir el verdadero ser de lo jurídico. La Historia del Derecho, en suplantación difícilmente concebible, llegó a presentarse como Filosofía (²²³).

He ahí cómo se dibujaron desde entonces dos tendencias extremas, dispuestas a exagerar, en sentido positivo o negativo, el valor que tiene para el Derecho la indagación de los hechos a él concernientes. Por una parte, para la postura racionalista, la Historia nada puede enseñar a la auténtica Ciencia jurídica; a lo sumo, servirá para orientar la interpretación de las Leyes en algunos problemas circunstanciales. Por otra parte, para el historicismo intransigente, para el relativismo afilosófico que rinde culto -a lo concreto, la forma histórica del conocimiento es la única con horizontes y promesas.

La extremosidad de estas dos posiciones no ha perdido en el curso de los años su brío polémico primitivo. Aún hoy, se mantiene irreductible su antagonía, si bien desde más maduros puntos de vista.

Una de las más características y tajantes separaciones entre la Ciencia del Derecho y los restantes sectores cognoscitivos ha sido preconizada por la Escuela Vienesa. Kelsen ha sentado como axioma metodológico fundamental una exigencia de “pureza”. Es decir, ha tratado de “garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho”, un conocimiento que se abstenga de entrometer en las consideraciones jurídicas cualesquiera elementos extraños. Hoy en día —ha dicho Kelsen— casi no hay Ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar. Desde luego, él cree realzar su prestigio precisamente tomando en préstamo de otras disciplinas, con lo que está perdida, naturalmente, la verdadera Ciencia Jurídica”

²²¹ SAVIGNY: *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho* (Posada), 1946, 43 ss.

²²² Cfr. SCHMITT: *Die Lage*, cit. 14 ss. y 11. 16, donde comenta la famosa expresión de Windscheid.

²²³ KOHLEH: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3ª. ed. 1922 (existe trad. españ.); *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 5ª. ed., 1929; *Grundlagen des Völkerechts*, 1918. Propiamente Kohler forma un compuesto con el D. comparado y con la Etnología.

(²²⁴).

Las afirmaciones de Kelsen implican, claro es, que se purgue a la Ciencia jurídica de la contaminación de cualquier dato ajeno. El jurista no debe salirse de su oficio de jurista. No tiene por qué improvisarse como teólogo, como historiador o como sociólogo. Su deber es hacer Derecho, a secas. Pues, en último término, las demás Ciencias, que dedican su atención a otros problemas, distintos por principio, ninguna luz pueden suministrarle.

No cabe poner en tela de juicio que la teoría pura del Derecho expulsa la Historia, al igual que los otros saberes, del ámbito de la Ciencia jurídica. A su tenor, las informaciones históricas no añadirían un adarme de verdad a las consideraciones dogmáticas.

Pero, enfrente, está, por otra parte, un historicismo lleno, asimismo, de acometividad. “La Historia del Derecho es algo más que un simple medio de cultura deseable para los juristas... prescindiendo de su propia finalidad, que conserva como toda Ciencia. Para encontrar decisiones justas hay que conocer la “vida”, es decir, la cultura económica y espiritual de la época. Diciendo “de la época” damos a entender que la cultura sólo puede ser conocida mediante la Historia...” “Hallar Derecho significa hallar un estado de cosas que permita conciliar las nuevas aspiraciones con las aspiraciones y circunstancias antiguas. Estas están fundadas en la Historia, y sólo por medio de ella pueden comprenderse. El que quiera hacer Derecho sin Historia no es un jurista, ni siquiera un utopista; no traerá a la vida ningún espíritu de ordenación social consciente, sino mero desorden y destrucción” (²²⁵).

Ño falta tampoco en este punto la tentativa conciliadora, Cossio, por ejemplo, encara el problema al margen de las dos extremas posturas. En su opinión, la Historia del Derecho “forma parte del capítulo ontológico” de las cuestiones intrasistemáticas de la Filosofía jurídica, pues se da en el Derecho una constitutiva historicidad, derivada de su dimensión humana, cultural y espiritual. Sin embargo, este aspecto preocupa escasamente a la teoría ecológica. El que Cossio trata realmente de aclarar es el referente a la historicidad de la Ciencia jurídica. Aquí, con gran originalidad, Cossio hace un lugar a la Historia, concebida como gnoseología del error, dentro de la propia dogmática. Frente al historicismo relativista, que disuelve la verdad en la Historia y que, por tanto, se ve abocado a poner a la par las ideas de todas las épocas, la teoría ecológica entiende que la verdad jurídica se levanta en parte sobre los errores superados, por lo que “consigue asignar a lo histórico de la Ciencia, como error, un lugar *dentro* de la verdad” (²²⁶).

¿Está resuelto el problema del valor que tengan para el Derecho los datos históricos por alguna de las teorías expuestas? Parece que no. Por lo menos, procede desecharlas por ahora, ya que a los alegatos de unas y otras corresponde el veredicto de “no probado”. ¿Cómo enjuiciar, entonces, el papel que deba atribuirse a la Historia del Derecho en cuanto a determinar la esencia de lo jurídico?

Para acceder metódicamente a una conclusión perentoria, hay que examinar primero de qué naturaleza y trascendencia son los datos que nos suministran los historiadores. ¿Cuáles son los resultados de que pueden ufanarse? ¿Qué significan y en qué redundan? Dejémosle que nos lo diga

²²⁴ *KELSEN: La Teoría pura del Derecho (Tejerina), 1946, 26.*

²²⁵ *STERNBERG: Introducción, cit. 30.*

²²⁶ *COSSIO: Panorama de la Teoría ecológica del Derecho. 1949, 96 siguiente.*

uno de ellos.

“La Ciencia de la Historia del Derecho” —precisa García Gallo— estudia el origen y las transformaciones del Derecho a través del tiempo, hasta llegar al estado en que hoy se encuentra” (227).

Y después, playando más su pensamiento, añade:

En cada momento de su desarrollo, el Derecho constituye un sistema: es decir, se tiene un concepto de él. y éste posee unos caracteres y unos principios que al desarrollarse para su aplicación en cada caso concreto dan lugar a un conjunto de normas que por la manera de producirse- poseen un mismo espíritu, un sello de unidad y guardan entre sí estrecha trabazón y armonía. La Historia del Derecho ha de estudiar en cada momento: los elementos que integran el sistema jurídico, el concepto y caracteres del Derecho, sus fuentes —es decir, los textos y reglas en que aparecen formuladas las normas jurídicas— la forma de interpretarse y aplicarse éstas y las instilaciones, o sea la formas básicas y típicas de la organización jurídica total, que se destacan de la multitud de relaciones existentes y posibles, como sus grandes principios morales y políticos, motores y básicos que marcan las líneas constructivas del plan de la organización estatal. Junto al sistema jurídico vigente han de estudiarse en cada época tanto las elucubraciones teóricas de los juristas como las violaciones de aquél que respondan a una concepción distinta del mismo” (228).

Así, pues, según su propia confesión, los historiadores se comprometen a decirnos todas estas cosas: I) Cuál es el concepto y cuáles los caracteres del Derecho en una determinada época: II) cuáles las fuentes en que se exterioriza aquél; III) qué modalidades reviste la interpretación y aplicación normativa, y IV) cómo son las instituciones jurídicas.

De tales promesas, ¿cuáles son las que están en condiciones de cumplir realmente? ¿Pueden, en rigor, dar a conocer qué es el Derecho? La respuesta ha de ser negativa. Los historiadores del Derecho, en tanto que son historiadores, están incapacitados para remontarse a las alturas conceptuales en que puede darse una definición. García Gallo ya lo reconoce con toda franqueza. A propósito, ha reducido la misión del historiador, encomendándole sólo la tarea de perfilar el concepto del Derecho propio de cada época. Por eso mismo, cuando el mentado autor plantea la cuestión de que es lo que debe entenderse por Derecho, declara sin ambages que esa noción no puede determinarse de antemano, y de la misma forma para todos los tiempos (229). Si un historiador formula una definición esencial del Derecho, abandona en ese momento su cometido peculiar y asume el de filósofo.

Tampoco cabe conceder sin más que el historiador esté capacitado para dar la clave de lo que por Derecho entiende cada época. Aunque la impersonalidad de la aseveración se preste a camuflar sus enormes implicaciones, no es difícil poner al descubierto su juego y evidenciar sus vanos alardes. Bajo la inofensiva apariencia de la proposición utilizada, todo son equívocos. Se habla de “época” y se comete la primera arbitrariedad. En el proceso histórico no hay interrupciones ni cesuras, sino la densidad del continuo. Somos nosotros los que seccionamos y amojonamos luí curso que repugna el *desde* y el *hasta*. En el pasado estaban ya disponiéndose a obrar, los gérmenes del futuro. Lo que una vez se hunde, como el Guadiana, aflora más tarde. Y cuando parece nacer, resurge, El buscar la noción del Derecho *correspondiente a una época*, es preparar las cosas para alucinarse dulcemente. Porque no sólo se mienten las épocas, sino que también es imprescindible para llegar a poseerse de la idea de que existen conceptos referibles a un determinado mapa histórico, fingir paralelamente, en personificación metonímica. que las

²²⁷ GARCÍA GALLO: *Curso de Historia del Derecho español. I. 1950.*

²²⁸ GARCÍA GALLO: *Op. cit.* 6.

²²⁹ GARCÍA GALLO: *Ibid.*

representaciones intelectuales, abandonando las mentes que las albergan, se independizan y se socializan en la masa. El Derecho no es un concepto de estimativa común, encerrado en márgenes elásticos, que haya que ir sondeando en plebiscito por cada tiempo y lugar. El Derecho como noción lógica es forzosamente inmutable. Lo que tiene de mudadizo, es accesorio, y no es esencial a lo jurídico. Y lo que es esencial no es historiable. No hay, pues, un concepto del Derecho para cada época; ni siquiera se encuentra en cada período, marcada con los hechos, una definición distinta del Derecho. ¡Tanto valdría como negar a éste su realidad universal! En todas las transformaciones históricas de las Leyes o de las instituciones jurídicas no hay un cambio material profundo. Lo que varía no es el Derecho, sino los modos concretos de realizarlo. La Política del Derecho evoluciona, el Derecho mismo, no.

¿Qué papel puede entonces desempeñar la Historia del Derecho en la Ciencia o en la Filosofía jurídicas? El transcurso del tiempo ha ido haciendo claridad en las aspiraciones de los mismos historiadores y reduciendo las cosas a su justa proporción.

En 1947. Mitteis, en su obra sobre el valor de la Historia del Derecho, señala ya objetivos menos ambiciosos y pretensiones más modestas. A su entender, la contribución histórico-jurídica a la Ciencia, dogmática del Derecho consiste, por una parte, en su función propedéutica, La familiarización con la Historia jurídica constituye la mejor preparación para la Ciencia del Derecho, pues allí, como en un microcosmos, se alojan debidamente simplificados, todos los elementos que pueblan con laberíntica complejidad cualquier actual sistema iuspositivo. Por otra parte, incluso el método histórico-jurídico es hoy un auxiliar sumamente valioso para el jurista. Desde que el objeto de la Ciencia jurídica no se cifra ya más en un mezquino normativismo, sino que se extiende hasta una amplia consideración de causas sociológicas y de finalidades políticas, es evidente que el trabajo del jurisconsulto se ha aproximado todo lo posible al quehacer del historiador: no hay duda de que este último se encuentra en condiciones de suministrar a aquél directrices de pensamiento y de conducta. Puede además la educación histórica temperar la crudeza a que predispone por sí solo el cultivo de la dogmática jurídica, con su pronunciada oscilación hacia extremos de severidad. Pero, sobre todo, si la Ciencia positiva del Derecho aspira a convertirse en una Ciencia de los valores jurídicos y. llevando adelante con energía los postulados de una Jurisprudencia de intereses y superando el estadio de la Ciencia jurídica sin Derecho, quiere reencontrar el “camino real” de la más auténtica Política del Derecho, entonces su éxito dependerá de su apelación a la Historia. Esta disciplina se presenta, pues, como el medio gnoseológico capital para el aleccionamiento político-jurídico ⁽²³⁰⁾.

Más recientemente, Orestano ha llegado a parecida conclusión. Para él, si la Ciencia del Derecho no es más que una suma de la experiencia jurídica, la Historia del Derecho, que responde a idéntica función, no necesita títulos acreditativos independientes; su línea directiva corre paralela a la dogmática. Ambas tienden a completar la experiencia jurídica ⁽²³¹⁾.

En el ámbito de nuestra patria, estas ideas han tenido también sus intérpretes. Así, Fuenteseca, haciéndose eco de las palabras de Orestano, afirma: “Sólo en el contraste con su propio pasado puede el pensamiento jurídico progresar eliminando soluciones ya periclitadas y buscando otras nuevas con base en aquella experiencia. Pero este crecimiento del organismo jurídico ha de ser

²³⁰ MITTEIS: *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, 1947 esp. 77 ss.

²³¹ *Introduzione allo studio storico del Diritto*. 1953, 221 ss.

guiado por expertos; es decir, por juristas” (232).

Las intuiciones de historiadores y filósofos, aunque tal vez con cierto desconocimiento recíproco, han impulsado a unos y otros hasta un terreno común, en el que son vecinos, Cuando un Cossio reclama a la Historia una gnoseología del error, ¿qué hace sino tomar a ésta como palanca para ensanchar la experiencia jurídica? Guando García Gallo postula un cambio de orientación en los estudios histórico-jurídicos, ¿no está, al querer enderezarlos pragmáticamente hacia una colaboración con la Ciencia positiva, accediendo a lo solicitado por los filósofos? (233). Vivimos, pues, una hora propicia para fijar las relaciones entre Ciencia e Historia del Derecho y para inquirir sin recelo lo que de ésta puede aguardar la Filosofía.

“La Filosofía —enuncia en forma magistral Gómez Arbuleya— es un modo fundamental de la -existencia humana, y, por tanto, constitutivamente histórica como ella. La historia no le adviene- desde afuera, como un acontecimiento en sí inconexos; sino desde adentro, como el interno y libre despliegue de un conjunto de posibilidad?. La Filosofía es así, en cierta medida, su historia. Y esto en dos sentidos. De un lado, en que sólo está plena, sólo es verdaderamente sistemática, si la contemplamos en la totalidad de su desarrollo; y, de otro, en que en cada instante hay, como en el tiempo y la historia personal humanos, una implicación de momentos. Respecto a cada pensador tenemos que fijar el pasado que le comprime y determina, el presente que le acucia, el futuro que diseña en su teoría; esto es, tenemos que engarzarlo en la historia considerada como el gran sistema de Filosofía” (234).

Si la Filosofía se nutre en la Historia, si cada sistema filosófico del pasado es un *experimento mental* atendible., no cabe dudar que los datos histórico-jurídicos tienen para el filósofo el valor de un arsenal de experiencias donde poder verificar o poner a prueba sus teorías. El método científico —como nos cuidaremos de subrayar más tarde— estriba en la puesta en práctica del *principio de exclusión*, por medios lógicos o empíricos, ante la multiplicidad de un campo de posibilidades hipotéticas. La experiencia histórica aporta a esta faena la importante contribución que supone el brindar ya en parte formado ese campo de *posibilidades a prueba* sobre el que la exclusión científica debe trabajar. El hombre de Ciencia puede, pues, prescindir de la Historia sólo en la medida en que sea capaz de prever por sí mismo, ¡sin un esfuerzo antieconómico!, las diversas hipótesis que tiene necesidad de considerar. El limitado poder de representabilidad imaginativa de que el hombre está en posesión, amonesta fuertemente contra la excesiva confianza en sí mismo. Y la mejor lección de la Historia del pensamiento científico es prevenirnos contra cualquier poco meditado desprecio a la Historia.

Así pues, el jurista científico 110 puede proscribir la Historia del Derecho por virtud de una imperiosa exigencia metódica. ¿Podrá, en cambio, preterirla el iusfilósofo? Menos aun. El método filosófico es un método de *integración intuitiva* (vid. inf.). El filósofo ensaya una síntesis universal, donde toda experiencia se unifique. Busca la plenitud de la verdad, y necesita la plenitud de la experiencia para sus propósitos. Ni el pasado, ni el presente, ni el porvenir siquiera, pueden estar ausentes de su pesquisa. Todo saber es poco para lograr hacer una no anacrónica Filosofía.

²³² FUENTESECA: *Historia y dogmática en la Jurisprudencia europea*, 1956, 20.

²³³ COSSIO: *Op. cit. et loc.*

²³⁴ GÓMEZ ARBOLEYA: *Francisco Suárez*, cit. 3.

***) *Derecho Comparado.*

Más que una Ciencia jurídica, pues sería aún prematuro dispensarle este rango, el Derecho Comparado es, por el momento, un método para afrontar el estudio de los fenómenos jurídicos sin ninguna limitación espacial⁽²³⁵⁾. Su finalidad más ambiciosa, y la única que lo legitimaría, consiste en investigar las constantes universales del Derecho, para inducir de ahí las leyes que rigen los fenómenos jurídicos y llegar a la constitución de una verdadera Ciencia iuspositiva no viciada por un radical contingencialismo⁽²³⁶⁾. El Derecho Comparado se presentaría, en estas condiciones, como una disciplina complementaria de la Historia del Derecho, con miras análogas a ésta; pero concerniendo a la evolución jurídica en función del espacio, en lugar de atender a la que se produce en el tiempo⁽²³⁷⁾. La “sucesión” cede aquí su puesto a la “simultaneidad”⁽²³⁸⁾.

Lo que una Ciencia del Derecho Comparado en su edad adulta podría ofrecer a la Filosofía jurídica sería considerable. En primer lugar, porque implicando una extraordinaria dilatación de la experiencia iuspositiva, logra poner al alcance del filósofo una suma de perspectivas que quizás no sea por sí solo capaz de prever. En segundo lugar, porque ella misma podría contener el germen o apuntar hacia una Filosofía. Cuando los datos empíricos comienzan a organizarse según la línea de unas tendencias generales, aproximadas a la uniformidad de la Ley. la intuición anticipadora del filósofo puede adivinar tras ellas una trabazón de sistema. No es que el Derecho Comparado vaya a ser un substitutivo de la Filosofía jurídica⁽²³⁹⁾; eso sería condenarlo a la disolución o incurrir en una reduplicación inútil. Ni si quiere cabría sostener que el método comparativo informase exclusivamente la investigación filosófico-jurídica. A lo sumo “sería admisible hablar de una Filosofía jurídica comparativa, al modo como ha sido planteada por algunos filósofos del Derecho”⁽²⁴⁰⁾.

El servicio más positivo que ha rendido hasta ahora el Derecho Comparado a la Ciencia jurídica ha consistido en proporcionar una orientación a la Política legislativa. En toda reforma de

²³⁵ *Se discute aún si el Derecho Comparado forma una Ciencia, o si es únicamente un método. Vid., al respecto: DE FRANCISCI: La scienza del Diritto compárato secondo recenti dottrini, R. I. F. D., 1921, 23 ss. MESSINEO: L'immagine comparativa negli studi giuridicci, en Areh. Gúuir., 1931, 3 ss. KADEN: Rechtsverleichung en Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, VI, 1938, 9 ss. e«p., 11 s. GUTTERIDGE: Le Droit Comparé (ed. David), 1953, 21 ss. DAVID: Tratado de Derecho civil Comparado (Osset), 1953, 5 ss. SOLA CAÑIZARES: Iniciación, al Derecho Comparado 1954, 100 ss. SARFATI: Introducción al Derecho Comparado (trad. del I. D. C. de la Escuela N. de Jurisprudencia mexicana), 1945, 49 ss. LEGAZ: Comparación jurídica y Filosofía del Derecho, en R. I. D. C, I, 1953, 38 ss.*

²³⁶ *Vid. las diversas concepciones del Derecho Comparado en Sarfati: op. cil. 66 ss. Sola: Op. cit. 97 ss.*

²³⁷ *RADBRUCH: Introducción, cit. 12 s.*

²³⁸ *CARNELUTTI: Scienza del Diritto, en R. D. priv., 1934, 241 .ss.*

²³⁹ *LEGAZ: Comaración jurídica y Filosofía del Derecho, cit. 38.*

²⁴⁰ *Palabras de Legaz en op. cit. 40.*

importancia, los Legisladores suelen, a título precautorio, documentarse respecto a la viabilidad de las soluciones posibles tomando como módulo la experiencia adquirida en otros países. Es verdad que este criterio es pobre y que vale únicamente en defecto de una Ciencia político-jurídica que enseñe de por sí a plantear y resolver sus propios problemas. Pero, mientras tanto, haciendo penosamente sus veces, el Derecho Comparado actúa como cortapisa del *arbitrismo* y de la *improvisación* y presta una importante contribución a la Ciencia jurídica.

Otras esperanzas se cifran aún en el Derecho Comparado. Son esperanzas que están al margen de la Ciencia; pero no por eso menos efectivas ni desatendibles. Se piensa, en primer término, en la posibilidad de una legislación universal homogénea ⁽²⁴¹⁾. Y aunque son numerosísimos los obstáculos que se oponen a la realización de este propósito, casi tantos como los que encontraría una unificación lingüística, no obstante no cabe negar *a priori* su futura factibilidad. El fenómeno de la recepción de algunos Códigos modernos europeos, como el Código civil alemán o el suizo, en países ¡de muy diversa constitución social, racial, religiosa y política ⁽²⁴²⁾ es un argumento poderoso para disipar cualquier prevención fundada en la vieja creencia de que el Derecho está absolutamente predeterminado por los factores circunstanciales.

Hay además, otra gran ilusión depositada en el Derecho Comparado. Se confía en que mediante el reconocimiento mutuo y la correlativa justificación de las diferencias jurídico-políticas que se dan entre las diversas naciones, junto con una radical unidad del espíritu ⁽²⁴³⁾, llegue a fomentar la tolerancia, la comprensión y, finalmente, la armonía en las relaciones internacionales. Cerniò escribe Sola Cañizares:

“El comparalista es, por principio, tolerante y comprensivo; a fuerza de conocer concepciones y soluciones distintas a las suyas, se acostumbra a considerarlas sin espíritu nacionalista y a comprenderlas e incluso, en algún caso, a encontrarles una justificación. El Derecho Comparado es una Ciencia humanista, y representa en sus aplicaciones un elemento de comprensión mutua entre los hombres y los pueblos, y, por lo tanto, un factor de paz internacional. El valor del Derecho Comparado reside esencialmente en que se trata de algo profundamente humano, tendiendo a la universalidad del Derecho, y, por ello, a la unidad y fraternidad entre los hombres” ⁽²⁴⁴⁾.

Evidentemente, un solo paso que permitiera andar en este camino sería más que sobrado para justificar a la, naciente disciplina científica. El objeto del Derecho es la paz total; y todos cuantos esfuerzos allanen esta misión suprema tienen que ser considerados como formando parte de nuestros deberes jurídicos. Deberes que las Leyes positivas no sancionan hoy; pero que no por eso han de pesar menos sobre nuestra 'Conciencia de juristas.

Por lo que atañe a la ejecución de su programa, el Derecho Comparado se halla todavía en una etapa preparatoria, en la fase que podríamos llamar heurística, o de inventario de los hechos precedente obligado de cualquier investigación. El campo ingente sobre el que se mueve el Derecho Comparado y su misma juventud explican la lentitud de sus progresos. Pese a las enormes

²⁴¹ YNTEMA: *Los estudios comparativos del Derecho a la luz de la unificación legislativa, en la Ley, 41-III-1943. Contra esto, vid., no obstante. GUTTERRIDGE: El porvenir del Derecho Comparado, en R. I. D. C., I, 12.*

²⁴² Cfr. lo que dice Riadbruch en su *Introducción* tantas veces citada, 79.

²⁴³ Cfr. DEL VECCHIO: *L'unità dello spirito umano come base della compartazione giuridica*, 2ª ed., 1953, esp., 10.

²⁴⁴ SOLA CAÑIZARES: *Op.* 123.

dificultades con que se tropieza, asoman ya en el horizonte los primeros conatos de síntesis ⁽²⁴⁵⁾.

*****) *La Sociología del Derecho.*

¿Qué es la Sociología del Derecho? La respuesta a esta pregunta, que parecería condición esencial para justificar la personalidad de una Ciencia, no es, en el presente caso, sencilla. Más aún: apenas si resulta posible. La Sociología jurídica —como advierte Gurvitch— “está en pleno curso de formulación”, “luchando en dos frentes por su existencia”. ⁽²⁴⁶⁾. No se sabe así, todavía, qué contenido definitivamente adoptará. ¿Cómo poder, por consiguiente, definirla?

En el fondo de las mismas polémicas en torno a la admisibilidad de la Sociología como Ciencia se nos da ya empero, el criterio válido para deslindar este sector y para identificarlo sin ambigüedad frente a las demás disciplinas jurídicas.

En efecto; los que niegan a la Sociología jurídica el pan y la sal para una vida independiente aducen contra ella que implica una contradicción en los términos. La Sociología se refiere a hechos; sus proposiciones consideran a lo social en su talidad; es decir, del modo como se presenta en la experiencia. El Derecho, en cambio —afirman—, sólo se preocupa por el deber ser. El ideal de pureza metódica, consustancial a la organización científica, veda cualquier tentativa de confusión entre estas dos regiones incommunicables. El Derecho y la Sociología, como las paralelas en la geometría euclidiana, no podrán jamás encontrarse. El uno descalifica y excluye a la otra ⁽²⁴⁷⁾.

¿Es, en rigor, exacto que el Derecho como Ciencia tenga que inhibirse ante cualesquiera problemas que no sean meramente deontológicos? ¿Está reñido el Derecho con la Sociología? Sólo un voluntarismo desenfrenado e inconsecuente podría proclamar y mantener con fidelidad esta tesis. Las normas jurídico-materiales —¡no las procesales! ⁽²⁴⁸⁾— concretan sí un deber; pero la variabilidad de sus posibles significados hace necesario para su configuración hermenéutica descender al examen empírico *de lo que de hecho es*. Ninguna norma sería jamás comprensible de no conectarla con la experiencia que aspira a reflejar ⁽²⁴⁹⁾. El Ordenamiento jurídico es un mundo cerrado, amorfo, como la metáfora antes de toda sensación. Para llegar a comprenderlo es imprescindible perforarlo hacia el exterior y establecer correspondencias entre la realidad y la conducta. En la teoría platónica, la contemplación de las ideas en el *τοπος, οὐρανός*, no le basta a las almas que ingresan en la vida para reconstruir la fisonomía del universo; pues bien, tampoco al jurista, enclaustrado en la estratosfera normativa, le servirán las Leyes para, extender el Derecho en su viviente realidad. Especificar si una norma tiene un significado u otro requiere saltar de las meras palabras a sus efectos sobre la vida social. Esto, que es singularmente visible en los

²⁴⁵ *Tal es, p. e. el Tratado de David, ya mencionado.*

²⁴⁶ *GURVITCH: Sociología del Derecho (Romera), 1945 I.*

²⁴⁷ *Cfr. Kelsen: La Teoría pura. cit. 26 ss.*

²⁴⁸ *Cfr. nuestro Grandes problemas del Derecho Procesal, cit.*

²⁴⁹ *Cfr. nuestros Estudios, cit. 197 ss.*

standards de conducta ⁽²⁵⁰⁾ y en las *máximas de la experiencia* ⁽²⁵¹⁾, se aplica también a todos los verdaderos conceptos jurídicos, pues las proposiciones que a ellos se refieren constituyen, más bien, *funciones proposicionales* ⁽²⁵²⁾, cuyo sentido es menester acolar completándolo con otras normas, pero *a la vista de lo que le hace falta a la Sociedad*. El hecho y el Derecho, son, pues, a menudo, indiscernibles. Las mismas normas jurídicas, para llegar a merecer esta calificación, precisan haber reunido ciertos requisitos facticios. El jurista no puede eliminarlos, pues va en ellos el precio de la propia normatividad. ¿Se observaron realmente los procedimientos prescriptos en la Constitución para elaborar las Leyes? ¿Tiene la costumbre los elementos indispensables para estar dotada de fuerza de obligar? Estas y otras preguntas, perentorias para el jurista, no se resuelven en el plano del puro deber ser. Por otra parte, el problema jurídico capital que se ventila en todo proceso atiende a establecer un *orden de prelación, de títulos* ⁽²⁵³⁾. Es verdad que ese orden de prelación se instaure generalmente a tenor de pautas deontológicas; pero la cuestión de la *existencia y efectividad* de los títulos es materia de hecho y no puede enjuiciarse fuera de la concreta realidad social. ¿Se negará, acaso, carácter jurídico a la actividad del Juez tendente a la fijación de la premisa histórica de la sentencia?

Más aún. Todo Ordenamiento jurídico eleva su complicada estructura con base y a expensas de un título radical primario ⁽²⁵⁴⁾, *que no era más que un hecho*: pero que, a partir de entonces, se transforma por convención en el *valor jurídico originario* que va a servir de medida y de razón de ser a todos los ulteriores derechos subjetivos. Si es pues, un hecho la *suprema fuente de legitimidad*, ¿cómo negar entonces que el jurista descienda a investigar *el ser* de una realidad empírica cuando el sentido del Ordenamiento entero pende de ahí?

No existe, por tanto, esa pretendida dualidad absoluta entre el hecho y el Derecho ni aún en la órbita del más irreductible legalismo. Mucho menos, cuando el jurista abraza la sana intención de estudiar el Derecho en todas las perspectivas de que depende su inteligibilidad. El Derecho no es sólo un conjunto de normas: según hemos visto, ni siquiera el Derecho positivo está bien definido así. El Derecho es un fenómeno social muy complejo que no se disuelve en una pura normatividad. Se conjugan en él *normas y hechos*, con la misma unidad indisoluble, que en el ser humano *cuerpo y espíritu*. Y del mismo modo que las Ciencias atinentes al hombre se conciertan para estudiar sin preterición ambos componentes, también entre las Ciencias jurídicas debe existir una adecuada coordinación para que ningún aspecto del Derecho sea indebidamente sobreesido.

Si, pues, las Ciencias jurídicas particulares circunscriben su cometido, por razones de congruencia metódica, y se limitan a enjuiciar normas o valores, la Sociología del Derecho, que ha encontrado libre y *nullius* el campo de los hechos sociales donde se *materializa* lo jurídico, está sobradamente legitimada para ocuparlo sin cometer usurpación. Por virtud de anticipado abandono y tácita renuncia, las Ciencias dogmáticas no podrán reivindicárselo después. La Sociología jurídica ha

²⁵⁰ Sobre este concepto, vid. nuestro trabajo sobre *Exploración de la capacidad del testigo*, cit. 115 ss. Bibliografía allí.

²⁵¹ Cfr. STEIN: *Das private Wissen des Richters*, 1893, 14 ss.

²⁵² Cfr. nuestros *Estudios*, cit. 61 ss., 209 ss.

²⁵³ *Ibid.* 45 ss.

²⁵⁴ SCHMITT: *El nomos de la tierra (LOIS)*, 1952, J, 3 ss.

entrado así en legítima posesión de su objeto. Todos los ataques que se le dirijan carecen de la más mínima justificación.

Con arreglo a las consideraciones precedentes, la Sociología jurídica, puede ser definida como Ciencia que investiga las causas que presiden la determinación fáctica del Derecho; es decir, las *leyes extrínsecas* que desde fuera del Ordenamiento positivo están condicionando a éste e informando el curso de la vida jurídica real ⁽²⁵⁵⁾.

Tal definición de la Sociología jurídica es adversa a dos distintas tendencias doctrinales. Contradice, por una parte, la opinión de quienes deslíen el Derecho en la mera facticidad social. Por otra parte, la de quienes, despersonalizando la Sociología y la Filosofía jurídica, la convierten en una suma de resoluciones judiciales, inspiradas preferentemente por oscuros móviles subjetivos.

La primera posición, encabezada en un principio por el propio Augusto Comte, que quería eliminar el Derecho como medio de ordenación social y reemplazarlo por la moral y el amor ⁽²⁵⁶⁾, recibe su primera formulación rigurosa en las obras del gran pensador norteamericano Roscoe Pound y llega al máximo de su vigor lógico con Luindstedt y Olivecrona.

Según Pound, el Derecho es un instrumento de control social tendente a lograr la máxima satisfacción de las necesidades o esperanzas (spectations) humanas ⁽²⁵⁷⁾. El Orden jurídico puede concebirse como una gran tarea de ingeniería social; como un medio para suprimir roces y evitar dispendios y para satisfacer las innumerables necesidades humanas a base de una reserva relativamente pequeña de bienes materiales.

“El Derecho es el conjunto de conocimientos y de experiencias con cuya ayuda esta parte de ingeniería social puede llevarse a cabo. Es algo más que un cuerpo de reglas. Consiste en reglas, principios, conceptos y standards para la conducta y la decisión; pero también consiste en doctrinas y formas de pensamiento profesional y de reglas de arte profesionales mediante las que los preceptos de conducta y decisión pueden aplicarse, desarrollarse y alcanzar eficacia”... Sería ilusorio pretender que la decisión judicial (*adjudication*) y la legislación estén determinadas de una manera efectiva y completa por una ponderación científica de intereses y por el empeño de hallar la manera de conciliarlos en forma que se garantice el máximo con un mínimo de sacrificio. El apremio de las pretensiones, necesidades o deseos, como tantas otras cosas que el psicólogo social nos enseña a contemplar impondrán una desviación a los compromisos efectivos del orden jurídico en mayor o menor medida. Pero no podemos descansar hasta conseguir asegurar todo lo que podamos mientras la presión de intereses no asegurados o necesidades no satisfechas nos mantenga activos en la tarea de hallar la solución más comprensiva. No podemos tener la esperanza de formar la imagen del orden jurídico al que pueda ajustarse exactamente el ordenamiento efectivo de las relaciones humanas. Pero habrá menos deformación inconsciente cuanto más claramente señalemos lo que estamos tratando de hacer y para qué fin, y cuanto más tengamos en cuenta que el orden jurídico consiste en el proceso de ajustar pretensiones contradictorias y de hallar soluciones de compromiso a necesidades o deseos contrapuestos, en un esfuerzo para dar eficacia a tantos como podamos en el aquí y ahora donde las necesidades apremian. En otras palabras, nuestra ingeniería social era tanto más efectiva cuanto más claramente reconozcamos lo que estamos haciendo y por qué causas” ⁽²⁵⁸⁾.

El propósito de la Jurisprudencia sociológica, tal como Pound la concibe, estriba en implantar el

²⁵⁵ Sobre este punto, *vid. nuestro Contenido esencial de la Ciencia jurídica, cit. 518 ss.*

²⁵⁶ *Cit. por Gurvitch en su mencionada Sociología del Derecho, 16 siguientes.*

²⁵⁷ POUND: *Justice according to Law, 1951, 31.*

²⁵⁸ POUND: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico (Puig Brutau).*

pragmatismo ⁽²⁵⁹⁾ como sistema de Filosofía jurídica: en conceder al factor humano la posición preeminente en el Derecho, relegando la Lógica a su condición de instrumento ⁽²⁶⁰⁾.

El punto de vista adoptado por Lundstedt y Olivecrona es aún más radical y extremoso. Pretenden ambos liberar la Ciencia del Derecho de toda contaminación ideológica. A su juicio, las concepciones filosóficas y metafísicas son recusables e inconsistentes y el científico tiene que comenzar por desprenderse de ellas. Una Ciencia jurídica unificada y realista tiene que reducirse a una rama de la Ciencia social que no difiere esencialmente de las otras. A fuerza de análisis, no han logrado ver en el Derecho más que sus ingredientes de hecho.

Lundstedt ha hecho a las “ideologías” jurídicas blanco especial de sus ataques. Sobre todo, al concepto de Justicia. Considera que la general creencia en que el Derecho debe ser expresión de una Justicia superior es el fruto de la propensión del hombre al **misticismo** ⁽²⁶¹⁾. Los juristas suelen afirmar que el Legislador debe proceder orientado por la Justicia, al par que compele a los Tribunales el administrarla. A los ojos de Lundstedt eso es pura imaginación. La Justicia no existe. Tampoco existe ningún “deber ser” objetivo; ni siquiera preceptos jurídicos. Todas estas entidades son “ideologías”, **humo**.

Para demostrar sus asertos, el jurista sueco, afinando cuanto puede su ingenio dialéctico, hace una crítica impetuosa de los juicios de valor, que son para él la **quintaesencia de toda ideología jurídica**. Dejando traslucir su fondo filosófico neopositivista, junto con su formación científicista. Lundstedt toma como base de sus alegaciones la tesis de que los juicios de valor, por no contener declaración alguna sobre la realidad, no pueden ser ni verdaderos ni falsos. Cualquiera que sea su dirección, positiva o negativa, son meros productos del sentimiento. “Un examen puramente teórico, que solamente establezca hechos —examen completamente exento de toda influencia emocional— nunca puede conducir a un juicio sobre que algo debe de ser hecho, de que alguien se ha hecho culpable o de que algo es justo.

Los conceptos “deber ser”, “culpa” y “justicia”, serían totalmente incomprensibles para una persona carente de sentimientos” ⁽²⁶²⁾. Todos ellos están desprovistos de significación objetiva. Como los juicios estéticos o los morales, los jurídico-valorativos dependen de una concepción personal arquetípica y no pueden ser comprobados objetivamente. Las teorías que presuponen la existencia de valores objetivos sólo se explican por haberse malentendido el proceso de formación de los juicios conteniendo valoraciones. Los juicios de valor son el resultado del sentimiento asociado a una determinada **concepción**, no contienen **observaciones** ni llevan consigo ninguna información sobre la realidad. Por tanto, no pueden ser **verdaderos** ni **falsos**, puesto que esta calificación dilemática ha de reservarse a los auténticos juicios, únicos que hacen referencia a la realidad ⁽²⁶³⁾. Si el juicio sobre el **deber** de ejecutar una acción pudiera ser **verdadero** o **falso**

²⁵⁹ POUND: *Mechanical Jurisprudence*. Col. L. Rev., 8 (1908), 605 ss.

²⁶⁰ POUND: *Mechanical Jurisprudence*. cit. 609-610.

²⁶¹ LUNDSTEDT: *El Derecho y la Justicia: Una crítica al empleo metódico de la valoración de Justicia, en el volumen: El Hecho del Derecho*. publicado por el Inst. Argentino de Fil. Jur. y Soc. 1956. 159 ss.

²⁶² LUNDSTEDT: *Op. Cit.* 165.

²⁶³ LUNDSTEDT: *Ibid.*

tendría que poderse demostrar epistemológicamente su verdad y su falsedad. Pero esto, para los juicios de valor, no es posible. El método de la justicia carece, en consecuencia, de rigor científico. Si aparentemente ha conducido a resultados prácticos ha sido porque *se ha abandonado* en la realidad, aun a trueque de actuar inconscientemente. El método científico idóneo para el Derecho tiene que ser gobernado por los principios de la Ciencia natural.

No obstante, a pesar de sus premisas, que inducen a ello, Lundstedt no cierra herméticamente el Derecho a los juicios valorativos. Al lado de la actividad científica de naturaleza epistemológica, que versa sobre si algo es o no es, sobre si algo ha acontecido o no, existe también una *jurisprudencia constructiva* que no sólo establece hechos, sino que, además, los valora: no es, pues, una actividad científica en el sentido riguroso de la palabra; pero como toda actividad científica presupone valoraciones, no cabe tachar sin más como acientífico el *valuar* en sí. Lo que sí es inadmisibles es tratar los juicios de valor como juicios en sentido propio. Por ello “la ideología jurídica tiene que ser desechada como carente de científicidad”⁽²⁶⁴⁾. Para cualquiera que tenga conciencia de la naturaleza quimérica del *deber ser* no procede admitir otro tipo de valoraciones que las realizadas con vistas al “bienestar público”. Pero siempre habrá que tomar en cuenta el hecho de que precisamente en esas valoraciones la Jurisprudencia no funciona como una Ciencia. Está fuera de la Ciencia, si bien dependiendo totalmente de ella⁽²⁶⁵⁾.

Karl Olivecrona, por su parte, muestra un tenaz empeño en reducir el Derecho al estricto nivel de los hechos. En su opinión la Filosofía del Derecho ha perseguido el inasequible objetivo primordial de encontrar un fundamento para la obligatoriedad jurídica. Su ideal era contraponer el Derecho a la voluntad y fuerzas arbitrarias.

” Ningún hecho en cuanto tal se considera que tiene carácter jurídico. Es calificado como jurídico por su relación con otro hecho, el cual, por su parte, deriva su calidad jurídica de otro hecho anterior, y así en adelante hasta que llegamos al fundamento último del Derecho. La ejecución de la pena de muerte, por ejemplo, se distingue del homicidio por la orden dada al verdugo por su superior, quien actúa en cumplimiento de la sentencia, la cual es dada en conformidad con una norma legal promulgada por un cuerpo legislativo de acuerdo a las normas establecidas en la constitución, etc. Se supone que en algún punto tiene término esta serie. Es menester encontrar una especie de fuente de la que se derive el carácter jurídico de toda la serie de actos. De este modo, esos actos son revestidos de una calidad que los hace por completo distintos de las meras órdenes o de la nuda fuerza”⁽²⁶⁶⁾.

Olivecrona arguye que ese “fundamento último” no existe: el Derecho no se eleva por encima de los hechos hasta una jerarquía superior, sino que es un hecho como tantos. La idea de un fundamento último de la juridicidad es contradictoria en sí misma. “En ninguna parte encontramos un fundamento último del Derecho, sino solamente acciones humanas como tramos en la cadena de causas y efectos”. Resulta vana la pretensión de afianzar con una base sobrenatural el orden social existente. Ni siquiera *el fin* del Derecho puede hacerse objeto de investigación científica. Todo juicio es aquí subjetivo, por más que muchos compartan la misma idea. Las aserciones teleológicas son inverificables; no pueden ser calificadas de *verdad* o de *falsedad*.

Sólo hay un camino que permita resolver las dificultades que presenta la clásica concepción del Derecho. Consiste en liberarse de la creencia de que las normas jurídicas obligan y crean deberes y pasar a concebir el Derecho como un conjunto de hechos sociales. Pero, ¿no será imposible

²⁶⁴ LUNDSTEDT: *Op. cit.* 207.

²⁶⁵ LUNDSTEDT: *Op. cit.* 209-210.

²⁶⁶ OLIVECRONA: *El Derecho como Hecho, en el volumen: El Hecho del Derecho.*

concebir el Derecho sin *deberes*? ¿Cómo reemplazar esta noción? Olivecrona brinda una explicación singular.

“Se ha afirmado que el “deber ser” es un “contenido primario e irreductible de la conciencia”. No creo que esto sea correcto. Podemos muy bien dividir en sus elementos el estado mental que se expresa mediante el “deber ser” o el “deber”. Brevemente dicho tal estado consiste en tres elementos: 1º.” La idea de una acción. 2º.” La idea de una expresión imperativa en conexión con la acción, “tú tienes que...” 3º.” El sentimiento de sentirse obligado, de no ser libre con respecto al imperativo. Podemos tener la idea de una orden dada por Dios o por los padres o por otras personas con autoridad. También podemos concebir solamente las palabras en que se expresa Ja orden. En ambos casos, ellas existen en nuestra imaginación, aún cuando sean el eco de una orden real anterior. Podemos llamarlas, por ello, “imperativos independientes”, es decir, palabras con sentido imperativo que se dan en nuestra imaginación (en oposición a una situación real en la que las palabras que ordenan son dirigidas por una persona a la otra). Bajo ciertas condiciones, las palabras imperativas en cuanto tales actúan de una manera sugestiva en nuestra mente. Nos sentimos sujetos a un “tú tienes que...”, o “tú no tienes que...” incondicionales. Este sentimiento se expresa diciendo: este es mi deber” (267).

Procediendo de esta manera —prosigue Olivecrona— se toma el *deber* como existente en realidad. Pero esto equivale a dejarse engañar por el lenguaje. Nos vemos frente a una expresión imperativa, que, en rigor, nada mienta; pero en virtud de ella consideramos una acción determinada como de una calidad tal que “debe ser hecha”. En realidad, sólo hay una *conexión psicológica* entre la idea de una acción y ciertas expresiones imperativas o prohibitivas; conexión muy importante para la vida social, puesto que ninguna comunidad podría subsistir sin que se diera cierta regularidad en su seno. Ahora que esto no es razón para que la Ciencia social acepte aún sin crítica, los deberes como realidades. Así no habría más remedio que postula un origen sobrenatural al Ordenamiento jurídico.

Dados los anteriores razonamientos. Olivecrona no puede menos que abocar a la conclusión de que las normas jurídicas en nada se distinguen intrínsecamente de otras normas sociales. Su única peculiaridad está en emanar del Estado. Y éste no difiere de otras organizaciones sino en que ejerce *un monopolio real de la fuerza dentro de ciertos límites territoriales*. Las normas jurídicas presiden la estructuración y actuación estatal y regulan el uso de la fuerza para evitar que se convierta en un factor destructivo (268).

No es cosa de emplearse a fondo ahora en una refutación detallada de las doctrinas expuestas, cuanto más cuando no sería justo rechazarlas en bloque teniendo, como tienen, una porción de enseñanzas aprovechables. Con todo, no se pueden excusar ciertas advertencias que contribuyan a centrar el problema que las nuevas teorías proponen en los términos precisos para que quepa resolverlo.

¿Es realmente un progreso venir a parar en una confusión del Orden jurídico con las otras formas de control social? ¿Permite acaso el sociologismo una mayor compenetración con los fenómenos jurídicos? Tal sería la única justificación admisible para este cambio de perspectivas tan hondamente revolucionario. Pero no puede ser alegada con verdad. Frente a Pound hay que afirmar que el “determinismo sociológico” contrasta con el hecho insoslayable de que existen y han existido multitud de disposiciones jurídicas enteramente arbitrarias, que sin embargo, se han mantenido en vigor mucho tiempo, a pesar de la resistencia social. Frente a la Escuela escandinava, que niega al Derecho toda dimensión supraempírica es menester poner en evidencia dos verdades indiscutibles. En primer lugar, que la única demostración adecuada de que el Derecho

²⁶⁷ OLIVECRONA: *Op. cit.* 221.

²⁶⁸ OLIVECRONA: *Op. cit.* 238-230.

se reduce a meros hechos tiene que ser el presentar una explicación completa de todos los fenómenos jurídicos sin remontar para nada los estrictos cánones de la Sociología. En segundo lugar, que las proposiciones jurídicas, debidamente entendidas y completarlas, no sólo están dotadas de la más plena inteligibilidad y sentido sino que incluso, son verificables según el método epistemológico, pues enuncian, como pronto veremos, asertos objetivos susceptibles de comprobación experimental.

Hoy por hoy, los partidarios de este sociologismo totalitario no han conseguido aún proporcionarnos una explicación suficiente de los fenómenos jurídicos sin abandonar el plano de los hechos: pero, no obstante, cabe todavía preguntar: ¿podrán en el futuro dar cima a sus pretensiones? Francamente, creemos que no. Pese a las críticas de que lo han hecho objeto, el *deber ser* sigue apareciéndonos, inevitablemente, como un "contenido primario e irreductible de la conciencia", al tenor de la sagaz afirmación de Timasheff⁽²⁶⁹⁾. Cuando Lundstedt u Olivecrona, en su afán impaciente de análisis, creen haber llegado a descomponer esa noción en otros ingredientes más simples, cometen un vulgar sofisma de accidente. Lo que realmente han hecho, ha sido aislar los efectos jurídico-positivos subsiguientes a la infracción de un *deber*, ligarlos a una acción *preconcebida*, para que operen como contraestímulos de la misma, y suponer luego que el *sentimiento de intimidación* que provocan y la *conciencia del deber* son cosas idénticas. Semejante hipótesis es contraria a la introspección más elemental. Todos distinguimos sin vacilación las dos clases de móviles que pueden inspirar nuestra actuación jurídica e incluso saliera os con absoluta seguridad cuál nos ha decidido a obrar o. en el caso de que hayan concurrido ambos, a cuál hemos otorgado la preferencia. La voz del deber no se confunde en nuestra conciencia con ninguna otra.

Así como los juristas de la Escuela escandinava están gravados con la carga de probar "por construcción" su tesis de que el Derecho es subsumible en los meros hechos sociales, así también debemos demostrar nosotros, de acuerdo con nuestra alegación, cómo las proposiciones jurídicas son empíricamente verificables y totalmente objetivas si se las completa con arreglo a su propio módulo de juicio.

En efecto; el esquema general al que se acomodan todas las verdaderas normas jurídicas es el siguiente: "Resultando el supuesto *X*. el Juez debe hacer, por los medios *A, B, C...* que el deber *D* se cumpla, o, en su defecto, que tenga lugar la reparación jurídica *R*". Tal es la fórmula sinóptica de las normas jurídicas según los términos en que suelen aparecer condensadas en los cuerpos legales. Pues no hay que olvidar que bajo los accidentes de expresiones abstractas e impersonales, el jurista tiene que ver siempre a un Juez, como personificación del Derecho, y alguna regla relativa a la prueba que forzosamente ha de colocarse en sustitución ineludible de la hipótesis legal⁽²⁷⁰⁾.

Pero hay aún algo más que esto. Encapsulada, sobreentendida en toda norma jurídica está la idea de su peculiar finalidad, sin la cual la norma no sería Derecho. Precisamente la última diferencia entre las normas jurídicas y las de cortesía o las morales estriba en los fines específicos que cada una de ellas aspira a lograr. Las normas de cortesía tratan, por ejemplo, de hacer más agradable la convivencia. En cambio, las normas jurídicas intentan formular las exigencias mínimas para que la vida social pueda desenvolverse pacíficamente. En principio, cualquier norma jurídica lleva

²⁶⁹ TIMASHEFF: *Introduction to the Sociology of Law*, 1930, 68.

²⁷⁰ Cfr. LOIS: *Estudios*, cit. 96.

como implícita y presupuesta la afirmación de que sin su observancia mayoritaria no podrá prevalecer un orden pacífico en las relaciones entre los hombres.

Así pues, el esquema completo de toda norma jurídica no es otro que éste: “Para que la vida en sociedad se desarrolle pacíficamente y el orden impere y subsista, es menester que, dado el supuesto *X*. sea. las más de las veces. **D** o **R**”.

Naturalmente que, puesta en estos términos⁽²⁷¹⁾. la norma es susceptible de *verdad* o de *falsedad*, e, incluso, de una rigurosa comprobación empírica. Las objeciones de Lundstedt y Olivecrona al *sentido* y a la *verificabilidad* de las proposiciones jurídicas quedan, así sin más, refutadas.

Otra posición teórica a la que conviene contraponer nuestra definición de la Sociología jurídica es la representada por el “realismo” jurídico norteamericano. Este movimiento doctrinal —que no ofrece, sin embargo, los caracteres unitarios propios de una Escuela— arranca de las ideas sustentadas por el genial Oliver Wendell Holmes. Este insigne jurista, que era filósofo por temperamento, pese a sus eventuales diatribas a la Filosofía, sintió vivamente la necesidad de aproximar a la experiencia los conceptos jurídicos. Consciente del verdadero papel de las teorías, intuyó hasta qué punto era indispensable “positivizar” la Jurisprudencia. Y con tal propósito en las mientes, tomó por el único camino que se le presentaba como practicable y exitoso. El Derecho no consistía para él en principios abstractos. Era una función en marcha. Se estaba haciendo y cociendo en la Sociedad y sólo podía ser adecuadamente reflejado conservando su virtualidad dinámica. Por eso Holmes insistió en que se hacía necesario adoptar el punto de vista de los malvados, no el de los hombres observantes de la Ley. El sistema legal, entregado a las disputas de los jurisconsultos, no es más, considerado así, que “un conjunto de profecías acerca de lo que los Tribunales harán de hecho, y no una cosa más pretenciosa”⁽²⁷²⁾. Un derecho era menos aún: “la hipótesis de una d« esas profecías, la imaginación de una sustancia como sirviendo de apoyo al hecho de que In fuerza pública sería inducida a proceder contra aquellos que lo conculquen”⁽²⁷³⁾. Lo que importaba en Derecho era pues, ver realmente lo que hacían los Jueces. Sobre este extremo, Holmes podía aportar sus propias experiencias como Juez y como miembro de un Tribunal. Sabía, así muy bien, en qué venían a parar las teorías al uso sobre el silogismo judicial y la Lógica jurídica ante el comportamiento auténtico de la Magistratura. Frente a tales teorías. Holmes aseveraba que “la vida del Derecho no había sido lógica, sino experiencia”: “Las necesidades sentidas en la época, las teorías políticas y morales predominantes, las intuiciones —confesadas o inconscientes— sobre lo que pertenece, al interés público, incluso los prejuicios que los Jueces comparten con sus conciudadanos, ha ir tenido mucha más influencia que el silogismo en la determinación de las reglas par las cuales hayan debido de regirse los hombres”...

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *HOLMES: The Path of the Law*. en “*Collected legal Papers*” 1920. 173. (Cree Bodenheimer —*Teoría del Derecho*, cit. 291— que el aserto de Holmes no expresa una convicción, ¿sino que es una observación casual, reforzada en son de paradoja, que desborda, .si se la interpreta literalmente, el criterio real de! autor. Esta apreciación no parece exacta. Holmes ha insistido a menudo en la misma idea (p. e. op. cit. 169), y siempre sin atenuar la fuerza de su aseveración. Su llamativa frase condensa, pues, una opinión firmemente sostenida).

²⁷³ *HOLMES: Natural Law* en “*Collected Legal Papers*, cit. 312 s.

(²⁷⁴). El Juez, no sólo tiene que hacer a veces el papel de Legislador, sino que debe hacerlo incluso, aunque limitándose a actuar de una manera intersticial (²⁷⁵).

Estas interesantísimas enseñanzas del gran jurista estadounidense fueron llevadas mucho más lejos por todo un cortejo de admiradores y adeptos. Así surgió el “realismo” jurídico, cuyo dogma fundamental reside en tener sólo por Derecho las afectivas decisiones de los Tribunales. La misión de la Ciencia jurídica no consiste únicamente en estudiar las Leyes —a las que no reconocen más que una influencia relativamente pequeña sobre las sentencias— sino que ante todo, consiste en determinar las verdaderas causas que suscitan el fallo judicial (²⁷⁶).

Para percatarse del alcance que dan sus partidarios al “realismo jurídico”, nada mejor que el ejemplo práctico que propone. Frank en uno de los capítulos de su obra más importante.

Una Compañía domiciliada en Kentucky (la Blue & Gray Taxi Co.) estipuló con otra (la A. & B. Railroad Co.). incorporada al mismo Estado, un contrato que lo reconocía la exclusiva fiara un determinado transporte. Algún tiempo después, otra Compañía rival (la Purple Co.), actuando en detrimento del monopolio pactado, comenzó a desencadenar una franca competencia a la Empresa titular de dicha exclusiva. Ante lo sucedido, tomando sus medidas en previsión a un posible pleito, la Blue & Gray Taxi Co., requirió el consejo de un Abogado. El dictamen que obtuvo no fue, de primera intención, favorable. Se le dijo que el contrato era legalmente nulo, porque la Jurisprudencia del Estado de Kentucky se mostraba contraria a la admisión de acuerdos que dieran origen a monopolios. Sin embargo, el Letrado sugirió un expediente práctico para mejorar la situación. Consistía en fundar en Tennessee, entre los mismos titulares, una nueva Compañía, de idéntica razón social, que sucediese a la anterior en todos sus derechos y obligaciones. Con eso. la competencia para conocer en el futuro pleito quedaría deferida a los Tribunales Federales, cuyo criterio se presumía que había de ser distinto.

Apurada la maniobra, dio, en efecto, el resultado que se esperaba. Siguióse pleito, y el Tribunal Federal se pronunció por la validez del contrato. No obstante, la Purple Co. apeló primero de la sentencia sin éxito y recurrió después a la Suprema Corte de los EE. UU. “La Suprema Corte se compone de nueve Jueces, y el Abogado de la Blue & Gray Co. no estaba nada seguro de cómo reaccionarían en todas las cuestiones involucradas”. Pero, pese a la disidencia de tres Magistrados de gran prestigio (Holmes, Brandéis y Stone), la resolución fue confirmada. Ahora bien, pregunta

²⁷⁴ HOLMES: *The Common Law*, 1881, I, s.

²⁷⁵ HOLMES: *En el caso “Southern Pacific Co. v. Jensen”*, U. S. Supreme Court, 1917, 244 U. S. 221.

²⁷⁶ Morris R. Cohen explica que cuando expuso, en 1914, sus puntos de vista sobre el valor creador del Derecho del caso, recibió un escrito que le dirigieron los profesores de una de las Escuelas de Derecho del país para manifestarle la convicción de que, a pesar de ser incuestionable la creación del Derecho a través de la función judicial, aconsejaban aconsejable y prudente mantener la ficción tradicional para evitar que aumentara o I margen de incertidumbre. Pero, como hace notar Morris Cohen, sin duda es preferible, para evitarlo, reconocer la verdad y ajustarse a ella”... Prólogo de- Puig Brutau a *Una introducción a la Lógica jurídica*, de Loevinger. 1954, 25. La experiencia ha demostrado, una vez más, cómo el reconocimiento de la verdad no puede jamás ser nocivo. Todo el valor que tiene hoy —y es muy grande— la ciencia jurídica estadounidense se debe a la sincera actitud de algunos juristas.

finalmente Frank, ¿cuál era el Derecho para la Blue & Gray Co.? La respuesta dependerá de la fecha de la pregunta. Antes de la transmisión de derechos en favor de la Compañía de Tennessee se podría decir, casi con seguridad, que el Derecho sería contrario a los actores... Después de puesto en práctica el consejo del Abogado, el derecho era más dudoso”. “Muchos juristas estarían conformes con el Abogado de la Blue & Gray Co. en que había muchas probabilidades de victoria siguiendo el pleito ante los Tribunales Federales. Pero verosímilmente un número semejante sería de parecer opuesto. Ellos sostendrían que la formación de la nueva Compañía en Termesse constituía un acto en fraude a la Ley, tendente a burlar la competencia del Tribunal de Kentucky, y que el Tribunal Federal no podría ratificarlo. O que, sin entrar en esta cuestión, e) Tribunal Federal aplicaría al caso de Kentucky la Jurisprudencia de Kentucky y se pronunciaría contra la Blue & Gray Co.”.

“En cualquier tiempo anterior a la decisión de la Suprema Corte de los EE. UU. *el derecho* estaba por fijar. Nadie podría saber lo que «l Tribunal decidiría. ¿Rehusaría seguir el precedente de Kentucky? En tal hipótesis, el contrato confería derechos. Hablar de un Derecho estatuido discriminador de ese litigio, o de la respectiva posición jurídica de ambas partes, retrotrayéndose a la decisión de la Suprema Corte, es mera verbosidad. Si dos Jueces más hubieran estado conformes con Holmes, Brandéis y Stone, el Derecho y las prerrogativas de las partes hubieran sido muy otros”...

“Podemos aventurar ahora una definición tosca del Derecho desde el punto de vista del hombre medio; para cualquier persona lega, el Derecho, con respecto a cualquier particular serie de hechos, es la decisión del Tribunal que resuelve acerca de ellos, en la medida en que afecte a esa persona. Hasta que un Tribunal no haya juzgado sobre tales hechos, ningún Derecho existirá todavía sobre la materia. Antes de recaer una sentencia, el único Derecho disponible es la opinión de los juristas al respecto. Opinión que no es actualmente derecho sino una conjetura sobre lo que el Tribunal resolverá” (277).

Ideas afines, pese a las variantes de detalle, mantienen Llewellyn (278) y Arnold (279).

También se puede considerar emparentada con el “realismo” jurídico estadounidense la “teoría realista” del Derecho., que defiende, entre nosotros, Alvaro d'Ors. Su definición del Derecho como “aquello que aprueban los Jueces” (280), lo sitúa dentro de la misma tendencia, aunque se distancie grandemente de ella por sus convicciones iusnaturalistas y su cosmología fideísta católica (281).

Asimismo acusan el impacto del “realismo” jurídico la *teoría egológica del Derecho* (282) y nuestra

²⁷⁷ FRANK: *Law and the Modern Mind*, cit. 43.

²⁷⁸ LLEWELLYN: *The Bramble Bush. 1951; A Realistic Jurisprudence - The Next Step. en Col. L. Rev. 30 (1930). 431. ss. Put in His Thumb, 1931.*

²⁷⁹ ARNOLD: *The Symbols of Government, 1935; The Folklore of Capitalism, 1937.*

²⁸⁰ A. D'ORS: *Principios para una Teoría realista del Derecho*, en “A. F. D. I.”, 301, ss. (*También separata, 1953, a la que referirse la cita*), esp. pág. 33, de la separata.

²⁸¹ Vid. también del mismo: *Ius Europaeum*, cit.; *Carl Schmitt en Compostela*, en “Arbor”, enero de 1952; *Los romanistas ante la actual crisis de la Ley*, 1952.

²⁸² Vid. el significativo “Prefacio” de Cossio a su *Teoría de la verdad jurídica*, cit.

propia *concepción empino crítica* —en el grado que más adelante se verá ⁽²⁸³⁾.

¿Qué decir del “realismo” jurídico? Lo primero que parece evidente es que ha llamado la atención hacia un aspecto preterido de la realidad. Un aspecto que a pesar de la escasa importancia que se le había atribuido hasta entonces, desempeña una función capital en la vida del Derecho. Aunque tenga razón Ehrlich al contraponer la innumerable serie de relaciones pacíficas a las comparativamente rarísimas ocasiones en que puede intervenir el Juez ⁽²⁸⁴⁾, no cabe poner en duda que en todo negocio o acto jurídico se esta pendiente de Jas probables resoluciones judiciales y ordenando a su tenor la conducta.

Lo que desconoce el “realismo” jurídico norteamericano es la “realidad” de los *valores jurídicos* ⁽²⁸⁵⁾. Las Leyes, las sentencias, los reglamentos administrativos, Ja “esperanza matemática” de una determinada actitud de ciertos funcionarios públicos, producen el efecto indudable de dar mayor o menor valor a diversos *estados de hecho* —si se quieren calificar así. El grado de “expectativa jurídica” de una situación “tipificada” depende, es cierto, de la probabilidad, más o menos grande, que ofrezca la sentencia de un Juez. Pero independientemente de cualquier posible resolución, y en tanto no se dicta, los “títulos” “valen”. Son “equivalentes jurídicos” de ese Derecho incógnito y de esa sentencia en perspectiva, como la misma sentencia, que no “inmutabiliza” los hechos, puede venir a parar en espuma, en nada, por lo que hay que calificarla también como otro de tantos equivalentes jurídicos ⁽²⁸⁶⁾. Hacer hincapié exclusivamente en las sentencias es equivocado. Los Jueces son muchos. Las motivaciones “personales” de las sentencias arrojan una cifra menor que las motivaciones que se amoldan al precedente legal o jurisprudencial. De ahí que la Ley o los principios del Derecho judicial, aunque sido sea como más cómodos caminos, se sigan en la inmensa mayoría de los casos. Cuando el Legislador o el Juez —según ocurre muy a menudo— tratan de regular los hechos de la manera más razonable, es de esperar, supuesta la objetividad de los argumentos jurídicos, que otros Jueces se encuentren ante las mismas razones más tarde. Pero, si las circunstancias varían, si la nueva hipótesis está reclamando un trato diferente, entonces la equidad aconseja que no se dé tanta extensión a. la norma preestablecida, que, al no aplicarse, quedará reducida a sus justos términos. El Derecho se hace por el concurso de todas las opiniones sobre lo que en cada caso debe ser. Toda la Sociedad, y de un modo especial juristas y Jueces, colabora en esta magna obra.

La conclusión general que cabe deducir de todo lo expuesto es que la Sociología jurídica no se puede construir con espíritu partidista. Son muchos los factores que ejercen influjo sobre el Derecho y ninguno puede ser impunemente desconocido. Es instintiva la predisposición del hombre a teorizar por simplificación; pero no por eso son menos perniciosas sus consecuencias. Importa ver claro, mas ante todo importa no incurrir en deformaciones de la verdad.

Por desgracia, tal es el pecado actual de la Sociología jurídica. Trabajando en un régimen individualista anarquizante, los sociólogos del Derecho parecen aspirar a terminar por sí mismos

²⁸³ *Sobre el significado de la denominación, vid. Pleito sobre astrolitos, cit., pág. 7 de la separata.*

²⁸⁴ *EHRlich: Fundamental Principles of the Sociology of Law, cit. 20-21.*

²⁸⁵ *Sobre el sentido que se da a esta expresión, vid. nuestro estudio Sobre la esencia de la posesión, cit., 11 ss. de la separata (448 del ADC).*

²⁸⁶ *Ibid, también Proceso y Forma, 1947, 59 ss.*

la empresa de erigir la Ciencia que cultivan. Ignorándose unos a. otros, lo que hacen a la postre es sembrar una gran confusión. Todos tienen atisbos, más o menos interesantes, de ciertas “regularidades” que presiden los fenómenos jurídicos. Pero su error radica en abrigar la pretensión de que no pueda haber otras causas concomitantes que se repartan el predominio sobre el Derecho. Con superior conciencia de las limitaciones de cada teoría y de la necesidad de proceder a la integración de muchas de ellas, el estado de la Sociología del Derecho sería mucho más floreciente.

Entre las concepciones sociológico jurídicas la que acusa con más relieve los rasgos de una intuición certera unidos al más intransigente radicalismo es el *materialismo histórico*, propugnado por Marx y Engels.

En su obra “*Zur Kritik der Politischen Oekonomie*”. Carlos Marx afirmó:

“El conjunto de relaciones productivas forma la estructura económica de la Sociedad, la base real sobre la que se alza una superestructura jurídica y política, y a la que corresponden formas de conciencia social bien definidas. El modo de producción en la vida material determina el proceso de la vida jurídico-política y, en general, el de la vida del espíritu. No es la conciencia de los hombres la que determina su ser sino que, al contrario, es su ser social el que determina su conciencia”... “Tanto las relaciones jurídicas como las foranas estatales no pueden fiar comprendidas por sí mismas, ni explicadas por el llamado progreso general de la mente humana, sino que hunden sus raíces en las condiciones materiales de la vida”... “Cuando los fundamentos económicos cambian, toda la inmensa superestructura erigida sobre ellos se va transmutando con mayor o menor lentitud”⁽²⁸⁷⁾.

El Derecho aparece, así, como un corolario episódico de la Economía. No es autónomo; no obedece a leyes propias. Sus razones últimas hay que buscarlas en las constantes universales que rigen los fenómenos económicos.

Hay que confesar, en gracia de la verdad, que el inicial rigor y agresividad de la teoría marxista fue posteriormente suavizado, pues Engels declaró más tarde que lo mismo él que Marx habían desatendido el aspecto formal del problema, prestando exclusiva atención a su fondo⁽²⁸⁸⁾; lo cierto era que tanto el Derecho como otros factores culturales, aunque reconducibles en última instancia a lo económico, tenían una cierta capacidad de reacción, una vez producidos, e influían a su vez sobre sus propias causas.

Bloqueándola desde una posición antitética, Rodolfo Stammler ha intentado destruir a la teoría marxista con sus propias armas. En un famoso estudio, Stammler subvirtió por completo la tesis materialista, al par que rechazaba la cómoda postura ecléctica de la influencia recíproca entre el Derecho y la Economía. Para él la relación entre ambos es la que existe entre la *forma* y la *materia*; el Derecho condiciona *lógicamente* la Economía, aunque no se trata de una condicionalidad causal; para que pueda existir una Economía social, con sus mecanismos de cooperación, es indispensable que se prepare una forma de *vinculación exterior* que logre la armonía en las aspiraciones encontradas de los individuos. Cualquier estructura económica se basa lógicamente en un presupuesto orden jurídico; pero ambos elementos, la *vinculación* y lo *vinculado*, se presentan siempre fundidos en la realidad de nuestra experiencia y nacen

²⁸⁷ MARX: *Zur Kritik der Politischen Oekonomie*, Vorwort, cito edición 2ª., 1903. Hay traducción española de Barriel, s. f.

²⁸⁸ Cit. por BODENHEIMER: *Teoría del Derecho*, cit. 205.

simultáneamente en sus más distintas manifestaciones ⁽²⁸⁹⁾.

Una réplica a Stammler y una rectificación de la primitiva teoría marxista, por más que sin abandonar la concepción materialista de la Historia, la ha hecho el jurista austríaco Renner. Renner opina que las instituciones jurídicas ni son automáticamente referibles al sustrato económico, ni una forma del mismo. Están en un punto medio entre el proceso de formación del Derecho y la función social del Derecho. Cuando han alcanzado un cierto estadio de “definitividad” las formas de vida que la Sociedad va produciendo en un proceso de permanente cambio y evolución, entonces las instituciones jurídicas adquieren consistencia. Después se mantienen por sí mismas dentro de los rígidos moldes inherentes al Derecho, mientras la continua evolución de la Sociedad da lugar a un cambio gradual en la función que desempeñan. Eventualmente, la tensión entre el formalismo y la función se hace tan grande que la Sociedad modela un nuevo Derecho. Y el proceso recomienza otra vez... ⁽²⁹⁰⁾.

¿Cómo han de verse científicamente las relaciones entre la Economía y el Derecho? Desde luego, el primer deber del filósofo es reconocer la extremada complicación del problema. No es fácil concebir, ciertamente, un orden económico que no se deba o presuponga una coexistente disciplina jurídica. Si los fenómenos económicos se dan sólo en resultancia de relaciones interhumanas, y el Derecho, en una u otra forma, es también inseparable de las mismas, se hace difícil imaginar cómo, sin las seguridades que brinda alguna especie, por tosca que sea, de protección jurídica, podrían haber llegado los hombres a cooperar en la producción o el cambio. La *reciprocidad* es, en rigor, un arma, pero, ¿no es también la defensa de un derecho natural, surgido del convenio? ¿Es acaso posible el cambio sin acuerdo y relación jurídica? ⁽²⁹¹⁾.

Esto aparte, no cabe negar que la situación económica influya fuertemente sobre el Derecho. La Economía es una constante fuente de preeminencias. Todas las relaciones económicas arrancan ya, por su propio contenido esencial, de la disparidad de necesidades entre los partícipes. El verdadero Derecho, en cambio, se alimenta de la igualdad. En su pureza absoluta, sólo sería posible entre iguales. Donde hay un *fuerte* y un *débil*, la consecuencia es que el Derecho sufra desviaciones respecto al ideal. Los cuerpos de menor masa giran en torno a los de masas mayores. Todo hombre que tiene poder procura usarlo en su provecho cuando se relaciona con otros. Y en la inmensa mayoría de los casos lo consigue. He ahí, pues, junto con su razón, la circunstancia en que el fenómeno económico condiciona indudablemente a lo jurídico. La Economía, con su continua siembra de disparidad, hace la guerra y logra perturbar a cada paso al Derecho ⁽²⁹²⁾. Pero

²⁸⁹ STAMMLER: *Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia* (Roces), 1929. Una síntesis de estas ideas en su *Tratado de Filosofía del Derecho* (Roces), 1930, 143 ss.

²⁹⁰ RENNER: *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, 1928. Resumen según la exposición de FRIEDMANN: *Legal Theory*, 1944, 228 ss.

²⁹¹ Sobre las relaciones entre Economía y Derecho vid. LEGAZ: *La función del Derecho en la Sociedad contemporánea*, separata del volumen I de *Estudios Sociológicos internacionales*, 3 ss. Cfr. también WEBER: *Economía y Sociedad* (García Maynez) 1944, II, 326 ss. LLEWELLYN: *The effect of legal institutions upon economics*, en *Am. Econ. Rev.* 15, (1925). 665 ss. HALE: *Economics, and Law*, en Ogburn y Goldenweiser: *The Social Sciences*, 1927. 131 ss.

²⁹² Vid. LOÍS: *Teoría del Fraude*, cit. 39 ss.

el Derecho no es inerte, por fortuna, y, valiéndose de las fuerzas políticas cuyo control ostenta, trata de llegar, y llega incluso, a poner a la Economía a su servicio; la Hacienda pública no es otra cosa. Y por eso, la Política financiera no tiene más noble designio que ir borrando las desigualdades económicas existentes para crear un clima propicio a la Justicia ⁽²⁹³⁾.

Una definición correcta de la Economía y de la Política económica permite ya ver con claridad los puntos de contacto entre ambas disciplinas y el Derecho. La empresa no resulta difícil así, porque, como es natural, si se tiene presente a la vez la esencia de los fenómenos económicos y jurídicos no se puede por menos de descubrir más pronto o más tarde cuál es el aspecto que comparten unos y otros. Definamos, pues, la Economía política como “Ciencia que estudia las formas reales de adaptación social al medio de que se sirven los hombres para imponerse a la Naturaleza, mediante una coordinación sistemática de sus esfuerzos y de sus aptitudes y posición ante el cosmos, providencialmente dispares”. Y consideremos, por su parte, la Política económica como “el sector del conocimiento que se preocupa de investigar cuáles puedan ser los tipos de estructuras sociales más idóneos para la satisfacción, todo lo universal que se pueda, de las necesidades materiales humanas”. De esta doble caracterización las deducciones son obvias. Como, según es evidente por lo expuesto, no puede haber Economía política alguna sin su correspondiente Política económica, aunque ésta se persiga de un modo instintivo; y como, a su vez, es menos posible aún una Política económica que no aparezca dominada por la concepción, más o menos explícita, de lo que deba ser *en Justicia* para cada uno; no puede quedar dudoso que en la base de toda ordenación económica ha de encontrarse un substrato jurídico preformativo, anterior, como ideal, al tinglado económico; pero ejecutado a la par con él en la vida. No existe, pues, verdadera precedencia discutible entre lo económico y lo jurídico. Los dos se han dado en el mismo parto, con absoluta simultaneidad y en el más perfecto gemelismo. Economía y Derecho son así ocasional y alternativamente, medios y fines de sí mismos. El Derecho sirve de medio para establecer el concierto económico interhumano. La Economía media también en la realización del ideal jurídico. No es de extrañar, por ende, que lo jurídico y lo económico se entrelacen y cambien influencias. El Derecho preside las orientaciones económicas, las apuntala, las anima; pero no sin que la Economía reaccione sobre él intensamente, imponiéndole las condiciones que derivan de su propia esencia. Del mismo modo que un hacer cualquiera tropieza con las dificultades y exigencias propias de la materia con la que pretende operar, también el ideal jurídico se transforma irremediable y definitivamente ante la vida. En el Derecho hay leyes peculiares y leyes *extrínsecas*. Aquéllas son imperativos cardinales que le nacen al Derecho desde dentro; éstas constituyen ciertas *relaciones necesarias que le vienen impuestas desde fuera*; pero que se hacen consustanciales e imprescindibles. Pues bien, el factor económico *dicta leyes extrínsecas al Derecho*, al igual que se las dictan, por ejemplo, lo sociológico, lo político o lo fáctico.

Conocida es, desde hace mucho, la repercusión inevitable de los hechos económicos sobre la realidad jurídica. Sin embargo, la extensión de tal influencia no se ha discriminado aún en el ámbito concreto en que se da el problema. Se echan de menos las investigaciones casuísticas tendentes a deslindar cuál es la presión de lo económico en cada sector del Ordenamiento jurídico. Un estudio como el de Ihering sobre “*Ricos y pobres en el antiguo proceso civil romano*”, que esclarece más el problema que multitud de fórmulas abstractas, debería emprenderse en la casi totalidad de las instituciones jurídicas. ¡Entonces sí que cabría enjuiciar sintéticamente y con conocimiento de causa la cuestión que aquí se ventila! Mientras así no sea tenemos que

²⁹³ El primero, al parecer, que asignó este cometido a la Política financiera fue WAGNER. Vid. su *Traite de la Science des Finances* (Ronjat), II, 1909, 220 ss.

contentarnos con tanteos...

En otro estudio, afín con el de Ihering, si bien menos perfilado y preciso, se planteó un día Menger, con motivo de haberse publicado un Proyecto de Código civil alemán, el interesantísimo problema de la situación en que aparecían colocados ante el Derecho las distintas personas en razón de su potencialidad económica. “*El Derecho civil y los pobres*”, se titulaba, en buscado contraste, su obra. Y si no fuera por la mira partidista que inspiraba al autor, su trabajo podía haber constituido la clave temática para descifrar en concreto el monto de la interferencia entre lo económico y lo jurídico. Pero Menger se dejó dominar por un doble prejuicio. Presupuso, en primer lugar, que las directrices de los Ordenamientos jurídicos obedecían intencionadamente al propósito de la clase dominante de perpetuar su hegemonía. ¡Cómo si el Derecho hubiera sido elaborado siempre con tan estudiada y reiterada deliberación! E imaginó, además, que los males a que da lugar la desigualdad económica podrían ser remediados con expedientes y providencias jurídicas. Bajo el influjo de esta doble hipótesis, Menger no alcanzó a proponerse la cuestión básica de si acaso la repercusión de los factores económicos se mantenía constante a pesar de cualquier clase de modificaciones de índole puramente jurídica. Y al no dar este altura a su punto de vista quedó incapacitado para ver, en todo su grandioso panorama, la esencia de las relaciones entre la Economía y el Derecho. De todas suertes, el que quiera llegar a la médula de este gran problema, encontrará en la obra de Menger y en el delicioso opúsculo de Ihering indicadores de dirección magníficos.

La forma más incitante y plástica de enfocar las relaciones entre la Economía y el Derecho se obtiene aplicando a ellas el análisis matemático. Si consideramos representadas en la función y las **condiciones de un contrato** que cada parte pretende imponer en beneficio propio, y en la variable **x** el **poder de espera** de cada uno de los contratantes; es decir, el tiempo que pueden diferir la celebración del contrato, es fácil comprender que **y** está en **razón directa** del propio poder de espera y en **razón inversa** del poder de espera de la otra parte contratante. Según eso, podemos escribir:

$$y = f(x). \quad y = \frac{k}{x}, \quad [k > 0]$$

a condición de simbolizar en la variable independiente la posición económica aliorelativa, con lo que se refleja en la función la bilateralidad del contrato. Si ahora, para que entre por los ojos el significado de la correlación funcional, representamos gráficamente la expresión anterior, podremos seguir sin el menor esfuerzo las incidencias de la función, al compás de los cambios que hagamos sufrir a la variable. Comprobamos así vividamente cómo las condiciones del contrato que una parte intenta dictar crecen hacia su máximo a medida que el poder de espera de la otra va experimentando reducciones consecutivas. Notoriamente, cuando **x** se acerque a su mínimo, a punto de anularse, el valor de **y** apuntará hacia el infinito, (fig. 1ª.). Lo que quiere decir que **donde no existe poder de espera, porque la situación económica no lo consienta a una parte, quedará borrada de hecho la libertad contractual**: la Economía se habrá sobrepuesto al Derecho.

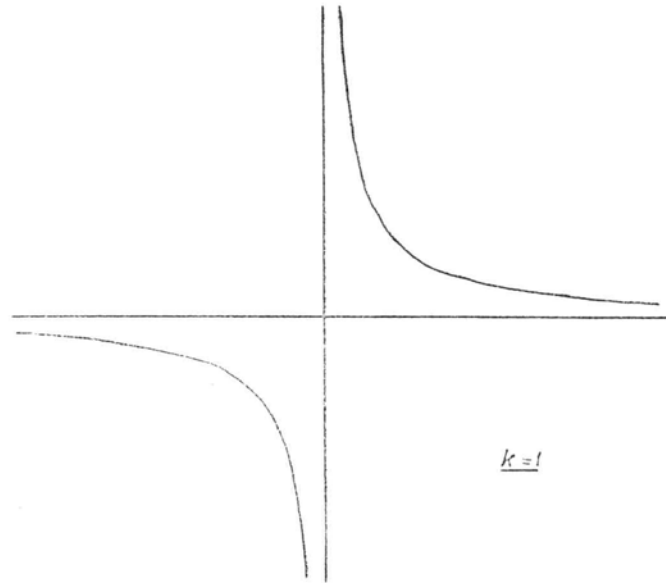


FIGURA 1.ª

Para ver aún más sencillamente los efectos que produce sobre y cualquier pequeño incremento asignado a la variable x : es decir, toda reducción del poder de compra en la otra parte contratante, nada mejor que derivar algebraicamente o gráficamente la función primitiva. Incrementando x en dx , resulta:

$$y + dy = \frac{k}{x + dx},$$

y restando de esta expresión la función originaria, tenemos:

$$dy = \frac{k}{x + dx} - \frac{k}{x} = k \left(\frac{1}{x + dx} - \frac{1}{x} \right) = k \left(\frac{-dx}{x(x + dx)} \right),$$

$$\frac{dy}{dx} = k \frac{-1}{x + dx}$$

y, por tanto,

$$\lim_{dx \rightarrow 0} \frac{dy}{dx} = \frac{-k}{x^2}$$

Lo que puede ser representado gráficamente del modo que sigue (fig. 2ª):

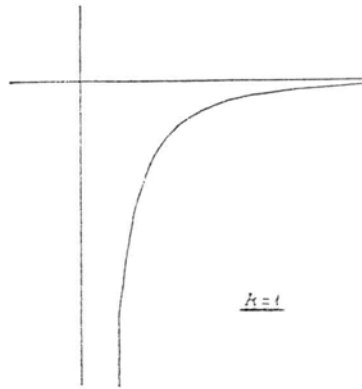


FIGURA 2.^a

No se vaya a creer que la fórmula matemática que estamos utilizando sea solamente aplicable a ciertos contratos en que la posición de los otorgantes acuse marcada disparidad. Quien así pensara desconocería la fuerza cabalística, el poder casi mágico del algoritmo funcional, capaz de evocar en un solo signo los más varios supuestos imaginables. No se olvide que entre ambas partes contratantes puede darse un poder de espera proporcionado, cosa que sucede tal vez en la mayor parte de los casos. Cuando reinen estas circunstancias ideales de equilibrio contractual estaremos ante la hipótesis de ser $k = x$. Y entonces, sea cualquiera el valor de x , y será igual a la unidad ($y = 1$): las condiciones del contrato se estipulan con auténtica libertad y ninguno de los contratantes está en situación de imponer su voluntad al otro. El diagrama muestra ahora cómo la curva en esta ocasión se ha transformado en recta (fig. 3^a). ¿Cabe una representación más fiel de lo que implica la Justicia conmutativa?

Si se quiere dotar a la fórmula propuesta de su máxima generalidad y alcance, de suerte que abarque de una vez la *capacidad de imposición* y el *poder de espera* de los contratantes, basta con hacer de la constante k otra magnitud también variable, que podríamos simbolizar por z . Entonces, la función y dependería de la relación entre ambas variables, de su razón:

$$y = \frac{z}{x}$$

pero las dos suposiciones se confunden en la práctica, ya que, al fijar el valor de la primera variable, venimos a tratarla como constante.

Tenemos, así, cifrado en fórmulas matemáticas precisas, un aspecto de las relaciones entre la Economía y el Derecho. Hemos enjuiciado, en concreto, la influencia que la posición económica de los contratantes ejerce sobre la libertad contractual. Pero falta examinar la capacidad de reacción que el Ordenamiento positivo pueda tener frente a esta presión de los hechos económicos; es decir, planteando la pregunta en otros términos, cuando la realidad económica amenace con destruir el equilibrio contractual, ¿no le cabe al Legislador la posibilidad de restablecerlo modificando la disciplina legal del contrato? El problema es de suma importancia para la Política del Derecho, puesto que, a cada paso, está tratando el Legislador de hacer menos dura la situación de los necesitados ante ciertos negocios jurídicos de interés vital, como, por ejemplo, el contrato

de trabajo o el contrato de arrendamientos urbanos, y urge saber qué suerte correrán las previsiones legislativas en la vida práctica.

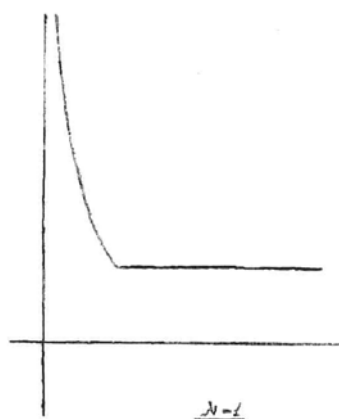


FIGURA 3.^a

La respuesta es patente. Mientras la desigualdad económica no se elimine o no se atenúe, el poder de espera seguirá presionando con toda su fuerza constrictiva sobre los débiles, cuya condición, a la larga, vendrá la ley protectora a complicar y agravar, pues el otro contratante procurará, como es natural, prevenirse de riesgos *actuando en fraude a la ley*, y exigirá, además, una contraprestación aún mayor, a título de seguro. Y ninguna providencia de carácter puramente jurídico podrá evitar esto, por la sencilla razón de que la necesidad obliga. Y quien para su particular problema no tiene más solución que estipular un contrato, por ¡leonino que sea, lo hace a todo evento y acepta cualquier imposición. Mientras el problema económico real no se resuelva con medidas de esta misma naturaleza, toda clase de cautelas legislativas estarán condenadas a la esterilidad: la capacidad de imposición como función inversa del poder de espera seguirá aún, a pesar de las leyes, ejerciendo su dictadura en el contrato. Basta enjuiciar históricamente los efectos de la legislación sobre la usura para quedar persuadidos de su inutilidad práctica; o, sin ir más lejos, con sólo investigar los resultados a que han conducido nuestras volubles leyes de arrendamientos urbanos ya se adquiere el convencimiento de que se tropieza aquí con una realidad económica que se resiste al Derecho y que le impone sus propios cánones.

La única forma, pues, en casos como éstos, de actuar en pro de la justicia conmutativa y de velar por la auténtica libertad contractual consiste en ir disolviendo las desigualdades económicas para que el poder de espera de los contratantes no sea profundamente disimilar. Y esto no cabe más que adoptando contramedidas económicas y financieras capaces de obstar la celebración de cualquier contrato en verdadero *estado de necesidad*. Se logra tal objetivo en el contrato de trabajo manteniendo muy elevado el nivel de empleo mediante los *presupuestos de ocupación total*; en el contrato de arrendamientos urbanos, favoreciendo a toda costa la edificación —todo lo contrario de la legislación actual que ha hecho de la propiedad urbana una inversión pésima—; y cuando se trata de reprimir préstamos usurarios el único recurso idóneo estriba en un sistema crediticio flexible y popular (²⁹⁴).

²⁹⁴ Vid. IHERING: *Ricos y pobres en el antiguo proceso civil romano, en Jurisprudencia en broma y en serio* (Riaza, 1933. 177 ss. MENGER: *El Derecho civil y los pobres* (Posada), 1898.

Las conclusiones que de lo expuesto procede deducir son claras. El factor económico ejerce indudable influjo sobre el Derecho, si bien se ignora todavía dentro de qué límites precisos extiende su acción. Sea como quiera, parece positivo, sin embargo, que las fuerzas económicas, por sí solas, no alcanzan a desarticular las bases de todo un Ordenamiento jurídico ni a condicionarlo desde sus cimientos, como quería Marx. Hay otros factores de más decisiva repercusión, que debe tener en cuenta el sociólogo. Uno de ellos, de innegable efectividad por expresar una profunda realidad psicológica, es la **ambición de poder**, que también ha sido a veces presentada como la única verdadera explicación de los fenómenos jurídicos.

Tal, en las teorías de Hobbes y Spinoza, Emerson y Nietzsche, quienes comparten la opinión de que el hombre propende por instinto a ensanchar su poder; es decir, a hacer de los demás, en cuanto sea posible, instrumentos dóciles a su voluntad y sus deseos⁽²⁹⁵⁾. La real importancia que tiene para la vida social esta avidez de predominio es difícilmente exagerable. El poder es un centro de tensión que creando en torno como un campo magnético, con sus líneas de fuerza definidas y organizadas, constituye, doquiera que se encuentre, el germen de una estructura social. Como subraya con acierto Bertrand Russell, el poder es un concepto sociológico fundamental, pues por él se operan los más importantes movimientos sociales⁽²⁹⁶⁾. Sería absurdo, en consecuencia, negar que el poder influya sobre la suerte del Derecho. Pero también resulta inútil intentar reducir el Derecho a una fortuita conjunción de apetencias de mando. Como apunta sagaz Bodenheimer: “Dondequiera que reina la anarquía, se ve pronto desplazada por su extremo opuesto: el despotismo”⁽²⁹⁷⁾.

Pero, ¿y el despotismo, qué puede engendrar? Evidentemente, una tendencia, un deseo de emancipación. El sometimiento produce fatiga, y, a la larga, suscita reacciones cada vez más fuertes. La **anarquía** y el **despotismo** se reajustan hasta dar lugar al Derecho.

“Por su propia naturaleza —escribe Bodenheimer— el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno. La limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina Derecho privado. La limitación legal del poder de las autoridades públicas se denomina Derecho público. La función general de ambas ramas del Derecho es esencialmente la misma; consiste en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder”⁽²⁹⁸⁾.

*La forma de aproximación matemática al tenia de las relaciones entre lo económico y lo jurídico, según se expone en el texto, supone, nada más, una variante de la otra fórmula más elemental que utilizamos desde 1946, fecha de la redacción de nuestra **Teoría del Fraude en el Proceso civil**, leída como tesis doctoral a mediados del año siguiente y publicada en 19-48. Vid. en loe. cit. Nos ha hecho el honor de trazar los diagramas que ilustran el texto el sabio matemático y astrónomo don Ramón Aller, a quien queremos agradecer desde aquí ésta como tantas otras pruebas de afecto.*

*Aparte de la bibliografía mencionada con anterioridad, vid. MONDOLFO: **El materialismo histórico en F. Engels y otros ensayos** (BIXIO), 1956, 265 ss.*

²⁹⁵ Vid. La sumaria y brillante exposición de BODENHEIMER: **Teoría del Derecho**, cit., 20, ss.

²⁹⁶ RUSSELL: **El Poder en los hombres y en los pueblos** (Echávarri) 1939, cap. I.

²⁹⁷ BODENHEIMER: *Op. cit.* 25.

²⁹⁸ BODENHEIMER: *Op. cit.* 29.

Es ilusorio pretender llegar al Derecho por obra exclusiva de esta mecánica social. Si bien es cierto, como lo proclama Bodenheimer que *“el Derecho en su forma más pura y perfecta se realizará en aquel orden social en el que esté reducida al mínimo la posibilidad de abuso de poder tanto por parte de los particulares como por parte del Gobierno”* ⁽²⁹⁹⁾, no obstante, este principio se limita a enunciar el “clima” en que mejor florece el Derecho sin alcanzar a producirlo ni, mucho menos, a expresar su esencia. ¡Aún en esas óptimas condiciones puede faltar el Derecho, como el pájaro no se sigue a una jaula de oro! El propio autor viene a reconocerlo cuando afirma que “no toda limitación del poder puede ser denominado Derecho” ⁽³⁰⁰⁾. ¡El Derecho sólo es asequible cuando se le busca directamente como un *deber ser*. cuando tras una pretensión de Justicia como máximo de paz constante se procura, a la luz de las enseñanzas de la Psicología, el ambiente propicio para que el imperio del Derecho se mantenga! En este punto está Timasheff más cerca de la esencia de lo jurídico. Su definición del Derecho como *“coordinación ético-imperativa”* tiene la ventaja de resaltar un aspecto más significativo, porque se cuida antes del contenido que de la forma. Pero, al igual que cualquier otro totalitarismo sociológico, peca la teoría de Timasheff de excesivamente fragmentaria. El Derecho no es una mera combinación de *poder* y *ética*, bajo el prisma de la fuerza compulsiva que emana de las convicciones de grupo. Aunque es *también* eso es algo más que eso: *requiere una efectiva consecución de un cierto ideal de vida* ⁽³⁰¹⁾.

Aun hay otro defecto común a todas las teorías sociológicas que encalbalgan el Derecho sobre el poder. Este defecto consiste en ignorar que el más alto ideal de Derecho, en lugar de estar edificado sobre el poder, tiende a anular toda preeminencia. ¿Cómo, pues, va a ser posible que se deba al poder algo que por su propia naturaleza repugna el asomo de cualquier brote de predominio?

Por si esto fuera poco, los teóricos del poder, pese a su pretendido “fiscalismo”, incurren, además,

²⁹⁹ BODENHEIMER: *Op. cit.* 33 s.

³⁰⁰ BODENHEIMER: *Op. cit.* 29.

³⁰¹ TIMASHEFF: *Introduction to the Sociology of Law*, cit. 50 ss. 216 ss. Escribe LEGAZ: *“Puesto que la vida social es una estructura de la vida humana que se configura desde un centro que está fuera de la intimidad, el Derecho es vida humana en dimensión de socialidad, es decir, en dimensión transubjetiva e impersonal. Decir que el Derecho es una forma de la vida social no alude a la distinción entre forma (lógica) y materia de la vida social, sino que la vida social tiene estructura jurídica en cuanto que tiene sentido un juicio de justicia o injusticia, sobre la misma. La vida social representa de suyo liña estructura normativa, porque en su base está el hecho ontológico de la alteración. La vida social implica el otro, la alteridad. por cuanto hay un modo de ser otro, una alteración. Pues en la vida social somos de otra manera que como somos nosotros mismos, al hacernos titulares de una dimensión transubjetiva e impersonal. La espontaneidad personal se altera, se hace otra, se impersonaliza, y al impersonalizarse se disciplina, por una norma. Por eso decimos que la vida social es norma, tiene la estructura de la normatividad, la cual es normatividad jurídica cuando su contenido es un juicio de justicia o injusticia. Esta posibilidad de ser el predicado de tal juicio corresponde por esencia a la normatividad social, y por eso es el Derecho una forma necesaria de la vida social”* (*La Función del Derecho en la Sociedad contemporánea*, cit. 4-5). Vid. asimismo, en correlación con las últimas palabras del texto, una similar opinión en Puig Brutau, *Prólogo a la Lógica jurídica* de Loevinger, cit. 8 y siguientes.

en una especie de “personificación” conceptual. Toman la noción de poder como un objeto, o cuando menos, como un fenómeno uniformemente dado. Pero el poder mi es más que un simple efecto de otras causas, y muy diversas; por lo que, en todo caso, serían siempre estas causas las que contarían en último término para explicar la formación de los diversos sistemas jurídicos.

* * *

Si hiciéramos un balance de las aportaciones positivas logradas hasta ahora por la Sociología jurídica, el resultado tendría que ser desolador: los logros auténticos son pocos. ¿Por qué?

Los sociólogos del Derecho han unido siempre a una Filosofía empirista —por lo general a despecho de un explícito repudio de la Filosofía— un dogmatismo altanero que los incapacita para recibir ajenas incitaciones o sugerencias. Su hostilidad al Derecho Natural y a la Metafísica les impide ya de raíz abarcar un panorama completo del Derecho. ¿Es qué acaso la misma fe en el Derecho Natural no es en la Sociedad una fuerza tremenda, que, no dándose nunca reposo, tiene capacidad para generar vastas estructuras de orden? Aun prescindiendo del contenido de verdad que alberga esta creencia, es indudable que ejerce una acción poderosa e inconfundible sobre la vida social, ¿no ha de ser, pues, materia de la Sociología?

Vinogradoff, tan medurado en sus juicios, pensaba de muy distinta manera que la gran mayoría de los sociólogos. Afirmaba, sí, que el contenido del Derecho Natural era variable con el tiempo e imposible de reducir a un código unificado y permanente. Pero no por eso se sentía autorizado para desdeñar o arrinconar la idea iusnaturalista. Decía:

“¿Significa esto que la Ley de la razón u el Derecho Natural sea una concepción fantástica y absurda? Me temo mucho que lo absurdo sea sostener que una doctrina que ha desempeñado un papel tan importante en la historia universal, que ha atraído a espíritus de disposiciones muy diversas en circunstancia muy distintas, carece de fundamentos sólidos”⁽³⁰²⁾.

Los sociólogos han olvidado todo esto. Obsesionados con su “mecanicismo” trasnochado han querido hacer de la Sociología del Derecho “un sucedáneo del Derecho Natural”, porque éste es un “subterfugio” sin capacidad para resolver problemas. ¡Pero qué! ¿No es, por ventura, el Derecho un compuesto de *proyecto y actuación, de norma y de actividad ejecutiva*? ¿Pero es que puede existir alguna diferencia entre dos normas —ya que no cabe entre los actos de cumplimiento— por el solo hecho de que una se integre en un proceso complejo de corte voluntarista y la otra se enuncie libremente como fruto de una reflexión científica sobre lo que es más congruente en cada caso con el fin del Derecho? Salvo una “legislación a ciegas”, no cabe establecer norma alguna sin referirse o sin “imitar” los métodos del Derecho Natural. Si el Derecho se hace *racionalmente*, la Sociología jurídica es imposible sin su correspondiente Metafísica. En otras palabras: No hay otra Sociología jurídica admisible que la que implica el estudio científico y rigurosamente objetivo de lo que viene “propuesto en la experiencia” como “el” verdadero Derecho Natural⁽³⁰³⁾. Esta investigación, que supone el remate de todo inquirir filosófico sobre el Derecho, se nos hace cada vez más perentoria e inaplazable. Vamos, pues, a emprenderla ahora.

³⁰² VINOGRADOFF: *Introducción al Derecho*, cit. 170 s.

³⁰³ Vid. inf. n.º. 7.

*******) *El Derecho Natural.***

El más importante de todos los problemas que tiene planteados la Ciencia del Derecho es sin disputa, el problema del Derecho Natural. Esta afirmación no es una ponderación infundada, mero fruto del fanatismo. En otro tiempo quizá se la tacharía de tal; pero hoy se ven las cosas desde muy diferentes ángulos visuales. Las concepciones iusnaturalistas ganan cada vez más adeptos; sobre todo desde que hemos experimentado en nuestra vida el séquito de consecuencias pavorosas que arrastra consigo el positivismo.

Según cuenta Coudert ⁽³⁰⁴⁾, mientras se ventilaba ante un Tribunal Internacional de Arbitraje el conflicto entre U. S. A. e Inglaterra sobre las Pielas de Facas, Mr. Cárter. Abogado de los Estados Unidos, en su alegato de ocho días de duración, se refirió repetidas veces al Derecho Natural. Esta invocación dio lugar a que Sir Charles Russell, que representaba a la Gran Bretaña, comenzara su informe citando la anécdota de un joven Letrado que, hallando que su causa estaba insuficientemente fundada en Derecho, apoyó sus pretensiones en el Gran Libro de la Naturaleza. El Juez que presidía pudo, así, interrumpirle preguntando, ¿qué edición y qué página, por favor?

Cuando esto sucedía estaba en pleno apogeo la ofensiva contra el iusnaturalismo, cuyos partidarios, cediendo a una abrumadora superioridad numérica, se veían forzados a batirse en retirada.

Actualmente, en cambio, las cosas han cambiado en su totalidad. El positivismo jurídico, que en Alemania tuvo su clima ideal y gozó sus máximos triunfos, ha dejado tan desastrosa herencia tras de sí que ya es dudoso que retoñe de nuevo. El Estado nazi, que fue su engendro más consecuente, ha venido a significar, a los ojos de todo jurista responsable, el anatema definitivo a ese formalismo positivista y semejantes, que, según propia confesión, son capaces de hacer, con cualquier contenido, Derecho ⁽³⁰⁵⁾. Y excusado es anotar que lo acontecido en Alemania es sintomático y general. En mayor o menor grado, los países que han “probado” en la práctica el positivismo, han sufrido o sufrirán bien pronto las consecuencias.

Un Radbruch mostrando con su actitud “cuánto va de ayer a hoy”, termina su *Vorschule der Rechtsphilosophie* con estas palabras: “A la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resucita aquella idea de un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo forma legal... El camino para llegar a la solución de (capitales) problemas jurídicos va ya implícito en el nombre que la Filosofía del Derecho ostentaba en las antiguas Universidades y que, tras muchos años de desuso, vuelve a resurgir hoy: en el nombre y en el concepto de Derecho Natural” ⁽³⁰⁶⁾.

Hoy, en efecto, toda una pléyade de juristas está convencida de que la suerte de la persona humana, de la Libertad y de la Sociedad entera tiene que jugarse a la carta del Derecho Natural.

El caso no es para menos. Si no existe un Derecho Natural, el Derecho positivo no es ya más que

³⁰⁴ COUDERT: *Colaboración a la obra de WELLMAN: Success in Court* (trad. españ.), 1944. 227 ss.

³⁰⁵ Vid. KELSEN: *Problemas escogidos de la teoría pura del Derecho* (Legaz). 1933, 48 ss.

³⁰⁶ RADBRUCH: *Introducción*, cit. 180.

un hecho y el hombre tendrá que verse encadenado fatalmente al azar de un mero decisionismo político. Sin Derecho Natural, el poder carecerá de límites y no habrá más razón que la fuerza. Cualquiera que sea capaz de someter y avasallar a sus semejantes, sería ya un loco si se abstuviera de hacerlo. De no haber un Derecho Natural, la victoria sobre los demás constituiría la suprema virtud, y la lucha reinaría por todas partes: La misma idea del Derecho se vendría abajo.

No hay, pues, necesidad de ponderaciones. El problema del Derecho Natural ocupa y ocupará siempre el primer plano en la Ciencia y en la Filosofía jurídicas. Pero, a todo esto, ¿qué es el Derecho Natural? ¿Existe o no existe?

Hay que reconocer que la respuesta a estas dos cuestiones no es nada fácil. El Derecho Natural no ha sido definido unívocamente; ha presentado siempre serios problemas y graves antinomias y se ha “coloreado” de continuo bajo la atmósfera de las concepciones cosmológicas imperantes. Resulta, pues, empresa sumamente ardua la de dar un concepto claro del Derecho Natural. Por lo de pronto, es inexcusable efectuar una indagación, histórica para enfrentarse, cuando menos, con las principales concepciones en que ha cristalizado aquella idea.

Los primeros atisbos de la existencia de un Derecho Natural se descubren ya en épocas remotísimas. Antes de que las entidades políticas nacientes fuesen capaces de mantener con sus propios recursos impositivos un orden jurídico estable, el Derecho tenía que poseer forzosamente un carácter “natural” y “sacro”. Sólo el prestigio carismático de normas emanadas de la Divinidad podía suplir la falta de efectividad coactiva de que había de adolecer un Ordenamiento insuficientemente protegido ⁽³⁰⁷⁾.

En las sociedades más primitivas que están hoy al alcance de nuestra experiencia podemos comprobar todavía la exactitud de estas aseveraciones. Entre los yamanas de la Tierra del Fuego, por ejemplo, no existe propiamente un Derecho positivo en el sentido que concedemos modernamente a la expresión. No hay normas emanadas de autoridades políticas, pues éstas brillan por su ausencia; no se encuentra organizado el proceso; no se ven ni gérmenes de un Derecho público siquiera. El Derecho que allí se vive, bien distinto de todas las demás costumbres, con sus deberes de justicia, claramente intuidos, ¿no es más bien que otra cosa cualquiera, un Derecho “natural”? ⁽³⁰⁸⁾.

Bronislaw Malinowski, en su extraordinario libro sobre “*Crimen y costumbre en la Sociedad salvaje*”, ha estudiado con gran profundidad los usos jurídicos que presiden la vida de las comunidades melanésicas que pueblan el Archipiélago Trobriand. Las conclusiones que cabe deducir de su investigación son las siguientes:

- 1^a: La Ley civil —o su equivalente salvaje—, contra todo lo que solía sostenerse, está extraordinariamente desarrollada y regula todos los aspectos de la organización social.
- 2^a: Dicha Ley se distingue claramente, aun por los nativos, de las otras formas de conducta, tanto de la moral como de las costumbres, reglas de artes y mandamientos religiosos.
- 3^a: Las reglas legales, lejos de ser rígidas, absolutas o dictadas en el Divino Nombre, están mantenidas por fuerzas sociales que se estiman racionales y necesarias, elásticas y adaptables.

³⁰⁷ Cfr. WEBER: *Economía y Sociedad*, cit II, cap. IV.

³⁰⁸ Cfr. obras cit. en notas 52 y 55.

- 4ª. El Derecho funciona muy imperfectamente. Hay muchos fallos. Los derechos y deberes, más que cuestión de grupo, son materia de incumbencia individual. Los salvajes tratan hábilmente de conseguir que sus intereses importantes queden a salvo.
- 5ª. La gran fuerza que traba y sostiene la sociedad salvaje es la “reciprocidad”, la necesidad de la colaboración mutua para que las condiciones de vida sean tolerables (³⁰⁹).

La inferencia general de todo esto es que el hombre se une naturalmente a sus semejantes, pues su imperfecta adaptación al medio, su “insuficiencia” frente a los rigores de la naturaleza y su innata sociabilidad le inducen a abandonar la soledad y a buscar el apoyo moral y material del prójimo. Como por primitiva y precaria que sea la vida social es necesario el Derecho, resulta que el hombre se lo procura inconscientemente, a impulsos de su instinto de conservación. El Derecho tiene, pues, sus raíces en la misma naturaleza humana (³¹⁰) de ahí el espectáculo de su universalidad y la conciencia de su carácter necesario, que han movido a reflexión a los pensadores de todas las épocas.

Así pues, desde el punto de vista de su afluencia psicológica, el Derecho Natural puede concebirse como un conjunto de normas y de prácticas “instintivamente” descubiertas, que expresan el “ideal” de la vida pacífica en Sociedad.

Frente a los usos establecidos, frente a las imperfecciones de un Derecho condicionado por la mayor o menor dificultad de agenciarse pruebas, viciado a fondo por la mentira, el egoísmo y la injusticia, el hombre tenía que saltar necesariamente a la región del puro *deber ser*, donde reinase la Justicia incontaminada que sólo de Dios se espera. Ante una sentencia que se sabe un expolio, por ser debida a maquinaciones insidiosas o a trágicos errores; ante una Ley que solo persigue el interés personal, egolátrico, de los gobernantes, el hombre sano habría y habrá de colocar por fuerza la suprema instancia de la “verdadera” justicia que la razón concibe como ideal. En cualquier época, el hombre ha tenido que experimentar la tensión violenta que se da tantas veces entre *lo que es y lo que uno comprende que debería ser*. Lo jurídico es especialmente “razonable” y afluye de la propia esencia de las relaciones sociales. Dados ciertos supuestos, no cabe, sin contradicción, evadirse al imperio de las consecuencias que de ellos dimanen. Por ser el Derecho una “Lógica de la convivencia”, el Derecho Natural tenía que notarse en falta y que ser invocado cada vez que se sorprendiera una deficiencia intolerable en el orden positivo vigente. Por eso, las referencias a un Derecho Natural son —y serán— constantes en el curso: de la cultura humana. Así, no puede causar extrañeza que en Babilonia, Egipto, China, la India, Persia, e Israel la noción de un Derecho Natural se encuentre más o menos nítidamente perfilada (³¹¹).

Sea como quiera, todas estas concepciones orientales han pesado muy poco en nuestra cultura occidental y son pálidos destellos de los luminosos vislumbres del pensamiento helénico. Las grandes teorías iusnaturalistas que, a través de la doctrina cristiana, han pasado a ser piezas vertebrales de nuestra concepción del mundo, constituyen una de las glorias permanentes de que puede ufanarse la Filosofía griega,

³⁰⁹ MALINOWSKI: *Crimen y costumbre en la Sociedad salvaje*, cit. 37 ss. 77 ss.

³¹⁰ DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*; di. 465 ss. fundamenta maravillosamente este punto de vista. Vid. también, ALVAREZ TURIENZO: *De la naturaleza a la razón. Sobre el llamado Derecho Natural clásico*, en “*La ciudad de Dios*”. CLXIV, 241 ss.

³¹¹ Vid. sobre esto: LUÑO PEÑA: *Historia de la Filosofía del Derecho*, 1948, Libro I, cap. I.

La noción de un Derecho *Natural*, de origen divino, aparece tempranamente en Grecia. Homero y Hesiodo, Heráclito y Arquitas, Sófocles y Simónides, se han referido certeramente a ella ⁽³¹²⁾. Una prueba clara de la operatividad real de esta creencia nos la suministran los sofistas con su terminante negación de otro Derecho que el positivo ⁽³¹³⁾, de otra Justicia que la conveniencia del más fuerte ⁽³¹⁴⁾. Su actitud resultaba chocante y paradójica, conforme a su propósito, en la medida en que contradecía una opinión reinante. Los sofistas no planteaban en este punto un nuevo, desconocido problema. De acuerdo con su modo de proceder habitual, lo que hacían era oponerse violentamente al sentir común para producir efecto y atraer hacia sí la atención de las gentes. Su “sabiduría” estribaba en las argucias dialécticas y en los recursos retóricos con que daban visos de verdad a sus desconcertantes puntos de vista. Si se volvían, pues, contra la idea de una Ley Natural y de una Justicia superior y causaban una viva impresión en el público, no podía ser por otro motivo que por decir cabalmente lo contrario de lo que todos sobreentendían.

Por lo demás, no todos los sofistas estaban acordes en impugnar el Derecho Natural. Aunque imperaba la costumbre de considerar la sofística como tendencia filosófica unitaria, casi como una Escuela, nada más lejos de la verdad. Los sofistas profesaban un individualismo sin concesiones, solían hacer reivindicación de originalidad y nada más fuera de su ánimo que afiliarse a estas o aquellas opiniones, y maniatarse así.

En algunos de los Diálogos de Platón cabe encontrar ya la confirmación de este aserto. En el *Protágoras*. p. e., se presenta a este filósofo sosteniendo la tesis de que las nociones de Justicia y pudor son patrimonio de todos los hombres; se le hace decir que la virtud radica en la Justicia, la temperancia y *la conformidad a la Ley divina*; mientras que Hippias. en una breve intervención, opone la ciudadanía *por naturaleza* a la ciudadanía *por Ley* ⁽³¹⁵⁾. En el *Gorgias* aparece Calicles abogando por una *Ley de Naturaleza*, interpretada antagónicamente a lo usual, aunque después se vaya aproximando algo a los principios mantenidos por Sócrates ⁽³¹⁶⁾.

También en las *Memorables* de Jenofonte se relata cómo, apremiado por Sócrates, llega Hippias a definir la Ley Natural por el concepto profundísimo de *suscitar la observación en todo tiempo* por sí misma ⁽³¹⁷⁾.

De todas suertes, quien realzó la importancia del Derecho Natural hasta conceder a sus preceptos el carácter de una suprema decisión sobre la conducta fue Sócrates. En la Apología pone en su boca Platón, casi seguro que de acuerdo con la verdad histórica, frases como éstas:

“Todo aquel que ocupe un puesto —bien lo haya encogido él mismo como el más honorable, bien

³¹² Vid. CATHREIN: *Filosofía del Derecho*, cit. 164 ss. WINDELBAND: *Historia de la Filosofía Antigua* (Rovira), 1955. 55 ss. PLATÓN: *La República* (Palau), 1956, 11 ss.

³¹³ Cfr. DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, cit., 48 ss. WINDELBAND: *Historia de la Filosofía Antigua*, cit., 123 ss.

³¹⁴ PLATÓN: *República*, ed. cit. 19 ss. *Gorgias* (Azecárate), 1941, 207 ss. 228 ss.

³¹⁵ PLATÓN: *Protágoras* (ed. Bergua), II. 48 ss. 69 ss.

³¹⁶ PLATÓN: *Gorgias*, ed. cit. 275 ss.

³¹⁷ Cit. por WINDELBAND: op. cit. 124.

haya sido colocado en él por un superior— tiene el deber, a mi juicio, de defenderle a toda costa, sea cual sea el peligro que pudiera amenazarle, sin importarle ni la muerte”... “Cuando un dios me impuso como misión... vivir filosofando... ¿iba, por temor a la muerte, o a otro peligro cualquiera, a desertar de mi obligación?...” “Si trataseis de imponerme la condición (de no filosofar para declararme inculpable) yo os replicaría: Atenienses muy reconocido os estoy y mucho os estimo pero antes obedeceré al dios que a vosotros”... “Sin duda que entre lo posible para quienes me juzguen está el hacerme morir o bien el desterrarme o el privarme de mis derechos ciudadanos. Y tal vez quien tal consiga, o algún otro, piense que todo ello son males terribles. Pero yo no lo creo de este modo: al contrario, mucho peor y más indigno considero el hacer lo que estos hacen tratando de que perezca un hombre injustamente. Por consiguiente, no es a mí a quien defiendo en este momento... Es a vosotros a quien defiendo, pues temo que condenándome, os hagáis culpables de desestimar lo que la Divinidad os ha ordenado”⁽³¹⁸⁾.

El significado de estas proposiciones es claro. Sócrates colocaba sobre toda Ley humana una Ley Divina, con su correspondiente sanción, que imponía el deber de comportarse justamente. Dicha Ley —como se pone de manifiesto en el Gritón⁽³¹⁹⁾— era susceptible de ser hallada racionalmente, gobernaba todos los actos humanos y urgía obediencia al Derecho positivo⁽³²⁰⁾.

El pensamiento de Sócrates, que sólo conocemos con grandes limitaciones, fue desarrollado y madurado por Platón, cuya concepción metafísica central, *la teoría de las ideas*⁽³²¹⁾, llevaba como de la mano a la concepción abstracta de un Derecho *en sí*, de una Justicia absoluta y transcendente, de una medida inmutable, de los valores, producto de la naturaleza o del pensamiento. De la *naturaleza* o del *pensamiento*, porque ambos aspectos aparecen resaltados enérgicamente en Platón, aunque, en definitiva, la razón lo señoree todo y sea para el filósofo la sublimación de la naturaleza.

“Hablando con toda propiedad, no es a los hombres, y sí a la combinación de circunstancias y a los diversos acontecimientos de la vida, a lo que las leyes deben su origen...” “Ninguna ley es obra de mortal alguno...” “Sin embargo, es más razonable (que esto)... decir que es preciso hacer entrar el arte en todas las cosas... ¿No debe reconocerse que para una buena constitución de un buen Estado es indispensable que a la cooperación de todas las demás causas... debe unirse el hallazgo de un verdadero legislador?”⁽³²²⁾.

“Es preciso no olvidar que todos los lugares no son igualmente propios para hacer los hombres mejores o peores. *La legislación no debe ponerse en contradicción con la naturaleza*. En un punto son los hombres de un carácter caprichoso y arrebatado a causa de los vientos de todos géneros y de los calores excesivos que reinan en el país que habitan; en otro punto influye la calidad de los alimentos que suministra la tierra, que no sólo afectan al cuerpo, fortificándolo o debilitándolo, sino también al alma produciendo en ella los mismos resultados... Un buen legislador tendrá en cuenta en sus leyes estas diferencias; después de haberlas observado y reconocido en cuanto es dado al

³¹⁸ PLATÓN: *Diálogos* (ed. Bergua). I. *Apología de Sócrates* y otros. (s. f.). 187 ss. 190.

³¹⁹ PLATÓN: *Critón*. en el mismo vol. cit. antes, 217 ss.

³²⁰ PLATÓN: *Critón*, al final, en el discurso imaginario que le dirigen a Sócrates el Estado y las Leyes, op. cit. 223 ss.

³²¹ Sobre el significado de la teoría de las ideas, vid NATORP: *Platón*, en el vol. II, de la colección “Los grandes pensadores” de “Revista de Occidente”, 1925, 16 ss.

³²² PLATÓN: *Las Leyes*, en las Obras Completas de Platón, traducción de Azcárate, IX, 1872, 200 y s.

hombre poderlas reconocer... (323).

De ahí. que cuando se propone el objeto de su tratado sobre *Las Leyes* manifieste francamente Platón:

”No se trata aquí de examinar qué expresión conviene o no según el uso, lo que sería cuestión de palabras, sino lo que es bien o mal en materia de leyes según la naturaleza de las cosas” (324).

De todos modos, insiste Platón a menudo en las *leyes que la razón descubre*, donde se encuentra el verdadero fondo de su doctrina, ya que todo su esfuerzo se dirige a conseguir su formulación para que sirvan como módulo de la verdad o del error de las disposiciones positivas.

“La razón preside a todas las pasiones, y ella declara lo que tienen de bueno y malo; y cuando el juicio de la razón se convierte en una decisión general para un Estado, entonces toma el nombre de Ley” ... (325).

“Quizá serán consideradas como un sueño nuestras disposiciones referentes a la ciudad y a su territorio, a sus habitaciones, colocadas las unas hacia el medio, las otras hacia los extremos, y se creará que esto es disponer de un Estado y de sus habitantes como si se tratara de la cera. Estas reflexiones no están del todo desprovistas de razón; pero es preciso tener muy presente en el espíritu lo que el legislador nos respondería a esto. Mis queridos amigos, nos diría, no creáis que yo ignore lo que tienen de exacto las objeciones que se acaban de hacer. Pero creo que en toda empresa es muy conforme con el buen sentido, que el que forma su plan haga entrar en él todo lo más bello y más verdadero que existe, y que si después en la ejecución encuentra alguna cosa impracticable, lo deje a un lado y no trate de realizarlo, sin que por eso deje de adoptar lo que más se aproxime y se parezca más a lo que debería hacerse” (326).

El carácter racional de la legislación se advierte y resalta hasta en el origen que Platón le asigna. Supone el filósofo que el principio de las asociaciones políticas fue la agrupación ocasional de diferentes familias con distintos usos cada una. Sintiendo todos apego a sus propias costumbres; pero haciéndose necesario para la convivencia poner armonía entre ellas “resultó indispensable que las numerosas familias se reuniesen en común y que encargasen a algunos de sus miembros el examen de los diversos usos particulares” para optar por “lo mejor de cada uno”. Así nació la legislación (327), que Platón ha concebido siempre como una tarea científica, progresiva, dominada por criterios dialécticos.

“Es preciso que el legislador se diga mucha* veces a sí mismo: ¿qué es lo que pretendo hacer aquí? Si se verifica tal o cual cosa, ¿no se frustrará el objeto que me propongo? Sólo así puede salir con honor de su empresa y ahorrar a otros el trabajo de reformarla” (328).

“El legislador se propone desde luego formar el cuerpo de leyes más perfecto que sea posible: pero con el tiempo, cuando la experiencia le haya enseñado a juzgar su obra, ¿crees que haya un solo legislador tan desprovisto de sentido, que desconozca que ha dejado necesariamente una porción de trazos imperfectos, que hay necesidad de que corrija algún otro que venga detrás, a fin de que la policía y el buen orden que ha establecido en el Estado, en lugar de decaer,

³²³ PLATÓN: *Las Leyes*, cit., 260.

³²⁴ *Op. cit.*, 63.

³²⁵ *Op. cit.*, 92.

³²⁶ *Op. cit.*, 258.

³²⁷ *Op. cit.* 155 ss.

³²⁸ *Op. Cit.* 254.

vayan siempre perfeccionándose?”⁽³²⁹⁾.

Por eso en *El Político* se conciben los Códigos como “imitaciones de la verdad, trazadas lo más perfectamente posible bajo la inspiración de los sabios”. La Ley es imperfecta por naturaleza. Se recurre a ella como un mal menor; pero lo ideal sería poder prescindir de su uso, encomendando la dirección de la Sociedad a un Monarca sabio, inalterable a las pasiones.

“La Ley nunca será capaz de elegir de una vez para siempre lo que hay de mejor y más justo para, todos... Porque la diversidad que existe entre los hombres y sus actos, y el hecho de que ninguna cosa humana esté, por decirlo así, jamás en reposo, no consienten en ningún arte ni en ninguna materia que se dé algo absoluto que valga para todos los casos y para todos los tiempos... Pero es precisamente hacia este absoluto a donde tiende la Ley como un hombre seguro de sí mismo, ignorante, que no permite a nadie hacer nada contra la consigna lanzada y que no sufrirá ninguna cuestión ni aún en presencia de situaciones nuevas con posibilidad de regulación más satisfactoria en este o aquel caso, si no las han previsto sus propias prescripciones”⁽³³⁰⁾.

El Derecho positivo no es la última definición de lo justo y de lo injusto, aunque venga impuesto por la naturaleza de las cosas, sino que nació para evitar la facilidad con que de otra manera se podrían cometer injusticias⁽³³¹⁾. Un Estado es susceptible de ser estructurado de muy diversas formas —y el mismo Platón ha ensayado varias en sus diálogos—; pero hay una única forma que está en todo de acuerdo con la Justicia: la que intenta organizar la comunidad social y política a través del principio de la “competencia para cada función”; es decir, ateniéndose a la regla de *cada uno haga respecto de los demás aquello que le es más propio* (lo cual, por cierto, es consecuencia de la diversidad de aptitudes con que dotó al hombre la naturaleza)⁽³³²⁾. De esta distribución de papeles para la vida pública se infiere, según Platón, la Constitución del Estado y se deducen asimismo, aunque de un modo más mediato, las Leyes y Reglamentos sobre materias jurídicas —por eso el filósofo se ocupa únicamente de la disciplina pedagógica. Escribe Platón:

“Qué haremos en cuanto a las transacciones en el mercado, los convenios que en él hacen los mercaderes entre sí los tratos entre los artesanos, las injurias, las violencias, los procesos, la elección de los jueces, la conveniencia de tales y cuales exacciones e imposición de tributos en plazas y puertos, y, en una palabra, todo lo referente al tráfico, tanto en la ciudad como marítimo, y otras cosas análogas? ¿Vamos a poner leyes para todo esto? No creo que valga la pena procurar ordenanzas sobre esto a hombres sanos y nobles; *ellos encontrarán por sí mismos y sin dificultad los reglamentos que debeni establecerse...* mientras los dioses les concedan el don de conservar en toda su pureza las leyes que nosotros hemos establecido al principio...”⁽³³³⁾.

“No te enfades con los políticos; son los hombres ciertamente más divertidos del mundo. Se pasan los días legislando sobre las cosas que antes hemos enumerado, rectifican después y se imaginan continuamente que así remediarán los abusos que se infiltran en los contratos y en las demás cosas que pretenden regir. No pueden darse cuenta de que no hacen más que cortar las cabezas de la hidra... Por eso no puedo pensar que el verdadero legislador haya de ocuparse en este pormenor de leyes y reglamentos, ni en el Estado de buen régimen ni en el de malo; en éste, porque resultan sin provecho ni eficacia, y en el primero, porque, en parte, cualquiera intuye las leyes y reglamentos por sí mismo, y,

³²⁹ *Op. cit.*, 288.

³³⁰ *PLATÓN: Le Politique (Diès)*, 1950, 294 b, pág. 60.

³³¹ *PLATÓN: República, cit*, 47.

³³² *República*, 150.

³³³ *República*, 132.

en parte, porque se deducen de las leyes ya establecidas como fundamento del Estado” (334).

Así, pues, las Leyes aparecen obviamente en la concepción platónica como relaciones invariables, de preferente carácter lógico, susceptibles de ser obtenidas, por simple inferencia, de la misma naturaleza de las cosas o de otras Leyes más fundamentales. Las afinidades con Montesquieu son patentes.

Sin embargo, la cima más alta alcanzada por Platón en su doctrina sobre el Derecho está en su vislumbre de que un plan divino vela sobre la suerte de las ideas éticas en el mundo. ¡Lástima que esta intuición genial del filósofo de los filósofos no haya tenido en él su adecuado desenvolvimiento!

“Habiendo observado el rey del mundo —escribe Platón— que todas nuestras operaciones parten de un principio animado, y que están mezcladas de vicio y de virtud; que el alma y el cuerpo, aunque no sean eternos, como los verdaderos dioses, no deben sin embargo perecer jamás, porque si el cuerpo o el alma llegasen a perecer, la generación de los cuerpos animados cesaría por entero; y que el bien es útil por naturaleza en tanto que procede del alma, mientras que el mal es siempre perjudicial; el rey del mundo, repito, viendo todo esto, ha imaginado en la distribución de cada parte el arreglo que ha creído más fácil y mejor para que el bien domine y el mal sea dominado en el universo” (335).

Para no interpretar torcidamente a Platón importa no olvidar, con todo, que esa visión “macrocósmica” de la Justicia, para él la más abstracta y primaria, desemboca, por su propio dinamismo funcional, en la fórmula más concreta, atribuida a Simónides, seguida después por Ulpiano, según la cual consiste la Justicia *en dar a cada uno lo suyo*. Platón ha visto bien cuán ligado está ese criterio a la discriminación judicial de los derechos. Si los Jueces cumplen con los deberes de su cargo, ya se sigue la Justicia de las sentencias (336).

Todo el esfuerzo constructivo de la dialéctica platónica en torno al Estado representa, si bien se considera, uno de los polos a que puede ser atraída la teoría del Derecho Natural: el *extremo racionalismo*. Aunque el genial ateniense —especialmente en el Político y en las Leyes— no se ha propuesto jamás hacer tabla rasa de las realidades del mundo, sino que ha tratado de ordenarlas a su manera, partiendo de las más profundas, su actitud espiritual es hija de un radical apriorismo. Basta para demostrarlo con aducir cómo la República platónica no significa más que un grandioso recurso metodológico a que el filósofo echa mano. Construyese allí desde los cimientos un Estado ideal con el único propósito de ponerse en condiciones de poder desmontarlo en cualquier momento, pieza a pieza, mediante el más escrupuloso análisis intelectual (337).

El otro polo del iusnaturalismo es el que hace de él una concepción “física” de los fenómenos sociales. Ese punto de vista ha sido también tenido en cuenta por el propio Platón, quien, como hemos dicho, llegó a concebir una *necesidad ética natural*, derivada del proceso de las relaciones interhumanas. Pero el que parece tener el mérito de haber dado con la idea de una Ley Natural, en el sentido de “relación necesaria entre fenómenos de la vida social, dominada, por el principio de causalidad”, es, quizá, Hippias, al hablar de un Derecho que es siempre observando por su propia virtualidad.

³³⁴ *República*. 133.

³³⁵ PLATÓN: *Las Leyes*, vol. X de ed. cit. 193 s.

³³⁶ PLATÓN: *República*, cit. 141.

³³⁷ *República*, 59, 339.

Entre estas dos posiciones extremas colocó Aristóteles la primera tentativa conciliadora.

“En la justicia civil y en el Derecho político se puede distinguir lo que es natural y lo que es puramente legal. Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro. Lo puramente legal es todo lo que, en un principio, puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la Ley lo ha resuelto...”

“Hay personas que creen que la Justicia, bajo Lidas sus formas, y sin excepción, tiene este carácter de mutabilidad. Según ellos, lo que es verdaderamente natural es inmutable, y en todas partes tiene la misma fuerza y las mismas propiedades. Así. el fuego lo mismo quema en estos países que en Persia, mientras que las Leyes humana.» y los derechos que ellas fijan están en un cambio perpetuo. Esta opinión no es completamente exacta, pero es, sin embargo, verdadera en parte. Quizá para los dioses no exista esta movilidad; mas, para nosotros, hay cosas que siendo naturales, están sujetas, sin embargo, a cambio...”

“Los derechos que no son naturales, y que son puramente humanos, no son en todas partes idénticos. Las constituciones tampoco lo son, si bien existe una que es en todas partes la natural, que es la mejor...”

“También debe establecerse una diferencia entre lo injusto legal y lo injusto tomado en absoluto, entre lo justo legal y lo justo absoluto. Lo injusto propiamente dicho es lo que es tal por naturaleza...”

“Lo equitativo y lo justo son una misma cosa: y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo lo justo, *no es lo justo legal*, lo justo según la Ley, sino que es una dichosa rectificación de la Justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la Ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la Ley se limita a los casos más ordinarios sin que disimule los vacíos que deja. La Ley por esto no es menos buena; la falta no está por entero en la naturaleza misma de las cosas, porque esta es, precisamente, la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la Ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la Ley como él mismo lo habría hecho si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Por tanto, lo equitativo es también justo, y vale más en ciertas circunstancias que lo justo según Ley aunque no que lo justo absoluto... Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la Ley en los puntos en que se ha encañado a causa de la fórmula general de que se ha servido...⁽³³⁸⁾.”

“La Naturaleza arrastra instintivamente a todos los hombres a la asociación política. El primero que la instituyó hizo un inmenso servicio, porque el hombre, que cuando ha alcanzado toda la perfección posible es el primero de los animales, es el último cuando vivir sin Leyes y sin justicia. En efecto, nada hay más monstruoso que la injusticia armada. El hombre ha recibido de la Naturaleza las armas de la sabiduría y de la virtud, que debe emplear sobre todo para combatir los arrebatos brutales del amor y del hambre. La justicia es una necesidad social, porque el Derecho es la regla de vida para la asociación política, y la decisión de lo justo es lo que constituye el Derecho...”⁽³³⁹⁾.”

Se ve pues, con entera claridad, cómo Aristóteles combina en su teoría los elementos racionales y los elementos empíricos. Las Leyes naturales las concibe como emergiendo de la psicología humana, como derivando del hecho de ser el hombre como es: para los dioses, “para quienes no hay exceso posible”, la Justicia carece de sentido⁽³⁴⁰⁾. En cambio, la suprema norma de la Justicia, el criterio de los criterios para enjuiciar inapelablemente el Derecho, para elaborarlo y para suplir sus deficiencias mediante el correctivo de la equidad, no puede ser afrontado desde un más riguroso racionalismo. Aristóteles describe la Justicia como *igualdad* con el propósito evidente de desarrollar una construcción matemática en torno a la misma. Su recurso a la teoría

³³⁸ ARISTOTELES: *Moral, a Nicómano* (Azcárate), 1952, 168. 169, 178. 179).

³³⁹ ARISTOTELES: *Política* (Azcárate), 1943. 24, 25.

³⁴⁰ ARISTOTELES: *Moral, a Nicómano*, cit. 177.

de las *proporciones* y sus aclaraciones y razonamientos no dejan ninguna duda al respecto ⁽³⁴¹⁾.

Pero el péndulo de la Historia no se detuvo en esta síntesis. Tiempo más tarde los estoicos, queriendo salvar la oposición, latente aún, entre *razón y naturaleza* cortan el nudo gordiano del problema, resolviéndose por la *unificación* de ambos términos y eliminando toda antítesis. La virtud no es para ellos sino la *recta ratio*, en cuanto conocimiento del bien y decisión de llevarlo a la práctica. El sabio se hace cargo del deber con ánimo pronto a cumplirlo, y el curso de los hechos se estrella sin éxito contra su firme voluntad ⁽³⁴²⁾. Existe una Ley en la Naturaleza, que expresa el sentido más hondo de las cosas, a la cual los hombres deben acomodarse. Esta Ley no es distinta de la razón. El hombre, pues, la tiene también dentro de sí. y está en el deber de procurar su estricta observancia ⁽³⁴³⁾.

De estas premisas deducen lógicamente los estoicos la fraternidad universal de la gran familia humana. La sociedad con los demás es una necesidad absoluta y no se limita ni “aquí” 111 “ahora”. “*Alten riva.s o portet* —escribe Séneca— *si vis tibi vivere*” ⁽³⁴⁴⁾. “Las diferencias histórico-nacionales desaparecen ante la razón que da a todos la misma Ley y el mismo Derecho: el punto de vista del sabio estoico es el *cosmopolitismo*” ⁽³⁴⁵⁾.

La serie de ideas inconexas vertidas durante el largo período de predominio estoico tuvo ocasión de madurar y de lograr su fórmula unitaria en la mente inquieta y abierta de Cicerón, el único pensador sagaz que dio al munido Roma. Pese a todas las diatribas que ¡sabe Dios por qué! ha tenido que soportar el ilustre escritor latino, es lo cierto que con él ha contraído la cultura del mundo una deuda extraordinaria. Sus merecimientos están infinitamente por encima de los de todos sus detractores ⁽³⁴⁶⁾. que. a la verdad, han pecado, cuando menos, de irresponsable ligereza al negar toda originalidad a un hombre amparándose sólo en *suposiciones*. ¡Cómo si ya no fuera testimonio de la máxima originalidad el haber fraguado personalmente una concepción del mundo por fuera de todo precedente patrio! Por lo menos como filósofo del Derecho Cicerón descuella excepcionalmente y en Roma ocupa una posición impar y aparte. Sólo él tuvo conciencia clara de lo que debía ser realmente el Derecho, y, más allá de la cambiante fenomenología positiva, supo ver principios eternos y relaciones perdurables. Cuando el Derecho Romano haya pasado—lo cual no dista mucho de ocurrir— las obras de Cicerón continuarán dando que pensar a los hombres.

Cicerón, que conoce bien el Derecho positivo, muestra hacia él el desdén del filósofo por todo lo

³⁴¹ *Moral, cit.. 156 s., 159 s.*

³⁴² *Horacio expresa muy a menudo, en grandiosos versos, la posición de “incolumidad” del sabio estoico. P. e., Odas. III, 3; 5; etc. En .su Epístola a Horacio, Menéndez y Pelayo condensando ideas horacianas, la cifra así: “y se estremece desquiciado el orbe, mas nunca el pecho del varón constante”...*

³⁴³ *Cfr. WINDELBAND: Op. cit. 333.. 334.*

³⁴⁴ *SÉNECA: Ep. 48, 2.*

³⁴⁵ *WINDELBAND: Op. cit. 339.*

³⁴⁶ *Vid. CATHREIN: Op. cit. 168.*

caduco⁽³⁴⁷⁾. Ni el Edicto pretorio ni las Doce Tablas constituyen para él las fuentes de la Ciencia jurídica, sino la investigación filosófica esencial. Su indagación persigue el fundamento universal del Derecho, que hay que poner en la naturaleza humana (333). Su punto de partida para ella es la Ley, definida como “*ratio summa insita in natura, quae iubet ea quae fatienda sunt, prohibetque contraria*”⁽³⁴⁸⁾. La razón Divina gobierna el mundo, y el hombre con la suya, socio de la Divinidad por la Ley conoce por participación el Derecho Natural que rige el mundo⁽³⁴⁹⁾. La idea de una Ley Divina, que tanto juego dará después a la Escolástica, es mala o buena, una contribución de Cicerón a la Filosofía jurídica. Pero más feliz aún es ese otro concepto, aun no debidamente explorado, que hace ¡del hombre un “socio de Dios” en la obra de la realización del Derecho. A esta genial intuición ciceroniana nos hemos de referir más tarde.

El hombre —prosigue Cicerón— ha nacido para la Justicia: el Derecho se funda en la naturaleza y no en el arbitrio. “Si el juicio de los hombres no se apartara de la naturaleza y éstos—“reputaran que nada human” —como dice el poeta— “les es ajeno”, todos al Derecho rendirían culto por igual”⁽³⁵⁰⁾.

“Es absurdo pensar que sea justo todo lo determinado por las costumbres y Leyes de los pueblos. ¿Acaso también si son leyes de Uranos? Si los Treinta Tiranos de Atenas, hubieran querido imponer sus leyes, o si todos los atenienses estuvieran a gusto con las leyes Uránicas, ¿iban por eso a ser justas esas Leyes? Creo que no serían más justas que aquella otra que dio nuestro interrey de que el dictador pudiera matar impunemente al ciudadano que quisiera, incluso sin formarle proceso. Hay un único Derecho que mantiene unida la comunidad de todos los hombres, y está constituido por una sola Ley. la cual Ley es el criterio justo que impera o prohíbe; el que la ignora, esté escrito o no es injusto”⁽³⁵¹⁾.

“No hay más justicia que la que lo es por naturaleza... Aquella otra que se funda en el interés queda aniquilada por el mismo interés, pues si la Naturaleza no viniera a reforzar el Derecho desaparecerían todas las virtudes...⁽³⁵²⁾.

Si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los Príncipes y las sentencias de los Jueces, sería jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación de testamentos siempre que tuvieran a su favor los votos o los plácemes de una masa popular”⁽³⁵³⁾.

No cabe subrayar más fuertemente ni más plásticamente el carácter transcendental de la Justicia. Nadie antes que él ha proclamado con tanta energía, con tan segura virilidad, el principio de que ante el Derecho Natural debe doblegarse toda ordenación positiva. Aunque su intento legislativo

³⁴⁷ *CICERÓN: De Legibus* (A. d'Ors). 1953. 63. D'Ors, sin embargo, en su estudio preliminar, pone en duda que Cicerón se propusiera en *De Legibus* penetrar en los problemas particulares del *ius civile*. Niega, además, que Cicerón haya sido jurisconsulto, no dando crédito a ciertas indicaciones en contrario del gran escritor latino. Pero, ¿podía éste atreverse a faltar descaradamente ante sus contemporáneos a la verdad histórica?

³⁴⁸ *CICERÓN: Op. cit.* 65-67.

³⁴⁹ *Op. cit.* 66.

³⁵⁰ *Id.* 70-71.

³⁵¹ *Id.* 77-81.

³⁵² *Id.* 89. 91.

³⁵³ *Id.* 91. Modificamos ligeramente, trad. A. d'Ors.

sen poco afortunado, Cicerón tiene el mérito indisputable de basar la. Política legislativa en los dictados de una Ley Natural, que son su “modelo “⁽³⁵⁴⁾.

A la marcha regular, evolutiva, que siguieron hasta aquí las concepciones iusnaturalistas se imprime, de pronto, la prisa y la aceleración de una ideología revolucionaria. El advenimiento del Cristianismo, con su planteamiento radicalmente nuevo de los problemas humanos, no podía menos de provocar la imperiosa necesidad de revisar toda Filosofía y. con ella —cosa muy urgente—, la de sopesar una a una, a la luz de la Revelación, las diversas teorías generales sobre el Derecho. La Comunidad cristiana, a la que todos los hombres estaban llamados a pertenecer, no podía tampoco, por la triste realidad del pecado, pasarse sin establecer su propio y adecuado Ordenamiento jurídico. Los Apóstoles y los Padres, los Doctores y filósofos de la Cristiandad se aprestaron de consuno a. esta obra. El Señor y San Pablo habían echado ya los cimientos⁽³⁵⁵⁾; pero fue una muchedumbre de esfuerzos combinados lo que, uniendo las propias aportaciones a las de los filósofos más grandes del paganismo, dio lugar al majestuoso coronamiento del edificio.

Uno de los primeros y más sólidos pilares resultó de las investigaciones emprendidas por San Agustín. Para él había una **Ley eterna**, “razón o voluntad Divina que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo”⁽³⁵⁶⁾; Ley eterna que es inmutable en cualesquiera circunstancias de tiempo y lugar, universal, absoluta, y a cuyo imperio nada se evade⁽³⁵⁷⁾. Por ciega necesidad cumplen los seres irracionales los requerimientos de la Ley eterna de Dios; pero el hombre es libre. Se informa de la Ley eterna mediante la razón, que, como Ley natural, la conoce **en reflejo**, y es dueño de rendirle o no pleitesía⁽³⁵⁸⁾. Lo malo es que el impacto del pecado original, viciando nuestra naturaleza, ha oscurecido y debilitado la fuerza de la Ley en nosotros; se han hecho, así. precisas Leyes positivas cambiantes, para intentar vanamente la reinstauración del orden primitivo, y. sobre todo, la **Ley de la verdad**, inherente al mensaje de Cristo, apta para salvarnos del pecado y de la muerte⁽³⁵⁹⁾.

La culminación de la doctrina clásica sobre el Derecho Natural se operó por obra, principalmente, de Santo Tomás de Aquino. En él se ha logrado la síntesis más equilibrada y armónica de todos los puntos de vista precedentes, al par que se ponían las bases y los gérmenes que habrían de servir como estimulantes de la ulterior investigación.

Santo Tomás de Aquino no fue un gran innovador en el campo de la Filosofía jurídica. Aunque no se le puedan negar aportaciones originales, no es la novedad su más valiosa característica. Lo que lo distingue entre los filósofos del Derecho es su feliz disposición para la construcción sistemática, el tacto con que sabe separar el oro de la escoria, el acierto, a veces genial, con que,

³⁵⁴ *CICERÓN: Op. cit., 93 ss. Id. 91.*

³⁵⁵ *Vid. sup. nota 150 y texto correspondiente.*

³⁵⁶ *SAN AGUSTÍN: Contra Faustum manich. XX.il. Cit. TRUYOL: Supuestos y conceptos fundamentales del pensamiento jurídico de San Agustín, en Verdad y Vida. 1944. VII, pág. 34 de la separata.*

³⁵⁷ *TRUYOL: Op. cit. 36 s.*

³⁵⁸ *TRUYOL: Op. cit. 39 s.*

³⁵⁹ *TRUYOL: Op. cit. 42 s.*

con un giro inesperado, brinda luminosamente la solución a un problema brumoso, la claridad perenne de que su pensamiento hace siempre gala, su amor a la verdad, que ninguna afección de notoriedad desvía, y su, en fin, serena convicción intelectualista.

Los puntos capitales de la Filosofía jurídica del Aquinatense son estos:

1º. Concibe la Ley como una **ordenación racional para el bien común promulgada por el que tiene la comunidad a su cargo**. La Ley es obra de la razón; el arbitrio, la voluntad ciega, no engendra sino la iniquidad⁽³⁶⁰⁾. Corresponde legislar a la comunidad política en pleno o a quien ejerza la autoridad en ella. La promulgación es esencial a la Ley.

2º. La Ley primaria es la Ley eterna, que se caracteriza como “razón de la Divina Sabiduría, en cuanto es directriz de todas las acciones y movimientos”. La existencia de la Ley eterna se demuestra por la necesidad de que el universo obedezca a un plan Divino, anterior a la creación, conforme al cual todas las cosas hayan sido creadas. La transcendencia de Dios respecto al tiempo exige la **eternidad** de esa Ley.

La Ley eterna es incognoscible en sí misma, pero se puede conocer en sus efectos. Todo ser racional, más o menos perfectamente, llega por el discurso a tener alguna participación en los preceptos de la Ley eterna. Cualquier otra Ley en consonancia con la razón no es más que un corolario de ella.

3º. La Ley natural no es más que “una participación de la Ley eterna en la criatura racional”. Sus preceptos son en el orden práctico lo que los primeros principios en el orden especulativo. Son una pluralidad de verdades axiomáticas, de por sí evidentes.

El primer principio en el orden práctico y precepto primero de la Ley natural es este: “se debe hacer el bien y evitar el mal”, sobre el que todos los demás se fundan. Como el bien tiene razón de fin, al contrario que el mal, la inteligencia percibe como bien y como deber todo aquello hacia lo cual siente el hombre una inclinación natural, y como mal que ha de evitarse todo cuanto la contraría. De ahí que el orden de los preceptos de la Ley natural sea paralelo al orden de las inclinaciones naturales.

” Hay, primeramente, en el hombre una inclinación hacia un bien que es el de su naturaleza; inclinación común a todos los seres, pues todos apetecen su propia conservación, según las exigencias de su propia naturaleza. Correspondientemente a esta inclinación, es preciso integrar la Ley natural con todos aquellos preceptos que se refieren a la conservación de la vida del hombre, o que vienen a impedir los males contrarios a esa vida. Existe una segunda inclinación —hija asimismo de la naturaleza humana, pero desde el punto de vista en que conviene con los demás animales— hacia un bien más particular, más concreto. Conforme a esta inclinación, pertenecerán a la Ley natural todas aquellas prescripciones que versan sobre lo que la naturaleza enseña a todos los animales: la procreación o perpetuación de la especie; la formación y crianza de los hijos, y otras de esta índole. Finalmente se encuentra en el hombre una tercera, propia suya, fruto de su naturaleza racional específica, hacia un bien más peculiar y concreto: el conocimiento de las verdades divinas; la convivencia social. Equivalente a este orden de inclinaciones naturales, serán preceptos de la Ley Natural aquellos que proscriben la ignorancia y recriminan las injusticias sociales quebrantadoras de la paz ciudadana, etc.”⁽³⁶¹⁾.

La Ley natural en sus principios más generales es común a todos los hombres. Pero a medida que se van deduciendo de esos principios conclusiones cada vez más particulares, éstas tienen que

³⁶⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Summa Teológica*, I-II. q. 90, art. IV.

³⁶¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Summa Theologica*, cit. (Transcribo con algún retoque, la trad. de Fernández-Alvar: *La Ley*, 1936. 73.

resultar, por fuerza, progresivamente defectibles, porque es patrimonio del hombre el error. Algo parecido sucede en cuanto a la inmutabilidad del Derecho Natural, cuyos primeros principios son absolutos y perdurables; pero, en cambio, los preceptos secundarios pueden encontrar causas impositivas de su observancia que impongan su modificación. Por supuesto, que, además, por vía de adicional, la Ley natural crece paulatinamente conformándose a las nuevas necesidades que la Sociedad va experimentando.

4°. La convivencia pacífica de los hombres entre sí demanda la institución de las Leyes humanas, ya que la incoercibilidad de la Ley natural puede acarrear en ciertos casos su ineficacia. Pero la Ley humana debe amoldarse a la Divina y a la Ley Natural, y enderezarse al bien común de los hombres. Cuando la Ley humana es justa es obligatoria en conciencia, en virtud de la Ley eterna de que proceden. Son Leyes justas aquellas que, por razón de su fin, se ordenan al bien común; por razón de su autor, no exceden la potestad del que las establece; y, por razón de su forma, cuando las cargas que imponen con miras al bien común están distribuidas en proporcionada igualdad entre los súbditos.

Las Leyes humanas son mutables; pero deben mantenerse mientras las ventajas que redundan de su modificación no sean abiertamente mayores que los inconvenientes dimanantes de su vigencia.

5°. La costumbre tiene fuerza de Ley, valer hermenéutico, y capacidad derogatoria ⁽³⁶²⁾.

La teoría isnaturalista de Santo Tomás de Aquino, desarrollada y perfeccionada en numerosos detalles, por obra, especialmente, de los grandes escolásticos españoles, ha venido a ser, casi intacta hasta nuestros días, fundamento de las convicciones jurídicas de los autores católicos.

Hacen muchedumbre los escritores hispanos que aportaron contribuciones importantes a la doctrina del Derecho Natural. El primer gran esfuerzo postomista, que tuvo nada menos que' la profunda significación de establecer los cimientos de una disciplina jurídica para las relaciones internacionales, lo emprende Francisco de Vitoria ⁽³⁶³⁾ en sus famosísimas "**Relecciones**" Vitoria, que había seguido de cerca, aunque con algunos retoques de envergadura ⁽³⁶⁴⁾, la exposición del Doctor Angélico, fue el primero que consecuentemente aplicó los principios iusnaturalistas a los problemas de la vida práctica en aquel campo en que por ausencia de un Derecho positivo, era más imprescindible hacerlos entrar en liza. Este fue el merecimiento máximo de Vitoria. Comprendió que la función del Derecho Natural era suplir y corregir las deficiencias del Derecho positivo y aprovechó los preceptos de aquel Ordenamiento para regular por su mediación las únicas relaciones interhumanas que estaban aún exentas del control jurídico. Un Derecho positivo con pretensiones de Justicia excusa, en efecto, da remisión a un Derecho Natural, que sólo tendrá ya lugar para servir de criterio rector en las tareas legislativas. Es pues, donde el Derecho positivo no se ha consolidado aún, a saber, en las relaciones de Estado a Estado, en donde el Derecho Natural ha de asumir la plenitud de sus cometidos. De todas suertes, el Derecho Natural no se basta solo. Ha de ser parcialmente positivizado para hacerlo más eficaz y aún posible. El Derecho de Gentes

³⁶² SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Op. cit. q. XCVII, art. III.*

³⁶³ *Relecciones Teológicas del P. Fray Francisco de Vitoria (Torrubiano), 1917, tres volúmenes.*

³⁶⁴ *Cfr. al respecto. P. BELTRÁN DE HEREDIA: Francisco de Vitoria. 1939. 152 ss.*

es, precisamente, el lado positivo del Derecho Internacional, puesto que, como dice Vitoria ⁽³⁶⁵⁾. “el Derecho de Gentes o es un Derecho Natural o del Derecho Natural se deriva”.

“Muchas cosas parecen proceder del Derecho de Gentes, el cual tiene manifiesta fuerza para engendrar Derecho y obligación, porque deriva suficientemente del Derecho Natural, y aún supuesto que no siempre se derive: del Derecho Natural, es bastante para ello que sea un consentimiento de la mayor parte del género humano, y más todavía este consentimiento para bien de todos” ⁽³⁶⁶⁾.

Pero Vitoria no hizo esto sólo. Con anticipación genial se hizo cargo de la pequeñez del mundo y de la unidad sustancial de la gran familia humana, pasó por alto el ideal paganizante de la “razón de Estado” y contrapuso a éste, en réplica cristiana, el criterio del **bien común de toda la humanidad**. Más aún. Con sublime audacia no vacila en sostener algo que aún sería de plena actualidad: el derecho que asiste a dos hombres a superar las artificiales escisiones políticas en una sola Comunidad total. Escribe Vitoria:

“Siendo la República parte de todo el mundo, y mayormente la provincia cristiana parte de la República, si es útil la guerra para una provincia o para una República con daño del Orbe o de la Cristiandad, juzgo que por este solo hecho la guerra es injusta...” ⁽³⁶⁷⁾.

“Así como la mayor parte de la República puede constituir rey sobre toda la República aún resistiéndose el resto de los ciudadanos; así la mayor parte de los cristianos, aún resistiéndose el resto, puede legítimamente crear un monarca al que obedezcan todos los príncipes y todas las provincias” ⁽³⁶⁸⁾.

Pero estas grandes intuiciones de Francisco de Vitoria, que él reacio a escribir, al igual que otros grandes maestros* no se cuidó de desarrollar, no encontraron eco ni comprensión entre sus contemporáneos. Probablemente se las juzgó imposibles, una utopía, por lo que, como tantas veces ha ocurrido, la falta de fe en la efectividad del progreso moral y político humano supuso la esterilización de una iniciativa luminosa que únicamente el convencimiento universal podría haber impulsado hasta el predominio. Las mismas bases del Derecho de la guerra que Vitoria, con aguda perspicacia, había asentado en criterios neutrales y cosmopolitas ⁽³⁶⁹⁾ fueron desvirtuadas e incomprendidas muy pronto en aras de un estrecho e infecundo nacionalismo. En la propia España, un Luis de Molina, p. e.. no duda en atacar, fundándose en superficiales analogías, el supremo título de conquista que había sido esgrimido por Vitoria para justificar la apropiación de América por los españoles: el derecho de libre comunicación y comercio. Falto de la amplitud de miras de su antecesor. Molina considera la fragmentación del mundo en Estados como un hecho absoluto, capaz de alterar o de anular uno de los derechos fundamentales sancionados por la Ley natural. Y así llega a propugnar la licitud del más hermético proteccionismo que jamás haya podido soñarse: ““Cualquier Estado... —afirma— incluso podrá negarse lícitamente a admitir todo comercio con el extranjero y prohibir el tráfico mercantil, el acceso a los puertos y la residencia en el país a los

³⁶⁵ *Relecciones, cit, I. 67.*

³⁶⁶ *Op cit. 71.*

³⁶⁷ *Op. cit. II, 18.*

³⁶⁸ *Op. cit, II 19.*

³⁶⁹ *Sobre este punto. considerando desacertado el giro de Vitoria, vid. ALVARO D'ORS: Vitoria, intelectual, en Boletín de la Universidad de Oviedo, y Victoria y la crisis del Imperio, en Francisco de Vitoria (MDXLVI-MCMXLVI) Universidad de Santiago. 1947.*

extranjeros”⁽³⁷⁰⁾. A Molina no se le ha ocurrido preguntar qué sería del progreso humano si cada nación se encerrase en su muralla china y recusase todo contado con el exterior. ¿(Jomo va a proclamarse un derecho lo que conduce a la negación de la sociabilidad humana e impide la realización del supremo designio de la Providencia sobre los hombres? En el conflicto entre Sociedad internacional y soberanía de los Estados, Vitoria se hubiera inclinado siempre por la primera, tal vez porque, como Legaz apunta⁽³⁷¹⁾, todavía pesaba sobre él la tradición del medievo. Molina, en cambio, dominado por la mentalidad de su época, no sabe sobreponerse a la fuerza de sugestión que la idea del Estado nacional, recién estrenada, trae consigo. Y lo mismo se puede predicar de otros juristas españoles contemporáneos.

Así, pese al hecho de que Vitoria dejó Escuela —acontecimiento excepcional en la historia del pensamiento hispánico— sus concepciones internacionales no ¡lograron la expansión merecida. Los discípulos se ataron por demás al maestro, menos en aquellas doctrinas que, formuladas por él incompletamente, eran más bien incitaciones para investigar. No dejó tras de sí un “afán indiscreto de novedades” —ojalá lo hiciera para bien de la Ciencia española— sino que la libertad con que él se pronunciaba se trocó en excesivo sometimiento. La originalidad, para desgracia nuestra, nunca ha tenido clima propicio en España. El peso muerto de una demasía de autoridades vino a sofocar en definitiva el brillo de una Escuela que tan prometedoramente se iniciaba⁽³⁷²⁾. Hubo, sí, continuadores ilustres; pero su indiscutible genio se vio frenado a cada paso por una verdadera retahíla de pareceres magistrales dogmáticamente acatados.

Entre los sucesores de Vitoria descuellan Soto⁽³⁷³⁾, Vázquez de Menchaca⁽³⁷⁴⁾, Molina⁽³⁷⁵⁾. Báñez⁽³⁷⁶⁾ y Gabriel Vázquez⁽³⁷⁷⁾ cuyas obras coinciden en lo sustancial, pues son exposiciones didácticas de la misma doctrina enfocada desde ángulos visuales casi idénticos.

³⁷⁰ *LUIS DE MOLINA: Los seis libros de la Justicia y del Derecho (Fraga). Tomo I vol. III, 192.*

³⁷¹ *LEGAZ: Lo medieval y lo moderno en Vitoria, en Francisco de Vitoria (MDXLVI-MOMXLVT) cit. 299 ss.*

³⁷² *La opinión mantenida en el texto se opone diametralmente a la que sostiene el P. Beltrán de Heredia en su cit. obra, pág. 187.*

³⁷³ *Sobre la doctrina jurídica de Domingo de Soto. vid. CARRO: Domingo de Soto y su doctrina jurídica, 1943. LUÑO PEÑA: Historia de la Filosofía del Derecho. 1955, 393 ss. De la obra capital de Soto hay un? incompleta versión castellana de Torrubiano, que sólo .se extiende a los tres primeros libros. Se titula Tratado de la Justicia y el Derecho. Y los dos únicos volúmenes publicados datan de 1922 y 1926 respectivamente.*

³⁷⁴ *Sobre Vázquez de Menchaca. vid. MIAJA: Fernando Vázquez de Menchaca. 1933; BARCIA TRELLES: Vázquez de Menchaca: Sus teorías internacionales, 1940.*

³⁷⁵ *Vid. los estudios preliminares a la edición de Fraga citada (cuatro vols. 1941-46). También, DÍEZ-ALEGRÍA: El desarrollo de la doctrina de la Ley Natural en Luis de Molina y en los Maestros de la Universidad de Evora. de 1565 a 1591; 1951.*

³⁷⁶ *Vid. LUÑO PEÑA: Op. cit. 423.*

³⁷⁷ *Vid. LUÑO PEÑA: Op. cit. 426 ss.*

La sistematización más completa de la Filosofía escolástica; del Derecho fue lograda por Francisco Suárez en su voluminoso *Tractatus de Legibus ac de Deo legislatore*. Suárez no es tampoco un pensador que descuelle por su originalidad; pero nadie éntrelos escolásticos ha enjuiciado los problemas iusfilosóficos con sagacidad y penetración similares.

Comienza Suárez su grandiosa obra con un estudio sumamente minucioso de la Ley. Tras el análisis de las propiedades inherentes a la noción de Ley, el Doctor eximio concreta la siguiente fórmula definitoria: **La Ley es un precepto común, justo y estable, suficientemente promulgado** ⁽³⁷⁸⁾. El efecto general de la Ley es hacer buenos a los súbditos; pero el próximo y adecuado es obligar a los súbditos **mandando, prohibiendo, permitiendo o castigando**, en cuya cuádruple enumeración la eficacia legal queda exhaustivamente retratada.

Del examen abstracto de la Ley pasa Suárez a investigar las notas distintivas de las diferentes clases de Leyes, arrancando en ¡a Ley eterna. A propósito de ésta delibera el granadino en torno a ¡a cuestión de si se puede proclamar su existencia sin incurrir en una contradicción en los términos.

“La razón de dudar —dice— es la siguiente: que la Ley requiere necesariamente alguno al cual pueda imponerse; pero, nadie hubo desde Ja eternidad capaz de Ley; luego tampoco pudo haber alguna Ley eterna. La mayor es manifiesta, porque la Ley es acto de mandato: y repugna que haya mandato, no habiendo alguien a quien se mande. También la menor se prueba, porque desde la eternidad no hubo más que Dios, al cual no puede imponerse Ley así como tampoco mandato. Segundo, porque por esta razón no hubo desde la eternidad dominio ni jurisdicción ni gobierno, porque no había a quienes dominase Dios o a quienes gobernase; pero la Ley es acto de gobernación y de dominio o de jurisdicción; luego, por la misma razón no pudo ser eterna. En tercer lugar, do esencia de la Ley es la promulgación...: pero desde la eternidad no pudo haber promulgación, porque no había a quien se promulgase ni pudo serpromulgada dentro de Dios sólo; luego... En cuarto lugar, si hubiese alguna Ley eterna, sería total y absolutamente necesaria e inmutable, porque no hay algo eterno que no sea totalmente necesario..., luego no hay Ley eterna alguna” ⁽³⁷⁹⁾.

Estas serias dificultades las soluciona el P. Suárez estableciendo un distingo muy escolástico en la Ley. en la que ve un doble estado: en cuanto nace, primero, en el ánimo del Legislador, y en cuanto, después, ya elaborada mentalmente, es propuesta a los súbditos. Del primer modo, no puede negarse que se dé una Ley eterna. Del segundo, tampoco puede negarse que no cabe. De todas suertes, la razón decisiva —a juicio de Suárez— que adujo ya Santo Tomás de Aquino, está en que no es de esencia en la Ley eterna la promulgación. Sencillamente, porque la exigencia de la promulgación en la Ley humana se debe a que el parecer de los hombres es mudadizo y bien puede suceder que lo que se ha decidido adoptar como norma hoy se acuerde dejarlo en suspenso mañana. El súbdito debe saber a qué atenerse al regir su conducta. Y por eso se exige la solemnidad de la promulgación para que ni el Legislador pueda volverse fácilmente atrás, ni el súbdito pueda presentar la voluntad de aquél como dudosa. Pero como el designio eterno de Dios es inmutable, el requisito de la promulgación huelga y basta el conocimiento de la Voluntad divina para que surta todo su efecto de obligar.

Al afrontar el problema de la Ley natural Suárez se pregunta en qué pueda consistir ésta. ¿Acaso en la misma naturaleza racional, como Vázquez —“sin citar ninguna autoridad en su apoyo”, añade el eximio— pretende insistente? No convence el criterio. En primer lugar, porque ese modo de expresión es ajeno a doctores y filósofos. En segundo, porque la naturaleza racional es sólo una esencia y no le cabe mandar, prohibir, definir el bien y el mal, ni iluminar o dirigir la conciencia:

³⁷⁸ SUÁREZ: *Tratado de las Leyes y de Dios legislador* (Torrubiano), I, 1918. 218.

³⁷⁹ FRANCISCO SUÁREZ: *Op. y ed. cit. II*, 1918, 3 s.

no tiene, pues, como propios, según sería preciso en esta, hipótesis, ninguno de los efectos peculiares de la Ley.

No es, pues, la naturaleza racional la Ley natural investigada. Pero lo es, sí, *cierta fuerza de aquella naturaleza, que la tiene para discernir entre las operaciones que le convienen o le repugnan, y que suele llamarse razón natural*.

¿De qué manera —se pregunta en seguida Suárez— es insinuada o intimada a la conciencia la Ley natural? El mismo juicio de la recta razón —responde— grabado naturalmente en el hombre es signo suficiente de la voluntad divina para inducir nuestra obligación.

El Derecho natural comprende, por eso todos los preceptos u principios morales que tienen la evidente honestidad que es necesaria para la rectitud de las costumbres, de suerte que los opuestos contienen evidente desorden moral. Pero, sea como quiera. I ti multitud de preceptos naturales compone un solo Derecho Natural, pues las prescripciones particulares arraigan y se compendian en un único primer principio. De ahí la inmutabilidad esencial de la Ley natural, que es, por otra parte, compatible con su adecuación a la materia.

“...La Ley natural no estando escrita de suyo en tablas o pergaminos, sino en las mentes, no siempre es dictada en la mente con aquellas palabras generales o indefinidas con que nosotros la expresamos o la escribimos, como v. g. la ley de devolver el depósito, en cuanto es natural, no la dicta la mente simple y absolutamente, sino con limitación y circunspección; pues dicta la razón que se debe devolver el depósito al que lo pide con derecho y racionalmente, si no se opone razón de defensa justa o de la república o propia o del inocente. Mas, comúnmente suele aquella ley expresarse con solas estas palabras: Se ka de devolver el depósito, porque todo lo demás se sobreentiende, ni en la forma de la Ley presentada de modo humano pueden declararse todas las cosas, (³⁸⁰).

“... (No importa, pues), que la materia sea mudable, pues la Ley natural discierne la mutabilidad en la misma materia y según ella acomoda los preceptos, pues una cosa manda en aquella materia para un estado y otra cosa para otro: y así ella permanece siempre inmutada aún cuando en nuestro modo de hablar y por denominación extrínseca parece como que se muda” (³⁸¹).

En estos razonamientos para explicar la variabilidad aparente del Derecho Natural está el más alto vuelo de la concepción jurídica de la Escolástica. Si las ideas del Doctor eximio hubieran sido meditadas y comprendidas por los impugnadores de la doctrina iusnaturalista de seguro que la mayor parte de las críticas aguzadas contra ella no hubieran encontrado oportunidad de brotar. Así por ejemplo, la tan cacareada “ahistoricidad” del Derecho Natural no se podría haber alegado nunca teniendo presente las terminantes declaraciones del P. Suárez, que hacen del Derecho Natural una “función” de la realidad social a la que se aplica. Pero la doctrina iusnaturalista católica —y las obras del P. Suárez con ella— no habían solicitado debidamente la atención de los enemigos del Derecho Natural. Por una razón sencilla: porque mediaba un prejuicio confesional que llevaba a descalificar *a priori* a los autores católicos.

Cuando, pues, en el pasado siglo se produjo la reacción positivista, contra el Derecho Natural fueron las concepciones iusnaturalistas heterodoxas las que se hicieron blanco de las impugnaciones. Al hablar de la *Escuela clásica* se hacía injusta referencia a solas estas doctrinas, que, a la verdad, no eran más que condensaciones racionalistas, con pretensiones de un logicismo absoluto, de los principios filosóficos que habían nutrido la Escolástica.

³⁸⁰ *Op. cit. II, 170 s.*

³⁸¹ *Op. cit. II. 173.*

La transición del uno al otro modo de pensar está representada por Grocio y Hobbes.

Hugo Grocio, antes exaltado hasta la exageración, a punto de calificarlo todo un Vico “el jurisconsulto del género humano”, hoy discutido en exceso, tuvo el mérito y le cabe la gloria inmarcesible de haber dado cuerpo y sistema a la Ciencia del Derecho Internacional. Con verdad pudo haber dicho, al mismo umbral de su “De iure belli ac pacis”, que nadie hasta él había acometido empresa semejante a la suya de una forma completa y orgánica⁽³⁸²⁾. Ciertamente que el Derecho Internacional había tenido, muchos precursores —sobre todo en España—; pero la necesaria labor de síntesis, que integrara y complementara los precedentes ensayos, no se vio ultimada hasta que el jurisconsulto holandés se atrevió con ella. Hay que reconocerle este indudable aporte.

Por lo demás, Grocio carente casi por completo de originalidad, ha formulado una teoría que no difiere de la común en la Escuela más que en algunos detalles. Inicia su famoso tratado afirmando el *instinto de sociabilidad* como base de todo Derecho, a través, primero, del Derecho Natural, cifrado en unos pocos principios elementales, a saber: “que es preciso abstenerse religiosamente de los bienes de otro, y restituirle cualquier cosa suya que se tenga entre manos o el lucro que se haya obtenido de ella: que cada uno está obligado a cumplir lo que ha prometido; que se debe reparar el perjuicio causado por culpa; y que toda violación de estas normas merece castigo, incluso por parte de la Sociedad”⁽³⁸³⁾. El Derecho Natural es de tal manen* intrínsecamente necesario “que existiría aun cuando se conviniera en que no hay Dios, lo que no cabe sin prevaricación horrible, o en que de haberlo, no se cuidara de las cosas humanas”⁽³⁸⁴⁾. Pero, dadas las pruebas de la existencia de Dios, el Derecho Natural resulta de una doble fuente: las exigencias de la vida social, según las pone en evidencia la razón, y la libre voluntad divina que ejerce imperio sobre nosotros. De todas suertes, aunque el Derecho Natural emane de principios internos al hombre, es rectamente atribuido a Dios, puesto que por El se dan en nosotros esos principios. Y hay una certidumbre tal en turno a los mismos, que nadie los puede negar sin hacerse violencia, porque los conocemos casi con la misma claridad que las cosas sensibles⁽³⁸⁵⁾.

El Derecho Natural consiste, según lo expuesto, en *ciertos principios de la recta razón que nos hacen saber si una acción es monamente honesta o deshonesto, según la conveniencia, o disconveniencia apodíctica que ella tiene con la naturaleza racional y social, y, por ende, que Dios, autor de la naturaleza, ordena o prohibe tal forma de conducta*⁽³⁸⁶⁾.

El Derecho Natural es inmutable. Dios mismo no podría variarlo, pues el cambio implicaría inadmisibles contradicciones.

Hay dos maneras de probar que una cosa es de Derecho Natural. Una, a priori, por razones derivadas de la misma naturaleza de la cosa; otra, a posteriori, por razonamientos de tipo inductivo, como lo es el consentimiento universal. La primera manera, más sutil y abstracta,

³⁸² GROTÍUS: *Le Droit de la Guerre et de la Paix* (Barbeyrac), I, MDCCLXVIII 1 s., 22 ss.

³⁸³ *Op. Cit.* 8.

³⁸⁴ *Op. Cit.* 10.

³⁸⁵ *Op. cit.* 10 s., 23 s.

³⁸⁶ *Op. cit.* 48.

genera certeza: la segunda, más popular, suministra criterios plausibles, de mayor o menor grado de probabilidad ⁽³⁸⁷⁾.

Una de las ideas de Grocio destinadas a ejercer más influencia posteriormente es la del **contrato social**, que el holandés vincula al axioma iusnaturalista que ordena atenerse a lo pactado. Supuesto el origen contractual de la Sociedad el súbdito está obligado a obedecer al soberano en fuerza de su propia promesa ⁽³⁸⁸⁾.

Frente al racionalismo apriorista de Grocio. que. con evidente primacía del logos, extrae el Derecho Natural de una serie de principios especulativos, Hobbes lo quiere deducir de la misma vida. Parte de la realidad psicológica del ser individual del hombre, al que supone entregado a las pasiones, compendiadas en el egoísmo. Sin postular otra cosa que la ciega persecución del interés personal, que mueve al principio a los hombres a luchar todos contra todos; pero que, después, incita a la integración social para precaver las funestas consecuencias que reporta, llega a explicar Hobbes la constitución de la sociedad política mediante un contrato. Los hombres abdicen en absoluto de todos sus derechos; renuncian a ese **ius omnium in omnia** que sólo la fuerza física de cada uno limita, y se entregan a un poder sumo y perpetuo que los enfrene y garantice la seguridad. Más que un Derecho Natural —a pesar de alguna definición eventual que parece desviarse a esta línea— Hobbes caracteriza y enuncia **hechos sociales**. Su doctrina es un precedente considerable del más moderno e intransigente sociologismo ⁽³⁸⁹⁾.

Todas estas concepciones, acumulando experiencia de siglos, pudieran y debieran haber bastado para preparar el advenimiento de una doctrina más refinada y fecunda. Samuel Pufendorf tuvo la intuición de uno de los dos posibles caminos hacia la consecución de este resultado. Supo qué había que hacer desde entonces; pero no alcanzó a desenvolver fielmente sus propios atisbos. Su obra representa un proyecto extraordinario, malgrado en su mismo punto de partida. Conocedor bastante profundo de la Matemática, se propuso Pufendorf colorar la Ciencia del Derecho en el mismo nivel de certeza que la geometría euclidiana: Es sobradamente claro —dice— que el que trata de exponer un sistema doctrinal... deba remontarse a los principios indeficientes de donde quepa deducir proposiciones necesariamente verdaderas... Además todo sistema debe estructurarse a base de tres partes distintas. La primera comprenderá las **definiciones**, la segunda los **principios** y la tercera las **proposiciones** o **conclusiones** que de éstos puedan inferirse” ⁽³⁹⁰⁾.

Aunque el propósito de Pufendorf era muy concreto y preciso, le faltó la genialidad necesaria para llevarlo a cabo. Mostrando la diferencia que va de un filósofo a un Profesor de Filosofía, diluyó su inicial gran idea en un eclecticismo sin perspectivas. Para dar una base matemática al Derecho Natural era imprescindible deponer toda clase de prejuicios, y explorar lógicamente las diversas posibilidades abstractas de cada una de las grandes teorías iusnaturalistas para determinar por este solo medio cuáles se ofrecían y cuáles no exentas de contradicciones íntimas. ¡Había que albergar muchos géometras en sólo un hombre para dar cima a tan vasto empeño, y en Pufendorf no se

³⁸⁷ *Op. cit.* 53.

³⁸⁸ *Op. Cit.* 122 .ss.

³⁸⁹ *Sobre Hobbes vid. CARL SCHMITT: “Leviathan”, 1930; BIANCA: Diritto e Stato sul pensiero di T. Hobbes. 1946. Entro nosotros. GALÁN: Leviathan y Estado moderno, en RGLJ.. 1943.*

³⁹⁰ *PUFENDORF: Elementa Jurisprudentioe universalis, 1660. Prefacio.*

albergaba ninguno! La oportunidad perdida entonces resultó desdichada para los partidarios del Derecho Natural. Prestó armas fáciles a sus enemigos y condujo a un anquilosamiento doctrinal que iba a durar hasta nuestros días.

El sólo intento serio de renovación del iusnaturalismo no se produce, en efecto, hasta el primer cuarto de nuestro siglo. Y es un español, un extraordinario filósofo compostelano apenas conocido todavía, el que, consciente de los puntos débiles de la teoría iusnaturalista tradicional, se apresta, por primera vez. ;a revisarla a fondo, después de tantos años de rutinarias repeticiones. Ángel Amor Ruibal es su nombre.

En sus *Problemas fundamentales de la Filosofía y del Dogma*. Amor Ruibal somete a una crítica depuradora, incisiva y personalísima, las mismas bases conceptuales sobre que se asentaba la teoría clásica del Derecho Natural. He aquí sus propias palabras, difícilmente sustituibles:

”Es necesario reconocer que los elementos racionales de la Ley Natural, no constituyen por sí solos la Ley sin otro factor de carácter *positivo*, que es la *voluntad divina* como fuerza legal de obligar, de igual modo que se requiere este factor en toda legislación positiva divina humana...

Según esto, toda teoría metafísica de la moralidad impuesta como Ley exige reconocer la existencia de Dios, no sólo como Legislador, sino en cuanto autoridad intimada en ejercicio al espíritu...

Se ha sostenido... que aunque Dios no existiese (las) Leyes y Moral (naturales) serían tan fijas y tan verdaderas para el hombre como lo son actualmente, por fundarse, como las matemáticas, en relaciones esenciales de las cosas. Este modo de discurre es... insostenible... e inconducente a probar lo que se intenta. Porque, suprimido el imperativo divino, aunque quisiéramos por un momento admitir ese cuadro de ideas morales objetivadas y subsistentes que se pretende imaginar, estarían tan lejos de constituir *derechos* y *deberes*, de ser Leyes, como los principios metafísicos o matemáticos que de igual manera subsistiesen... Por lo demás, si se demostrase mitológicamente, como quiere la opinión que impugnamos, el valor de las ideas morales como algo en sí, aunque Dios no existiese, tendríamos de hecho demostrado que aún existiendo Dios, las ideas morales y todas las que se hallen en igual caso, son en su ser independientes de la Divinidad. Porque todo lo que puede existir sin Ja Causa primera, no es condicionado por ella, y debe existir con plena independencia... No cabe admitir verdadera solución de continuidad entre el orden legal natural y el positivo...

La Ley *eterna* en el sentido expuesto (por los escolásticos;), no es en modo alguno un imperativo, sino simplemente un cuadro ideal de lo realizable en el orden humano, como las leyes matemáticas y las de más leyes reguladoras del orden en las existencias posibles...

Por consiguiente, no sólo falta en ese concepto de la *Ley eterna* un elemento esencial, en cuanto no se da sujeto que la reciba, sino que, efecto de esto mismo, tampoco existe en aquélla, ni puede existir, carácter *imperativo* (que es el carácter de Ley), resultante de una relación actual e histórica de una voluntad inferior a la superior o divina...

Dos propiedades esenciales de la *Ley eterna* derivan del sistema platónico, y son aceptadas por sus seguidores no platónicos: la *necesidad lógica* de sus elementos ideales y la *inmutabilidad*, con la universalidad consiguiente, de sus preceptos. Ahora bien; esa necesidad lógica que impone una moralidad necesaria, o tiene un valor sustantivo en sí, independiente de otra entidad, o está en dependencia y subordinación a algo que le sirve de principio. En el primer caso, la necesidad lógica se convierte en necesidad *ortológica*, y en subsistencia de las ideas morales en sí propias, que es la tesis del platonismo puro, a la que van a parar los que dicen que aunque Dios no existiese, los principios morales... subsistirían... Supuesta la subordinación y dependencia de las leyes morales respecto de Dios, va no es posible establecer a priori la *necesidad interna* de aquéllas, como cuadros definidos, sino que todo se reduce a las resultantes del principio de contradicción...

Desde el momento en que desaparece el apriorismo de la necesidad lógica en el orden moral, convertido en una necesidad consiguiente y a *posteriori*, o sea condicionada por la forma concreta de la creación, dentro de lo que exige la norma del principio de no contradicción, tampoco subsiste la inmutabilidad de dicho orden, con sus consecuencias, más que en la medida condicionada dicha, y siempre con subordinación a las limitaciones impuestas por la voluntad creadora. Así se explicarían las *excepciones* que en la Ley natural, puesta como reflejo de la *Ley eterna*, se vienen a reconocer, sin recurrir a los procedimientos, ciertamente ilógicos, e insuficientes, que el apriorismo platónico impone a sus seguidores.

...Siendo en la hipótesis aludida la Ley natural una impresión de la Ley eterna, es lógico y debido que los preceptos

de aquélla estuviesen presentes al espíritu con la conciencia de su inmutabilidad, y sus confines definidos; puesto que las notas características del modelo ejemplar no pueden echarse de menos en la reproducción, sin que ésta no sea propiamente tal: y mucho más cuando se trata de una correspondencia *ontológica* necesaria, que es siempre de necesidad metafísica.

Ahora bien: esta correspondencia de propiedades no existe para la humanidad; que ni tiene conciencia de una necesidad intrínseca en los preceptos de la Ley natural, discutida y aún negada entre aquellos mismos que se consagran a su investigación, ni menos la tiene de su inmutabilidad; de igual suerte que nadie alcanza ni puede fijar cuáles son la extensión y confines de las normas legales ontológicas que se suponen grabadas en el espíritu o discernibles por medio de la razón... ⁽³⁹¹⁾.

Tras estos agudos reproches a la doctrina iusnaturalista tradicional. Amor Ruibal expone su propia teoría, rayos asertos runda mentales son los siguientes:

1º. No existen *Leyes necesarias* en sí, pues la Ley es, por esencia, relativa a un sujeto, a una criatura, racional que ha de ordenarse a un fin. y si las criaturas no son necesarias, la Ley tampoco.

2º. Ni en Dios ni fuera de El es la Ley un tipo ideal absoluto referente al orden de las cosas; sino una ordenación imperada mediante la divina voluntad, dentro de un plan que Dios se propone realizar. La actuación de la Ley compete a la voluntad, a la que es propio imperar y no al entendimiento: pero el voluntarismo absoluto y sus consecuencias quedan excluidos por 1» congruencia de la divina voluntad con el sistema ideal del mundo que ha presupuesto.

3º. Los elementos ideales que presiden la constitución del plan divino son corolario del *principio de no contradicción* en sus varias aplicaciones. Fuera de lo que este principio hace irrealizable, haciéndolo antes ininteligible, prevalece la libre ordenación de Dios, sin más tipos ideales de moralidad que los consiguientes a los planes y clases de seres que El se baya propuesto.

“Sin duda que una vez dado un sistema o plan de creación con sus Leyes morales respectivas, según los fines de los seres que lo constituyen estas Leyes son otras tantas limitaciones de acción moral; pero por lo mismo que son condicionadas por la libre elección divina, quedan también sujetas a las restricciones o excepciones que providencialmente se haya reservado efectuar no monos en el orden ético, que en el orden de las Leyes físicas” ⁽³⁹²⁾.

4º. No existe, en puridad, para el hombre Ley moral alguna anterior y superior a la *Ley natural*; ni puede decirse que el hombre quebrante ni cumpla las normas de la *Ley eterna*, que jamás le fue promulgada ni, como tal le es exigible.

5º. La Ley natural no es copia en nosotros de un tipo abstracto, sino viceversa: el tipo abstracto es derivado por nosotros de! plan de la naturaleza.

6º. La Ley natural se constituye con la *conciencia del deber de la conservación del orden existente, según el fin natural humano u el fin general de las cosas, naturalmente conocido*”.

7º. El deber y el derecho se originan sobre una representación de valores morales presentes al espíritu, como continuación del orden general del universo.

“ El Ser supremo que se manifiesta como idea y como voluntad, n mejor hace que el inundo sea una proyección de la voluntad regulada por ¡a idea, no podía menos de constituir ai hombre, dada su categoría racional, en intérprete de aquella voluntad y pensamiento. Del pensamiento, en cuanto éste aparece como regulador del universo y do las relaciones de los seres. De la voluntad, en cuando como causa del mundo y de su conservación, se revela queriendo

³⁹¹ AMOR RUIBAL: *Los problemas fundamentales de la Filosofía y del Dogma*, cit. 43 ss.. 45, 65 s., 68, 70. 74 ss.

³⁹² AMOR RUIBAL: *Op. cit.* 89.

eficazmente (y no podría dejar de ser así sin contradicción en Dios), la conservación y permanencia del universo. que es el término de su acción *ad extra*. Sólo el hombre por abuso de su libre albedrío puede quebrantar ese orden en sí mismo, en sus relaciones con los demás y con las cosas y en sus relaciones con Dios...⁽³⁹³⁾.

8º. De esta suerte, aparece la Ley natural sin otros moldes ontológicos que los que presiden la creación, como una tutela y una continuación a la vez del principio de orden en el universo. Y las Leyes positivas como suplementos y amparo de la Ley natural⁽³⁹⁴⁾.

Todo el progreso que supone realmente la teoría de Amor Ruibal se debe, con grandísima probabilidad, a la circunstancia de haber reunido en su persona, de una manera excepcional, lados condiciones de *teólogo* y de *jurista*. Pudo, así, haber tenido en cuenta los grandes progresos realizados por la Ciencia del Derecho en el transcurso de los tres últimos siglos, e. incluso, la crítica positivista del iusnaturalismo.

No obstante los aciertos magistrales que han acompañado en muchos puntos sus indagaciones, la concepción del filósofo compostelano presenta lados débiles al reparo, como vamos a ver.

En primer lugar, su definición de la Ley natural no está libre de alguno de los reproches que él dirige a la teoría de la Ley eterna. Si la Ley debe, por esencia, ser *imperada*; esto es, querida, como tal y *notificada a los súbditos suficientemente*, que en esto estriba la *promulgación*, resulta obvio que para poder hablar en este sentido de una Ley natural se hace indispensable que concurren en ella, de modo simultáneo, tres requisitos. A saber: 1º. *que sea conocida*; 2º. *que se manifieste como Ley*; 3º. *que conste juntamente su procedencia Divina*. La propia teoría de Amor Ruibal torna imprescindible este triple requerimiento.

Ahora bien, como el propio autor explícitamente confiesa, la humanidad, tomada como un todo, no puede afirmarse que tenga conciencia de una Ley natural urgiendo imperativa deberes jurídicos, pues los mismos que se consagran a su investigación, discutiéndola o negándola, demuestran ya cuan lejos está el Derecho Natural de esa inequívoca promulgación Divina que se le exige. Tocante a este problema, Amor Ruibal se ha dejado ganar por el nominalismo. Ha supuesto apriorísticamente que ciertas propiedades del Derecho positivo tenían que ser, por fuerza, compartidas por el Derecho Natural, como si aquél fuera paradigma de todo lo jurídico. Pero precisamente para adscribir una característica cualquiera *a todo el Derecho* es menester haber acreditado antes que *el Derecho Natural también la posee*.

Para llegar a hacerse cargo adecuadamente del valor y de las limitaciones de la teoría de Amor Ruibal conviene poner en evidencia una de las preocupaciones capitales que la inspiran. Sin lugar a dudas, el problema que Amor Ruibal aspira, sobre lodo, a resolver con su doctrina, que ha inquietado más que ninguno a los escolásticos, sin hallar solución coherente hasta Suárez⁽³⁹⁵⁾, es el que plantean los casos bíblicos de aparente excepción a la Ley Natural. Amor Ruibal se refiere constantemente a ellos y rechaza todas las tentativas de conciliación que aquellos autores han imaginado para explicarlos. A su vez, propone, como desenlace definitivo cée la dificultad, una nueva hipótesis. “Dios —dice— que creó el mundo y el plan que en él ha de cumplirse, puede *dispensar* de sus Leyes morales en cuanto dependen de la existencia del orden realizado, como

³⁹³ *Op. cit.* 105, 113.

³⁹⁴ *Id.* 84 ss.

³⁹⁵ *RECASÉNS: La Filosofía jurídica de Francisco Suárez, cit. cap.*

suspende las Leyes físicas, sin detrimento alguno de normas ortológicas preexistentes...”⁽³⁹⁶⁾. A este tenor, los supuestos casos de dispensa, en -que el orden natural queda en jaque, se convierten en una especie de “milagros morales”, susceptibles de multiplicación indefinida sin que la *norma* natural padezca por ello. El pronunciamiento voluntarismo de la tesis de Amor Ruibal, que, como todo voluntarismo teológico —moral obedece a la impresión que causa en el ánimo la posibilidad de que una Ley natural pueda padecer eclipse, es responsable de su exagerada “positivización” de los principios iusnaturalistas, que Dios urgiría o no según las personas y las circunstancias. Tal punto de vista desagrada vivamente. ¡Lo que debería servir como prueba de inmutabilidad, por la repugnancia fon que se vería la exención, motiva aquí nada menos que la legitimación de lodo cambio! El mismo Amor Ruibal, que se ha opuesto tantas veces, al modo upanishádico⁽³⁹⁷⁾, a la imputación a la Divinidad de nuestros criterios, incurre aquí en el propio defecto de una manera inadmisibile. ¡No cabe elaborar la teoría del Derecho Natural con la mira puesta en lo (¡que se juzga sus excepciones, sino que hay que construirla libre de todo prejuicio! ¡Mientras no se sepa, independientemente, lo que es el Derecho Natural y cuál es la esencia de sus preceptos será en vano pretender decidir si en algunos casos concretos han sido o no sus normas suspendidas! Hora es pues de intentar una respuesta a esta pregunta: ¿qué es el Derecho Natural?

Las bases para edificar una teoría iusnaturalisla de nueva planta se encuentran ya dispuestas, gracias a la extraordinaria riqueza de perspectivas que los investigadores escolásticos han acumulado para nosotros. Procuraremos, pues, una nueva versión de los antiguos conceptos que, sin renunciar a ningún ingrediente realmente valioso, contenga ya en sí la réplica a los contradictores modernos del Derecho Natural.

Dos riesgos acechan a toda teoría iusnaturalista. El uno consiste en hacer del Derecho Natural un producto *ahistórico, metaempírico, abstracto*; es decir, ajeno por completo a la experiencia. Un sistema de principios de esta índole no sería Derecho, pues lo que habría eliminado la relación *autoridad-individuo* (¡con su circunstancia!) Sin la cual, como Amor Ruibal apuntó, ningún hecho jurídico es concebible. El otro riesgo estriba en considerar el Derecho Natural de tal modo vinculado a la experiencia y de tal manera necesario que se haga de él una Ley física absoluta; y en ese caso desaparecería como *deber ser* y sería ininfringible.

El punto de vista correcto se encuentra entre los dos extremos. El Derecho Natural es un fenómeno de nuestra experiencia humana. Está ahí, puesto por Dios, en el fondo de nuestra vida social, para que ésta, y el Derecho positivo con ella, sean posibles. No vamos a dirigir nuestras pesquisas exclusivamente hacia el seno de nuestra intimidad, en consonancia con el consejo de San Agustín, sino que trataremos de ver primero como expresa la realidad el designio Divino; después nos preocuparemos de averiguar en qué condiciones se impone éste a nuestra atención y nos requiere sin excusa.

Fieles a nuestro habitual procedimiento metodológico, exploremos antes de nada las posibilidades diversas que ofrecería la realización de un Derecho Natural *dentro de los que ya son hechos* indestructibles de *nuestra experiencia*.

¿Cómo podría el Señor —tiene que ser la pregunta que nos formulemos, intentando con un esfuerzo de imaginación representarnos, en la medida de nuestros paupérrimos recursos, la norma de acción que haya adoptado la Omnipotencia divina— cómo podría, pues, el Señor, sin

³⁹⁶ AMOR RUIBAL: *Los problemas fundamentales*, cit. 115.

³⁹⁷ *Op. cit.* 98.

notificársela ni intimársela directamente a cada hombre en particular, establecer una Ley universalmente conocida, completa y obligatoria?

La primera solución que a uno se le ocurre es la que sugieren, en un examen superficial, aquellas palabras de San Pablo: “*ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis*”. Para promulgar suficientemente la Ley natural. Dios grabó sus preceptos en los corazones de los hombres. Cada uno de nosotros tiene, así, en su interior inscrita la norma del deber, que un día le será tomada como módulo de juicio.

Dios podría, evidentemente, haber obrado así; pero la experiencia *de lo que es* nos induce a pensar que no lo hizo. Si los imperativos de la Ley natural se hubieran impreso sobre nuestra alma en esa forma *concreta y actual* que postula la hipótesis que estamos examinando, entonces nos sería posible en cualquier momento repetirlos todos de corrido, sin vacilaciones ni dudas, como quien lee en una cifra que le es familiar. Por desgracia no ocurre esto. El Derecho Natural, sólo nos es potencialmente conocido. Nos vemos forzados a ir investigándolo con trabajo. Nos sorprende cada vez con la riqueza inexplorada de las nuevas prescripciones que nos va revelando ante las nuevas necesidades de la vida (³⁹⁸).

Tan pronto como se comprueba la insuficiencia de la solución anterior viene otra a las mentes; pero, por desgracia, tan insatisfactoria como ella. El Derecho Natural —se piensa ahora— podría ser extraído deductivamente de un conjunto muy limitado de primeros principios. El papel de Dios se reduciría, según esta suposición, a dejar en nosotros la impronta de tales principios o a dotar a nuestra razón de la aptitud para intuirlos y para sentirlos sobre sí como mandamientos divinos.

En esta hipótesis se ha esperado mucho (³⁹⁹). El mismo Santo Tomás ha recurrido parcialmente a ella y ha llegado —como hemos visto antes— a enunciar un supuesto primer principio. Lo era para él la máxima “se debe hacer el bien y evitar el mal”, en la que creía que todo el Derecho Natural encontraba apoyo. Pero, a la verdad, ni siquiera en la propia teoría tomista era ese el caso, pues el Aquinatense, con su “realismo crítico”, confiaba a la experiencia los elementos para la integración conceptual de “bueno” y “malo”.

El postulado práctico de que “hay que hacer el bien y evitar el mal” se enfrenta con un dilema ineludible, que es, en cualquiera de sus extremos totalmente invalidatorio. Porque, una de dos, o se funda en una definición tautológica del bien y el mal, y entonces es impredicativo; o deja ambas nociones “abiertas” y dependientes de la experiencia futura, en cuyo supuesto tampoco cabe deducir conclusión alguna de lo que es símbolo incompleto con valor veritativo ambiguo.

Para que la proposición “se debe hacer el bien y evitar el mal” pueda juzgarse completa y con sentido es menester conocer inequívocamente el significado de los términos “bien” y “mal”, del que su plena inteligibilidad depende. Pero, ¿qué es el bien y qué es el mal? Definirlos *a priori* no es posible sin que pierda la proposición su rango de primer principio. Definirlos *a posteriori* es condicionar sus conceptos por nuevos juicios, y ya no hay deducción posible.

La prueba del carácter sintético y no evidente de la proposición está en el solo hecho de que toda la ética aristotélico-escolástica, que parece partir de ella, se endereza, en rigor, a demostrar su superioridad prácticamente, tomando para eso, como proposición más general, el postulado de la universal apetencia de felicidad.

³⁹⁸ Vid. inf. núm. 8.

³⁹⁹ Cfr. CATHREIN: *Op. cit.* 58.

Esto aparte, los juristas tienen aún otra cosa que decir respecto a ese pretendido primer principio del Derecho Natural. Es, sencillamente, que no posee carácter jurídico. Y cualquiera concibe, sin esfuerzo, que el primer principio en una disciplina científica ha de ser homogéneo con los demás que la componen.

¿Qué fundamentos le quedan entonces al Derecho Natural? ¿Cómo realizó Dios la promulgación individual de sus Leyes? El Señor nos ha dado las bases para llegar fácilmente a descubrirlo. Si en lugar de consultar la Ética de Aristóteles se hubiera Santo Tomás de Aquino consagrado a apurar hasta el fin las enseñanzas que sobre el Derecho nos brinda el Evangelio, entonces n. buen seguro que habría conseguido dar la conveniente explicación a este enigma.

El Señor formuló, en efecto, la *norma-síntesis* de toda Ley natural. Y no de pasada, a lo eventual, de modo que haga falta un esfuerzo especial de la inteligencia para identificarla en el Evangelio, sino que lo hizo declarando su intención paladinamente. Así consta, puesto que el Señor dijo: “La suma de la Ley y los Profetas es esta: **Haced con los demás como queráis que hayan ellos con vosotros mismos**”⁽⁴⁰⁰⁾. Es, por tanto, evidente que se trató de compendiar aquí toda la Ley natural, considerada como un universal ordenamiento jurídico, de una manera semejante: a como el propio Señor sintetizó la Moral en el doer mandamiento de amor a Dios y al prójimo⁽⁴⁰¹⁾.

Tiene, según esto, la mayor importancia para nosotros hacer una exégesis y un estudio a fondo de las principales implicaciones ¡de osee “autosuficiente” precepto del Derecho.

Pregúntemenos, pues, cuál pueda ser el significado profundo que, sin duda, posee. Partiendo de lo más notorio, hay que reconocer que no encierra la máxima evangélica un principio para la deducción lógica, sino que plasma y pone al alcance de todas las inteligencias el más elemental *módulo de juicio*. El Señor nos ha dado con su sentencia un *criterio de medida último*, con el que saber en todo momento cómo hemos de obrar en las relaciones naturales con nuestro prójimo. Es decir, expresó con palabras insuperablemente claras lo que era ya para todos los hombres *un hecho de conciencia*, un conocimiento intuitivo-racional simple y evidente. ¿Cómo y por qué así? He ahí la cuestión clave que conviene esforzarse en solucionar ahora.

Es esencial para comprender bien el valor y la naturaleza gnoseológica del precepto evangélico observar cómo puede ser utilizado y cómo funciona en la práctica.

Ante todo, hay que consignar que se trata de una verdadera *norma jurídica*, en cuanto que regula la conducta humana que entra en interferencia con otras conductas. Por tanto, su esfera de aplicación está en el campo de las relaciones humanas que integran la vida social.

Para la aplicación práctica de esa norma es menester realizar un acto de valoración *reflexiva* sobre las propias acciones. Dado un comportamiento aliorrelativo X, su licitud o ilicitud dependerá del juicio que formularíamos sobre él si nos afectara a nosotros mismos. Es decir, que cada uno de nosotros es Juez y norma de su conducta con relación a los demás con sólo imaginar si cambiaría o no el calificativo que nos merecería una acción con una sencilla conversión del *agente* en *paciente*. “Si a mí no —viene a enunciar en su forma concreta el precepto—. a otro también no; si a mí sí, a otro también sí”. Excluye, pues, la máxima de Jesucristo la contradicción entre lo que se querría para sí y lo que se trata de hacer a otros. Por tanto, contiene un criterio racional y empírico válido para discriminar entre lo *justo* e *injusto* sobre la base de una *reflexión valorativa*

⁴⁰⁰ *Mat. 7, 12; Luc. 6, 31.*

⁴⁰¹ *Mat. 22, 37-41.*

en función del yo y el principio lógico de no contradicción. ¡Imposible hallar modo más evidente e intuitivo de llegar a la verdad jurídica, o, lo que es idéntico, a la Justicia y a la paz!

Pero no se agotan aquí las enseñanzas del precepto. Guando nos preguntamos, además, cuál sea la razón suficiente que lo sostiene, descubrimos el fundamento más profundo de todo el Derecho Natural y uno de los postulados esenciales de la Justicia. Si el principio de no contradicción puede servir como criterio de lo justo y de lo injusto es porque entre hombre y hombre media siempre a los ojos de Dios una ecuación perfecta. Dios no hace acepción de personas ⁽⁴⁰²⁾. Es padre de todos los hombres y ha establecido para las relaciones entre Sus hijos una Ley de igualdad y fraternidad. El Derecho Natural la presupone, y por eso es la igualdad un patrón de justicia.

De todo lo expuesto se colige que la sentencia del Señor expresa a qué términos puede reducirse la Ley natural. El problema consiste ahora en averiguar de qué manera, con independencia de la Revelación evangélica, pudo haber llegado a nuestro conocimiento con el carácter de un imperativo divino.

Es claro en este punto que, a pesar de su evidencia ni nosotros, debida al principio de no contradicción, la máxima “no harás a otro lo que no quisieras para ti mismo” no podría tener nunca el valor de una Ley sin constar su fuerza vinculante y su procedencia divina. Sin tales condiciones no pasaría de ser —y así lo sostenía Amor Ruibal— un mero optativo. ¿Cómo, entonces, recibe las propiedades que han de hacerla una norma jurídica? Aquí es donde vienen en nuestra ayuda tanto la Historia del Derecho como el Derecho Comparado y la Sociología jurídica.

Sabemos que el Derecho es una necesidad ineludible de la vida social humana, y que aparece por donde quiera que los hombres convivan. A pesar de estar continuamente amenazado por la *libertad* y por las *pasiones*, cuya tendencia es la anarquía o el despotismo, el Derecho no sucumbe jamás por completo, sino que es un hecho constante su predominio. Tiene que haber, pues, una gran fuerza de aglutinación que sirva de sostén a toda organización jurídica. Así es, en efecto. Tal fuerza no es otra que *la convicción universal de que la vida de los hombres es parte de un proyecto divino*.

Por un sapientísimo designio de su Providencia, el hombre se encuentra con que el concepto de la Divinidad es la atadura indisoluble sobre que toda Sociedad estriba. Y así, al par que descubre que hay como una rúbrica de Dios estampada sobre el orden social, adquiere conciencia del proyecto Divino que se entrega a su libertad para que meritoriamente preste adhesión al mismo. De este modo, la idea de un Derecho Natural penetra y se impone al espíritu. Veamos cómo demostrarlo sumariamente.

Por todas partes reina el orden en el Universo. Tanto la vida como la materia obedecen a leyes admirables que delatan una Suma Sabiduría. El azar no es más que el nombre de nuestra ignorancia. La rueda de las cosas gira al compás de una melodía eterna que Dios antes del tiempo le ha prescrito. La Naturaleza muestra por todas partes, hasta en los más mínimos detalles, la fiel ejecución de un designio. ¿Sólo la Sociedad será extraña a los cuidados providenciales de una norma Divina? La excepción sería inadmisibile. ¡La propia necesidad del Derecho prueba que hay un orden social que envuelve y domina al individuo! El hombre es libre para infringir una Ley; pero es impotente contra la totalidad invulnerable de lo jurídico. Mientras un acto determinado ataca *al deber ser*, multitud de otros, acatándolo, ponen en evidencia que existe. Si en el seno de la Naturaleza quiso Dios imprimir —aunque la ignoramos nosotros— una ley causal absoluta, en

⁴⁰² Rom. 2, 11.

la Sociedad ha dejado, como necesaria, una *Ley estadística*; una Ley que permite subsistir la libertad individual junto con la vinculación colectiva. Tal es la esencia de la Ley natural: *ser una norma que hace de la experiencia social de la compatibilidad interhumana un puro deber jurídico*. El hombre conoce esa Ley, porque la ve en la vida. Sabe que es de Dios, por que se impone incontrastable a la Sociedad sin que ningún poder humano logre destruirla.

Oleadas de revoluciones aniquilan una y otra vez en sucesión fatal en la Historia los Ordenamientos positivos. Pero la vida profunda del Derecho en la comunidad sigue su curso indemne e impasible. Pese a todas las presiones del egoísmo, el milagro moral inexplicable se realiza: en la inmensa mayoría de los casos el hombre mide a su prójimo con la propia medida que a sí mismo.

Los Legisladores humanos dictan a cada paso innumerables normas” con la pretensión de regir con ellas la vida social. Pero su empeño es vano. La vida social la van haciendo los hombres con su libertad, buscando como por instinto la Justicia. Su comportamiento mayoritario va dando fe de ese Derecho Natural que ha establecido Dios para que sirva de cimiento a toda comunidad y a todo Derecho positivo (⁴⁰³).

7. Recapitulación general sobre el ser del Derecho y definición del mismo.

Tras todos los datos recogidos en las precedentes indagaciones, y, sobre todo, tras la precisa - caracterización del Derecho Natural, estamos ya debidamente pertrechados para decidir en el problema de la ubicación ontológica del Derecho.

⁴⁰³ *Los que niegan la existencia de un Derecho Natural se fundan, en el fondo, en el argumento especioso de su ahistoricidad. Vid. por ejemplo, LASK: Filosofía jurídica (Goldschmidt)1946. 7 ss. STERNBERG: Introducción, cit 31 ss. HOLMES: Natural law, en Collected Legal Papers, cit 310 ss. COSSIO: Teoría de la Verdad jurídica, cit 150 ss. Pero todas estas concepciones se estrellan vanamente contra un concepto como el aquí mantenido.*

Para otros puntos de vista sobre el Derecho Natural, amén de los citados, vid. CABRAL DE MONCADA: A caminho de un nuco Direito Natural, 1945; O problema do Direito Natural. 1949; CORTS: Principios de Derecho Natural. 1944; LUÑO PEÑA: Derecho Natural, 1954; GALÁN: Ius Naturae, 1954; DEL VECCHIO: Derecho Natural y contrato social, en RGLJ, octubre de 1949 (y separata); Essenza del Diritto Naturale, en Re-y. Int. F. D., 1952, fase. I. II, (separata); Dispute e conclusioni sul Diritto Naturale, 1953; LEGAZ : Filosofía del Derecho, cit. 91 ss.: LECLERQ: Note sur la position actuelle. du Droit natureb, en Rev. neoscolast. Ph., 1938; MANÍGK: Wie stehen wir heute zum Naturrecht, en Arch. R. u. W. Ph. 19. MANÍGK: Die Idee des Naturrechts, 1926; MENZEL: Naturrecht und Soziologie, 1912; MEHSNER: Das Naturrecht, 1950; MITTEIS: Ueber das Naturrecht, 1948; MOOR: Das Problem des Naturrechts, 1925; OLGATI: Le problemme cln Droit naturel, en Arch. Ph. du Droit, 1933, núms. 3-4; RENARD: Théorie de l'Institution, 1930; Philosophie de l'Institution, 1939; ROMMEN: Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 1947; RIPERT: Droit naturel el positivisme juridique, 1918; RYFFEL: Das Naturrecht, 1944; STADMÜLLER: Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung, 1948; TRUYOL: Fundamento de Derecho Natural, 1949; WOLF: Das Problem. der Noturrechtslehre, 1955; WRITGHT: American Interpretations of natural Law, 1931.

El ser del Derecho no encaja rigurosamente en ninguno de los tipos “prefabricados”, que, con su afán clasificatorio, la Ontología al uso nos brinda. De seguir sus patrones, lo jurídico que daría en la esfera de un teratológico hibridismo”. En de Derecho hay, en primer término, la dura realidad de los llamados *objetos naturales*, por cuanto se presenta a nosotros, desde el punto de vista de su *necesidad social*, como un *fenómeno estadístico*.

Hay también la emotividad y el dramatismo de la *cultura*, porque el Derecho deja un margen a la iniciativa individual, teñido de valoraciones, cuyo grado no es indiferente a los hombres. Pero esto no es todo. En el Derecho encontraríamos también los correspondientes *objetos ideales y metafísicos*, como lo serían, por su orden, los proyectos humano y Divino que en él se combinan.

Es mejor abandonar los rígidos esquemas, cuya única utilidad es servir de “prisiones” a la Filosofía. Para la indagación ¡H ser, siempre inefable, no queda más que un único y dificultoso camino. Consiste en poner sobre las adjetivantes definiciones de la Ciencia la substantividad de una última aproximación intuitiva.

¿Qué es, pues, el Derecho bajo su aspecto de relación que la Ciencia puede descubrir? Lo hemos ido viendo desde perspectivas particulares; lo hemos sopesado desde sus más profundas raíces iusnaturalistas. Tenemos, en consecuencia, ante nosotros todos los datos indispensables para definirlo. Fundiendo en una sola fórmula abstracta las características compartidas por el Derecho positivo y por el Derecho Natural tendremos la apetecida definición universal del Derecho.

El Derecho positivo era para nosotros “compatibilización aliorrelativa de la libertad de un Orden constante”⁽⁴⁰⁴⁾. El Derecho Natural podemos definirlo como “la expresión normativa de los deberes incondicionados respecto a los demás, que el hombre descubre como energía Divina operante en el seno de la Sociedad para dar su estructura a ésta y concibe como un proyectó de Dios al que debe' rendidamente concurso”. Por tanto, el Derecho, que es la suma de los elementos homogéneos integrantes de los dos conceptos, encuentra en estos términos su adecuada definición: “*Derecho es la compatibilización de las acciones humanas interferentes operada a la luz de un título de atribución que persigue, dentro de un máximo de paz un orden constante*”⁽⁴⁰⁵⁾.

Tal es la fórmula que cifra científicamente' la esencia del Derecho. Enuncia que la compatibilización de las acciones humanas debe ser llevada a cabo en función de un *título atributivo*. Pero como la última expresión no es evidente de suyo ni transparente de primera intención su dependencia lógica respecto al concepto de Derecho Natural, es decir, su “venir implicada” en el mismo, resulta necesario hacerla objeto de consideración especial para esclarecer por completo su sentido.

La noción de “título” es capital para la Ciencia jurídica, puesto que sirve para poner de manifiesto tanto la *función distributiva* que desempeña como el método que el Derecho utiliza. El Derecho trata, es cierto, de conseguir la paz: pero sería superfluo, probablemente, si la escasez de bienes económicos no suscitara a cada paso una constante causa de conflictos. El instinto social es una fuerza poderosa que une a los hombres con férreos vínculos de simpatía. Si no mediara, pues, la acción de otra fuerza, de signo contrario, tendente a generar pretensiones incompatibles, convivirían en el mundo pacíficamente pequeños núcleos familiares autónomos, sin posibilidad de progreso, pero también sin necesidad de un Ordenamiento jurídico. Es la tirantez que provoca

⁴⁰⁴ Vid. *Contenido esencial de la Ciencia jurídica*, cit. 520 ss.

⁴⁰⁵ Gfr. *Estudios*, cit. 109.

la apetencia de los mismos bienes lo que da lugar a la lucha. Vano sería, por ende, el esfuerzo del Derecho para evitarla si no combatiera el mal en sus propios orígenes.

Una de las fuentes de discordia entre grupos que conviven sin Derecho es sin duda, la falta de discriminación entre “lo mío” y lo “tuyo”. Mientras no se reconoce una distribución coherente de las cosas, falta el sentido de la *propiedad* y es demasiado fuerte la tentación de la rapiña. La paz requiere, pues, que exista un criterio de adjudicación equitativo que dé satisfacción a las pretensiones inconciliables y que eche las bases para una cooperación económica organizada entre los distintos grupos que conviven. La unidad de medida originaria sobre la que se efectúa el reparto constituye el “título atributivo”. Y suele ser el *hecho de haber ocupado y trabajado efectivamente una cierta porción de tierra*. Sin embargo, no existe ninguna necesidad lógica de que esto sea siempre así. Cabe en lo posible que se adopte cualquier otro módulo distributivo. Lo esencial es que, a partir de un cierto momento, un *hecho*, deje de ser hecho, por virtud de alguna forma de convención social, y se transforme en la *norma primaria* a cuyo tenor ha de realizarse el reparto y se ha de juzgar en las dudas y conflictos que se susciten en torno a la concreta adjudicación.

Ahora se comprende ya el alcance de la definición del Derecho. No basta para poder hablar de un orden jurídico con que haya un sistema de medidas represivas capaz de evitar toda fricción. Es menester, además, que exista un criterio uniforme de distribución *que se mantenga coherente consigo mismo*. El Derecho no puede pasar sin la Lógica, porque es ésta una condición para la verdad y, por consiguiente, para la Justicia.

Sorprenderá, tal vez, que a lo largo de la precedente exposición no se haya hecho explícita referencia al magno problema de la *Justicia distributiva*. La razón es obvia. Partiendo de un convenio estipulado libremente, huelga hablar ya de reparto equitativo. Para que exista verdadera paz será preciso contentar a todos habiendo hecho auténticamente *Justicia*. La angustiada cuestión que se plantea al Derecho no estriba, pues, tanto en el acierto del criterio distributivo inicial, cuanto en *dar justa elasticidad* al mismo, para que conserve su validez pese a todos los incrementos de población. Si cada hombre, por el mero hecho de nacer, dispone de un crédito providencial sobre los bienes de la Naturaleza, el Derecho tiene que arreglárselas como sea para garantizar su efectividad. Cada niño que viene al mundo ha de significar, por tanto, una merma de los derechos de todos los demás hombres, hasta completar la parte que a él le corresponde como hijo de Dios que también es. Esto trae la consecuencia de que el contenido de los derechos naturales sea **variable en función de la población**. He ahí la explicación adecuada a las teorías de la mutabilidad de los preceptos secundarios del Derecho Natural, cuyo más alto exponente es Suárez⁽⁴⁰⁶⁾.

Desde el punto de vista de la Ciencia, el Derecho es, pues, una *forma de compatibilización*. Ahora bien, ¿qué es desde el punto de vista de la Filosofía? Falta apurar aún la más difícil de las investigaciones propuestas; pero, ¿cómo sortear los escollos innumerables que acechan constantemente en el camino? ¡Ardua empresa es aventurarse a la adivinación de la Verdad antes de que la Ciencia se termine! ¡Sólo conjeturas fundadas en la intuición y exentas de contradicciones podrán servir para ir cifrando mentalmente, más allá de sus imágenes parciales, la verdadera esencia de las realidades jurídicas! Evasivo el Derecho en el curso de su incesante transformación, no exhibe *aquí ni allí* su nuda autenticidad substantiva. Para abarcarla plenamente no bastan las apretadas ideas que se estrechan en los límites de una definición. ¡Hay que ir más allá

⁴⁰⁶ Vid. FRANCISCO SUÁREZ: *Tratado de las leyes*, cit. II, 164 ss.

de todo límite para reconstruir en vivencias concretas la grandiosa acción en que nos introduce lo jurídico!

¿Qué es el Derecho? Al filósofo le corresponde “mostrarlo” *por representación* más bien que definirlo. Por eso, vamos ahora, al modo dialéctico y poético que mejor le va a la Filosofía, a ensayar respuestas implícitas a los interrogantes cuyo desenlace aún espera. ¿No estamos, en efecto, listos para el camino?

**TRIPLE APROXIMACIÓN INTUITIVA AL SENTIDO
DRAMÁTICO DEL DERECHO**

I

DESAFUERO Y DERECHO

Remontémonos hasta mediados del siglo XVI...

Un día de violento aguacero Miguel Kohlhaas llegó a las orillas del Elba, en territorio de Sajonia, con el propósito de pasar al extranjero, para negociar, una tropilla de hermosos caballos jóvenes en los que trataba. En las proximidades del castillo señorial le cerró el paso una barrera que jamás había visto.

—¿Qué novedades son éstas? —preguntó Kohlhaas al guardabarrera, cuando acudió a sus veces.

—Un nuevo privilegio concedido a nuestro señor, el caballero Wenzel von Tronka —repuso el guardabarrera mientras le abría paso.

Y tras un breve diálogo con éste, Miguel le entregó el dinero debido y se dispuso a partir. En aquel momento, el alcaide del castillo le ordenó desde una ventana que se detuviera. Así lo hizo Kohlhaas, y a poco el alcaide se presenta preguntándole si llevaba consigo un pasaporte. El tratante quiso saber qué era eso, pues nunca había oído hablar de tal cosa, a pesar de haber cruzado la frontera multitud de veces. El alcaide se lo explicó, al par que le decía que de no obtener el documento allí mismo no podría proseguir su viaje. Ante tal advertencia, Kohlhaas quiso hablar personalmente con el señor de Tronka. Fue llevado a una sala donde el de Tronka estaba bebiendo con unos amigos. A la demanda del tratante, todos se interesaron por los caballos y quisieron verlos. El administrador aconsejó al señor del castillo que adquiriera, dos magníficos caballos negros para utilizar en las labores del campo. Pero no se logró acuerdo en el precio.

A todo esto. Kohlhaas se había olvidado del pasaporte; pero el alcaide volvió a exigirselo.

—¿Es ciertamente necesaria esa formalidad?— preguntó

Miguel, volviéndose al de Tronka.

—Sí, Kohlhaas —repuso éste—; arréglalo con el alcaide y sigue tu camino.

Pero Miguel insistió en que debía valerle su desconocimiento de la nueva reglamentación. En cuanto pasase por Dresde se proveería del documento; ahora, era de justicia que se le permitiese continuar. Accedió el señor del castillo y se disponía a entrar en su morada, cuando el alcaide tuvo una ocurrencia: ¿No sería procedente que el tratante diese alguna garantía de su promesa?

Plugo a todos la idea y se sugirió que Kohlhaas dejara en prenda los dos caballos negros. Miguel se indignó y deshizo en protestas; pero a la postre no tuvo más remedio que ceder. Dejó, pues, los caballos y a uno de sus criados para que los cuidase y siguió adelante.

Cuando después de atender a sus negocios se -personó en Dresde en la Cancillería, se informó con estupor de que la exigencia del pasaporte era pura fábula. Creyó entonces que el de Tronka le había hecho víctima de una broma y se resignó a recibirla de buen talante. Vuelto al Castillo, comprobó que no estaba en lo cierto. Su criado había sido expulsado a garrotazos y los caballos se hallaban en un estado lamentable. “Sus huesos se destacaban de tal manera en el cuerpo que se hubiera podido colgar cosas en ellos”. El pésimo trato a los animales era evidente. Kohlhaas rebosaba de ira. Se dirigió al de Tronka esperando una reparación y no la obtuvo. Al contrario, se le hizo objeto

de nuevos escarnios. Pensó ir a Dresde a pedir justicia; pero, reflexionándolo mejor, se trasladó a su propia casa para interrogar primero a su criado. Por éste se enteró de que su afrenta era aún mayor. ¡El criado había sido agredido sin provocación, con el exclusivo objeto de que tuviera que abandonar el castillo y dejara desprotegidos los caballos!

Convencido ya Kohlhaas de lo inicuo e injustificado del atropello, partió para Dresde y encomendó a un Abogado la defensa judicial de su causa. Luego se retiró a su domicilio y aguardó tranquilamente, con ciega confianza en el resultado de sus gestiones. Sin embargo, pasaban los meses sin noticias del pleito. Al cabo de un año de inútil espera, entra en fundados recelos y escribe a su Abogado. El futuro le dio la razón. Estando en Brandenburgo con su criado, a quien había llevado para que experimentase los efectos salutíferos de ciertas aguas, le entregaron una carta del jurisconsulto, contestando a la suya. Lágrimas de despecho abarcaron las mejillas del tratante al saber que su demanda se había juzgado inatendible. Y dio la casualidad de que, en aquel momento, el Corregidor de Brandenburgo, que se advirtió de la violenta emoción de Kohlhaas, se interesó por saber la clase de malas nuevas que había recibido. Miguel, por toda contestación, puso en sus manos la carta. El Corregidor, que de antemano conocía los hechos, lo alentó como pudo y le prometió interceder a su favor ante el Elector. Pero esta gestión no produjo mejores frutos que la primera. Al cabo de unos días, recibía Miguel un rescripto de la Cancillería notificándole que podía recoger cuando quisiera los caballos, no retenidos por el señor de Tronka, y que se abstuviera en lo sucesivo de promover querellas tan infundadas.

Al leer tan irritante resolución. Kohlhaas, justamente indignado, se determinó a vender todas sus propiedades y a salir del país. Como explicó a su esposa, que le preguntaba llorando por qué quería obrar así, no podía permanecer ni un momento más en un país en que no se protegían sus derechos. Iba a hacer una última apelación al soberano en persona, en cuya justicia tenía fe; pero se exilaría si fallaba. Su mujer lo atajó en su propósito.

—¡Dame el escrito! —dijo. Si verdaderamente lo único que deseas es que llegue a manos del soberano, yo te aseguro que ha de llegar.

Pero de todos los intentos emprendidos, éste fue el más desdichado: la carta llegó a su destino, si bien a un precio que nunca olvidaría Kohlhaas.

A los pocos días de su partida, la fiel Lisbeth llegó tendida en un carro, toda ensangrentada. Al parecer había intentado acercarse excesivamente al soberano y un brutal alabardero la había golpeado salvajemente en el pecho. Permaneció sin conocimiento hasta poco antes, de morir, en un momento en que, tomando una Biblia, señaló a su esposo el versículo evangélico que manda perdonar a los enemigos. Después expiró, estrechando la mano de Miguel, mientras éste juraba en su interior tomar la más completa venganza.

Lo hizo así, en efecto. Tan pronto como hubo rendido el postrer tributo a su esposa, redactó un edicto conminatorio en que, por propia autoridad, condenaba al señor de Tronka a retornarle los caballos y a sostenerlos a su costa hasta que plenamente se recobrasen. No hubo respuesta. Entonces Miguel Kohlhaas pasó a la acción. Vendió su casa; envió a sus hijos allende la frontera, dejándolos en completa seguridad; reunió al anochecer del tercer día a todos sus criados; los armó y asaltó el castillo de Tronka. Lo imprevisto del ataque garantizó el éxito. Guardabarrera y guardianes cayeron al empuje de la tropilla y, franqueada la entrada, pronto el castillo era presa del fuego en todas sus dependencias. La represalia fue absoluta y terrible: sólo Wenzel von Tronka consiguió escapar. Pero Miguel, que ardía en cólera, no estaba dispuesto a consentir que se eximiera de castigo el principal responsable de sus desdichas. En un nuevo decreto exhortó a todo el país a no prestar ayuda al de Tronka, con quien él se hallaba empeñado en una guerra justa, e

intimaba a cualquiera que le hubiera brindado asilo a entregárselo, so pena de muerte y de ver reducidos sus bienes a cenizas. Sospechando que su enemigo se había acogido a la protección de la abadesa de Erlabrunn, de quien era sobrino, remitió a ésta copia de su decreto. Y, después de haber visto engrosadas sus filas por algunos servidores del propio perseguido, se personó en la abadía sin pérdida de tiempo. Allí, por la propia abadesa, supo que el fugitivo se había refugiado en Wittenberg. Pero ni este evento ni la escasez de sus fuerzas debilitaron la resolución de Kohlhaas. En nueva proclama, tras dar a conocer los hechos, excitaba a todo buen cristiano a unírsele y hacer causa común con él. La comunidad le había segregado de su seno, al negarle la protección de la Ley, y, desde ese momento, era libre, sin deber de obediencia a las autoridades constituidas y sólo sometido a Dios.

Sus gestiones no fueron inútiles. Reunió una pequeña tropa, de unos treinta hombres, y, asentándose en un espesísimo bosque en las cercanías de Wittenberg, se aprestó para atacar a la ciudad. Dio a conocer, primero, su manifiesto en ella, e inmediatamente, al amparo de la noche, la saqueó y le prendió fuego: pero dejó en testimonio un bando reclamando la entrega del de Tronka y prometiendo, si no, aniquilar la plaza.

La consternación de los habitantes fue indescriptible. El Corregidor reunió un batallón de unos cincuenta hombres y los lanzó a la caza del incendiario. Kohlhaas los derrotó fácilmente. Y a la mañana siguiente prendió de nuevo fuego a la ciudad. Y otra vez dejó como advertencia su ya famoso manifiesto, al que añadía la relación de la suerte que habían corrido las tropas a él opuestas. Visto lo cual por el Corregidor, se puso él mismo al frente de un destacamento de 150 hombres. Dio una guardia personal a Tronka, pues el pueblo quería ya forzarlo a salir de la ciudad; estableció puestos de vigilancia en las aldeas próximas, redobló los centinelas en Wittenberg y salió a la caza del tratante pensando en deshacer su facción al primer encuentro.

Kohlhaas no se dejó atrapar. Fingiendo retirarse, separó cuanto pudo el ejército de la ciudad y, cuando nadie lo esperaba, dejó a su espalda al Corregidor, retornó a marchas forzadas a Wittenberg una noche y, por tercera vez, la hizo pasto de las llamas.

El sorpresivo ataque de Kohlhaas causó pavor y provocó tumultos. Las multitudes sublevadas querían asaltar la casa refugio de Wenzel von Tronka. Valió a éste la oportuna llegada del Corregidor y su ejército para salvar la vida. Pero el episodio que se acababa de desarrollar demostró claramente que von Tronka constituía un auténtico peligro para Wittenberg, igual que Wittenberg lo era para él mismo. El Corregidor había pensado ya transferirlo a Dresde; pero, consultado el Gobierno, se había negado rotundamente a recibirlo. Entonces, el Corregidor recurrió a una añagaza. Hizo salir de la ciudad un carruaje, cerrado por completo, bajo la custodia de cuatro soldados armados hasta los dientes, dando a entender que se dirigía a Leipzig.

Mientras tanto, el príncipe de Meissen, al frente de 500 hombres, había sido enviado desde la Corte para batir a Kohlhaas. El Corregidor de Wittenberg decidió unírsele con otros trescientos. Miguel, que a la sazón contaba ya con 109 hombres, al informarse de la amenaza que se cernía sobre él, se dispuso a compensar su inferioridad numérica mediante la sorpresa y rapidez de maniobra. Inopinadamente, al filo de la noche, cayó como un rayo contra el príncipe y con tal furia que en tres horas de lucha tenía éste que retirarse, herido de gravedad y con su ejército desmoralizado.

Aprovechando el efecto psicológico de esta victoria sobre sus partisanos, Kohlhaas se volvió inmediatamente contra el Corregidor. Lo atacó en pleno día y a campo descubierto y, aunque con grandes pérdidas, lo venció también. Hecho esto, cayó sobre Leipzig y por tres sitios diferentes le prendió fuego. Por suerte para los habitantes de la ciudad la lluvia impidió que las llamas se extendieran. De todas maneras él pánico era indescriptible; pronto se hizo extensivo a toda Sajonia,

pues Kohlhaas, con un genio militar propio de los grandes capitanes, vencía con facilidad a los destacamentos que se enviaban a hacerle frente.

Así las cosas. Martín Lutero tuvo la idea de dirigirse a Kohlhaas en un escrito reproducido en multitud de pasquines. En él, con duras palabras, negaba al tratante todo derecho a alzarse en armas a pretexto de haberle sido negado el Derecho. El soberano nada sabía de su demanda y ninguna injusticia le había infligido en consecuencia. ¿Cómo, pues, iba a ser lícita la rebelión contra su autoridad?

La respuesta a su manifiesto la recibió Lutero con viva sorpresa y temor grande cuando una noche se personó en su despacho sin previo aviso, cerrando la puerta tras de sí y anunciándose, nada menos que Miguel Kohlhaas.

—¿Que quieres? —le preguntó Lutero.

—Refutar la idea que tenéis de mí, de que soy un hombre injusto. En vuestro manifiesto, a mí dirigido, habéis escrito que el soberano nada sabe acerca de mi pleito. Perfectamente, procuradme un salvoconducto y partiré a Dresde y le someteré mi demanda.

—¿Pero qué te ha movido a obrar tan inicualemente? ¿Qué derecho crees tener? —volvió a inquirir Lutero.

—La guerra que yo he desencadenado contra el Estado es, lo confieso, un delito, si es cierto, como aseguráis, que no he sido expulsado de su seno.

—¿Expulsado? —exclamó Lutero, mirándole fijamente—. ¿Qué delirio padeces? ¿Quién pudo haberte expulsado de la comunidad estatal? ¿Cuándo, desde que hay Estados, se ha dado el caso de que alguien haya sido segregado de la comunidad estatal en que vive?

—Yo llamo expulsado de la comunidad —dijo Kohlhaas, apretando los puños— a aquel a quien se niega la protección de la Ley. Esta protección la preciso para progresar en el ejercicio pacífico de mi profesión. Más aún; por causa de esta protección me he incluido en la comunidad estatal con todo aquello que poseo. Quien me niega la protección de la Ley, me lanza a la compañía de los salvajes en el desierto y me pone en la mano la espada con que protegerme a mí mismo...”⁽⁴⁰⁷⁾.

Hasta aquí el relato de von Kleist, en apretada síntesis; Dejaremos ya las ulteriores vicisitudes de su historia entregadas a la curiosidad del lector, para discutir su “caso” como juristas. ¡De otra manera lo discutieron con el elector el príncipe de Meissen, el conde Wrede, el conde Kallhéim y Hinz y Kunz von Tronka!

* * *

El interés apasionante que despierta la historia de Miguel Kohlhaas va ligado, antes que a cualquier otra cosa, al intenso sentimiento de frustración y al coraje que desata en nosotros la despiadada

⁴⁰⁷ *En el resumen de MICHAEL KOHLHAAS he tomado en cuenta con preferencia la versión de González Vicén, aunque he tenido que separarme de ella en algunos detalles interpretativos.*

injusticia creciente que se comete con el protagonista. Kohlhaás es, por otra parte, un tipo de hombre extraordinario, en que se reconocen en seguida los caracteres de la heroicidad, y cuyos méritos hacen aún más repugnante que se le trate con tan estridente innobleza. Ni siquiera nuestra condición de juristas, con todos los prejuicios que una educación saturada —¡aún sin que lo advirtamos!— de positivismo ha infundido en nosotros, es capaz de acallar el movimiento de simpatía con que, instintivamente, nos identificamos con la reacción» violenta del tratante. Si razonamos, es posible que los hábitos aprendidos nos impulsen a resaltar las causas de reprobación a su conducta; pero si nos limitamos a sentir, todo nos parecerá natural en ella y no las veremos en absoluto. De ahí que un Juez tal vez se inclinase a condenar a Kohlhaás cuando un Jurado lo absolvería.

¿Qué particularidad tiene, pues, el “caso” de Michael Kohlhaás que hace que se pase por alto la venganza feroz y sangrienta que toma contra sus enemigos, los padecimientos que inflige a inocentes y la guerra que desmedidamente provoca? Pues el “caso” Kohlhaás tiene la particularidad, que se habrá dado en combadísimas ocasiones, de que supone la hipótesis de un hombre al cual se ha cercenado toda posibilidad jurídica. Para él es *como si no hubiera Derecho*, porque todos sus intentos de defensa legal no han encontrado más que el vacío. A su alrededor hay una comunidad organizada, viviente; existe un Estado, con todo su aparato y recursos jurídicos... Kohlhaás cree, como cualquiera, que esa cooperación social que asegura la integración política está al alcance de su mano y a su servicio. Pero cuando se dispone a hacer uso de ella ve que, como en un mal sueño, le falta por completo, hasta lo inconcebible. Kohlhaás está solo. Los hechos le demuestran que la Sociedad no existe para él: sus más legítimas pretensiones no se toman en cuenta: en la práctica, *se le ha dejado al margen del Derecho*. Con Kohlhaás se descubre, por eso, lo importante que el Derecho es. Pero se observa también su carácter humano y defectible. Nos percatamos en su “caso” de la significación, trascendentalmente dramática, que tiene el Derecho para la vida. Aprendemos cómo todas las demás estructuras de cooperación en que consiste la Sociedad no valen nada cuando desaparece su andamiaje jurídico. Pero nos informamos al mismo tiempo de que, debido a la fragilidad humana, todas las precauciones son pocas para garantizar la efectividad del Ordenamiento positivo. Contra todo lo que sostiene la mayoría de los autores se revela aquí hasta qué extremo es nulo un Derecho que se reduce a un conjunto de normas cerradas en sí mismas.

Miguel Kohlhaás no pudo sobreponerse al choque que le produjo la culpable inhibición de las autoridades que debieran hacerle justicia. Si se le hubiera concedido audiencia, si se hubiera discutido y contrastado su caso, es posible que la resolución desestimatoria no hubiera bastado para exasperarle. Lo malo fue que no se le prestó oídos siquiera. Se le despreció en absoluto, como si él no contase en nada para el Derecho. Al desentenderse de su queja, los representantes de la Comunidad le daban trato de esclavo, lo despojaban de uno de los atributos capitales del ser humano, del atributo de protagonizar relaciones sociales en pie de igualdad con cualquier otro. Era natural, por ende, que Kohlhaas se empeñase con la máxima energía en garantizarse un puesto ante el Derecho, porque este puesto expresa la diferencia que se ha marcado desde siempre entre los hombres y los brutos. Luchar por un derecho es cosa que puede tener muy poca importancia en algún caso; pero luchar por el Derecho es algo muy distinto: es luchar por lo que realmente vale en la vida.

¿Qué calificación jurídica merece, según eso, la actitud de Kohlhaas? ¿Tenía derecho a tomar por su cuenta la «defensa desatendida de sus propios-derechos»? ¿Debe ser su conducta objeto de sanción punitiva o debe declararse exenta de castigo? ¿Cómo sería tratado el caso de Kohlhaas con arreglo a algún sistema jurídico de nuestro siglo?

No es fácil para un jurista moderno enjuiciar desprejuiciadamente en tan arduos problemas. Por la fuerza del hábito, uno se coloca, con manifiesta parcialidad, en una perspectiva de fanático legalismo estatista. Se supone *a-priori* que el Ordenamiento positivo estatal es indefectiblemente aplicable y que nadie puede jamás quedar exento al imperio total de lo jurídico. El Estado es irrenunciable. Y el Derecho, ubicuo y todopoderoso, no conoce abstenciones ni padece eclipses. Hágase lo que se haga, suceda lo que suceda, el hombre carece de libertad para romper los vínculos que le ligan a un sistema de legalidad mientras continúe adentrado en la órbita de poder del mismo.

Es tan axiomática esta serie de suposiciones, que el menor cuestionamiento en torno se reputaría absurdo e inconcebible. Aún el hombre de leyes más aborrecedor del positivismo encontrará escandaloso el mero hecho de sugerir la posibilidad de que alguna vez sea de justicia considerar inaplicable todo el Ordenamiento positivo. Y sin embargo hay ocasiones en las cuales la imposición de la Ley, lejos de ser Derecho, resulta un crudo despliegue de fuerza. La objetividad del Derecho no se deja dominar por voluntad alguna y el hecho de que alguien quiera “porque sí” no basta para que exista verdadera sanción jurídica. El Derecho es forma de vida social; pero no una forma de vida social cualquiera. Al contrario. *Sólo es propiamente jurídica aquella forma de vida social que alberga íntimamente la pretensión de cerrarse a todo desafuero.* Donde un sistema normativa, no encontrándose animado por este ideal, transija con el subjetivismo del querer arbitrario, entonces no es posible, en esencia, dispensarle el alto calificativo de Ordenamiento jurídico.

El modo más práctico de percatarse de todos los complicadas problemas que presenta el caso Kohlhaas es analizarlo a la luz de uno de nuestros Códigos penales. Por razones hartamente comprensibles, vamos a utilizar al efecto el Código Penal español: vigente. ¿Cómo saldría librado Kohlhaas aplicándole nuestro actual régimen jurídico? La mentalidad de los Jueces y juristas modernos no permite augurar otra cosa que un atroz castigo. Pero, por más que la práctica jurídica se reduzca a proféticas anticipaciones, vamos a volverle la espalda por un momento con el fin de explorar lo que le sobrevendría a Kohlhaas si nos atuviéramos estrictamente a los criterios preestablecidos por nuestro Código. ¿Cómo debiera ser calificada su conducta?

No sería fácil para un Fiscal subsumir los hechos descritos en alguna de las categorías delictuales de la vigente Ley punitiva; por lo menos, sin romper con el sentido unitario de la calificación exigido por un comportamiento sin fisuras, siempre en perfecto acuerdo consigo mismo. Porque si algo caracteriza la conducta del héroe de Kleist es precisamente la unidad de resolución, la idea fija que hace que sean expresión de lo mismo todos sus actos. Un único delito debería corresponder, pues, a ese conjunto de actividades convergentes desplegadas con un solo designio. Bien. Pues intentemos dar con tal delito en nuestro Código Penal.

Revisándolo con cuidado, vamos sufriendo decepción tras decepción, por más que nos prometamos mucho en un principio-Primero acariciamos la ilusión de tener la clave al encontrar en el título IV del libro segundo un capítulo que se refiere a la *realización arbitraria del propio derecho*. Nos parece que ahí va a estar resuelto a pedir de boca el caso Kohlhaas. Pero la lectura del art. 337 nos disuade en seguida. No tiene en cuenta más hipótesis que la del acreedor que se apodera violentamente de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella. La disparidad de supuestos es de evidencia deslumbradora. Ni el leguleyo más desaprensivo la negaría.

Nuestra segunda esperanza se cifra en el delito de rebelión, puesto que al fin Kohlhaas se ha alzado públicamente, recusándose a prestar el menor acatamiento a la autoridad constituida. No obstante, al no ser admisible la interpretación analógica en el Derecho Penal, hay que atenerse

rigurosamente a los casos previstos: no se puede extender el alcance del precepto legal a supuestos semejantes o afines, sino que rige un criterio de absoluta identidad entre *hechos y especificaciones normativas*. Y, siendo así, tampoco cabe hablar de rebelión, por cuanto los objetivos que Kohlhaas persigue no son los mismos que los que enumeran los arts. 214 y 217. Miguel no se propone conseguir una escisión política; no trata de imponer una soberanía sobre la totalidad o una parte del territorio nacional; tampoco le importa sustraer a la obediencia del Gobierno a cualquier Cuerpo de tropa o fuerza armada. A él sólo le preocupa la vindicación del desafuero contra él cometido. Todo cuanto ejecuta es medio para este fin, no fin en sí mismo. Más que romper con el Gobierno, Kohlhaas lo que hace es proclamarse libre. Es como una jurisdicción exenta. Si no ha obtenido fuero estatal, tendrá fuero propio, puesto que hombre sin fuero es, a su modo de ver, algo inconcebible. No hay pues, rebelión, en sentido estricto, ni ninguna clase de alzamiento. Lutero afinaba mucho más cuando aconsejaba al Elector que tuviera al tratante por una potencia enemiga que hubiera invadido su territorio.

Pensamos luego en la sedición o en el atentado; pero sin más éxito que antes. Kohlhaas no ha cometido propiamente ninguno de estos delitos. Para que el art. 214, 4. le fuera aplicable tendría que haber actuado *con un objeto político o social*, y nada más lejos de su ánimo: Kohlhaas sólo buscaba la reparación aún pendiente del agravio que se le había inferido.

¿Vamos, pues, a limitarnos a declarar a Kohlhaas incurso únicamente en la hipótesis del art. 247 del Código Penal como autor de un delito de desórdenes públicos? Aunque es perfecto el encaje de los hechos en el supuesto legal, seguro que ningún representante del Ministerio Público se daría por satisfecho con que se impusiera a Kohlhaas la pena de arresto mayor, señalada en el Código para este delito. Al no poder englobar todos los actos del tratante en una sola figura delictiva, consideraría ciertamente cada uno de ellos por separado, con lo que la unidad patente de su conducta, desarticulada en porciones artificiales, quedaría encasillada en una multitud de infracciones distintas. Lejos de escapar a la sanción punitiva, Kohlhaas sería castigado severamente por los Tribunales modernos, a tenor de lo que el artículo 69 del Código Penal ha estatuido. En el mejor de los casos, se apreciaría en su favor una atenuante muy cualificada, la 8ª. del art. 9º.; pero eso no obstaría a la ejemplaridad del castigo.

Si, pues, nos atenemos a la legislación positiva vigente, Kohlhaas no lo pasaría bien. Salvo que se le hiciera la gracia del indulto, su caso no encontraría una verdadera comprensión en nuestro sistema jurídico. En este sentido no suscitaría ningún problema, porque no se reconocería en él nada singular ni digno de excepción: Daría lugar a un proceso penal de tantos que se deslizaría en términos de la más ciega de las rutinas.

El auténtico problema a que da lugar la calificación de la conducta de Kohlhaas no queda planteado sino después de proponer este interrogante: ¿Son competentes los Tribunales estatales para conocer en la causa contra Kohlhaas? O, expresando lo mismo de otra manera, ¿tiene derecho el Estado a imponer su propio sistema legislativo a quien se recusa con razón a someterse al mismo?

Si partimos de una concepción totalitaria del Estado, ya la duda es inconcebible. Entre individuo y Estado no existe ninguna relación que no sea de mera supeditación de aquél a éste.

No hay derechos frente al Estado. El Estado es un absoluto, y, como tal, independiente e incondicionado. Tampoco cabe problema si, con visión más propia de sociólogos que de juristas, nos preocupásemos sólo de lo que habría de acontecer *de hecho*.

Ante estas posturas radicales y tautológicas, al creyente en el Derecho Natural le es suficiente con

argüir que millones de hechos do bastan para desvirtuar un solo deber jurídico. En la práctica, sobran recursos a cualquier Estado para llevar ante el piquete a un Kohlhaas. La cuestión es si se procedería en Justicia al condenarlo. Y una de dos o el Estado no tiene deberes frente al individuo, y en ese caso es imposible disimular la realidad de un Estado que es fuerza, pero mi Derecho: o concebimos el binomio individuo-Estado como una relación bilateral, de suerte que las obligaciones y derechos guarden perfecta simetría. En este último caso va a ser extremadamente difícil desconocer que Kohlhaas, más bien que desde dentro de un Estado, ha actuado desde fuera riel misino. Si los Tribunales de Justicia han permanecido inertes a la hora en que hacían falla ¿tara defender a Kohlhaas también ahora deben permanecer inertes y abstenerse de sancionar a Kohlhaas porque se haya defendido por sí propio. Si el Derecho no rige para uno tampoco debe regir contra uno. Si el Estado —o lo que es igual, sus órganos—. inhibido ante las pretensiones del tratante, no ha existido realmente para él ¿cómo va a existir congruentemente para exigirle y pronunciarse contra él? Semejante ser y no ser es un imposible en la conciencia de un jurista no deformado por el positivismo. Entre el individuo y el Estado no hay un lazo fatal e indisoluble, sino una verdadera relación jurídica. Vamos a ver cuál es esa relación y qué consecuencias de ella derivan —cosa esencial para la resolución coherente de nuestro problema—: pero antes es menester formular una definición jurídica del Estado que exprese a la par en qué consiste, qué fin tiene y cuáles deben ser sus límites.

¿Qué es, por consiguiente, el Estado? Juristas y sociólogos disputan al respecto desde posiciones irreconciliables. Los sociólogos creen que el Estado es un hecho, un producto positivo y tangible de la realidad social que se da en cuanto hay un poder de dominación que no se debe ni se supedita a otro alguno. Los juristas entienden que situados en el terreno de lo facticio, nopodrían jamás ultrapasar la mera fuerza física. Del Estado nunca se llegaría, entonces, al Derecho. Hay que partir, pues, sí, de un substrato social, que es la base material del Estado; pero agregando a este dato puramente natural una predicación deontológica que constate el elemento valorativo que cifra su esencia.

La concepción sociológica del Estado tropieza con dos obstáculos que la invalidan por completo. En primer lugar, es hija de una Metafísica abortiva, nula en su empeño, porque echa del mundo la noción capital de deber ser. En segundo lugar, desemboca en una contradicción lógica insuperable, pues afirma una existencia dependiente de la *libertad que significa la negación de la libertad*.

En efecto: aunque los sociólogos suelen repudiar la Metafísica, su desdén no basta para hacer desaparecer la inevitable necesidad de partir de premisas metafísicas en cualquier empresa cognoscitiva. La afirmación de que la Metafísica es innecesaria *ya es una aseveración de naturaleza metafísica*, puesto que presupone una peculiar concepción del mundo —cosa sabida desde Aristóteles. Por tanto, toda Ciencia —y aún todo saber— comienza y acaba en Metafísica. Ahora bien, si el juicio que niega la Metafísica es evidentemente autocontradictorio, se sigue de ahí sin género de duda, el carácter absoluto de la Metafísica, su apodíctica universalidad: Nada, en el reino de lo cognoscible, puede quedar fuera de la Metafísica. En consecuencia, una teoría que borra del mapa todo lo concerniente al *deber ser* sin lograr reducirlo a otra cosa, es incompleta y, por ende, metafísicamente deleznable. Y que el concepto de *deber ser* es irreductible a otro alguno resulta obvio con sólo aprehender que éste consiste en una “posibilidad privilegiada que, por designio de lo alto, está induciendo desde dentro nuestra libertad”. Está a la vista, pues, de qué modo una calificación antecedente de la acción no puede disolverse en *hechos*.

Por otra parte, el Estado es un producto de la libertad; es una forma de la cooperación humana que podría muy bien no existir hoy como no ha existido en milenios de prehistoria ni existe aún en

ciertas comunidades actuales. Sea cualquiera el origen que se le asigne, ora una *imposición*, ora un *convenio*, el acto constitutivo resulta en todo caso una obra de la libertad, un, hecho contingente que se pudo haber omitido. Todavía más. Hoy mismo, el Estado se está continuamente rehaciendo. Subsiste por la aquiescencia habitual, ahora instituta e, incluso, inconsciente, de nuestra voluntad libre. Aún en la hipótesis de no haber surgido por un acuerdo deliberado, el Estado podría cesar en cualquier momento por un transacuerdo de aquellos a cuya cooperación se debe. No es, pues, *un factum*, sino algo *in fieri* y, por tanto, *ad faciendum*. En este sentido, será, si se quiere, un *deber*, una posibilidad privilegiada que conmueve intrínsecamente nuestra libertad; pero no un hecho capaz de amordazar a la libertad que lo está generando, por más que desenlacen en esta consecuencia las concepciones que del Estado profesan los sociólogos.

Porque, realmente, si prescindimos de la noción de *deber* y nos atenemos a los hechos, el Estado no sería más que una transitoria dominación ocasional con fuerza suficiente para organizar coactivamente la cooperación interhumana; es decir, un mera despotismo desatado, siempre en progresión creciente, tendiendo, por su propio dinamismo y ley de conservación, a la aniquilación de la libertad. El caso es obvio. Desaparecida la conciencia del deber, toda comunidad política degeneraría en una sorda pugna por el poder, cuyo único freno en público sería el míenlo. En esas condiciones sólo habría dos posibilidades viables: la extrema anarquía o el absoluto despotismo: la existencia de una Comunidad dependería, pues, de la negación de la libertad. Inútil es decir que en tales circunstancias, con todas las fuerzas sociales trabajando solapadamente contra él, ningún poder sería capaz de resistir a la larga. ,

Resulta, de ahí, que los sociólogos, al desconocer la realidad deontológica del Estado, quedan incapacitados para compenetrarse con su esencia. Nunca podrán, así, explicar satisfactoriamente los fenómenos político-jurídicos; por la sencilla razón de que están *inmovilizando un devenir*. El concepto que del Estado propugnan no es aplicable a una institución que ha evolucionado desde formas ancestrales embrionarias, y que continuará seguramente en proceso de transformación hasta alcanzar grados de desarrollo imprevisibles. Vale *aquí y ahora*, nada más; puesto que, si nos contentamos con la noción que ellos proponen, el Estado comenzaría bruscamente —desde que su definición es aplicable— y terminaría también bruscamente —desde que su definición no lo sea— si es que antes de llegar esa fecha no se hubiera corregido la definición.

Hay todavía otro inconveniente muy grave en la definición sociológica del Estado. Sin ninguna referencia ética es imposible distinguir una partida de ladrones y dicho organismo político, ya que todas las características externas de una y otro son compartibles. Ambos pueden ser estructuras de cooperación, basadas en la fuerza, y cerradas por la fuerza en sí mismas —al menos, *de hecho*—. Y si se dice —a título de excepción— que a un bandido le cabe siempre la posibilidad de invocar la protección del Estado para librarse de la tiranía de los demás, dos réplicas son contundentes: la primera, que de nada le serviría esa posibilidad mientras no lograra realizarla *de hecho*; la segunda, que, en el peor de los casos, ese mismo recurso lo tiene también el súbdito de un Estado moderno ante otros Estados, pues no podemos olvidar que el principio de *no intervención*, al desaparecer toda idea de deber, no sería más que materia de hecho y no decidiría nada.

En resumen: la concepción puramente sociológica del Estado es inexacta. Hay que completarla añadiéndole un contenido ético.

A este objeto, si consideramos que compete a la Sociología el estudio de toda clase de estructuras de cooperación, siendo una de tantas el Estado, podremos con facilidad definir éste, atendiendo

a su género próximo y última diferencia, como “una estructura de cooperación en que la fuerza que la mantiene siempre está supeditada y enderezada al Derecho”. O. más en síntesis, Estado es “el poder humano organizado cerradamente como Derecho”.

Esta definición, combinando elementos sociológicos y jurídicos, parece contraria al principio de pureza metódica, exigido, con tanta razón, por la Escuela Vienesa del Derecho. Pero no hay tal. Ni el Derecho es meramente normas, ni el Estado se confunde con el Derecho. Ciertamente que *el Estado es el Derecho que es*, con todas sus deficiencias y fracasos; pero, en cambio, el Derecho es mucho más que la pobreza de su situación actual. *El Derecho es el Estado que debe ser*. Un Estado, en verdad, que se asemejará tan poco al que padecemos en nuestro tiempo como el germen al ser adulto o la semilla al árbol. Simplemente, porque se habrá desentendido de la idea de una soberanía personalista y de la pretensión de hacer la Política por la violencia. Lo cual ha de ocurrir en gracia de un fenómeno social que sigilosamente ya se ha iniciado: el fenómeno de la impersonalización de la autoridad y el Derecho. En seguida nos ocuparemos de esta importantísima cuestión, que tan brillantes perspectivas anuncia; pero, por el momento, conviene parar mientes en ciertos aspectos de la reciente teoría sobre el Estado.

Según es sabido, una de las afirmaciones capitales de Kelsen y su Escuela ha dado en mantener la más absoluta identidad entre el Estado y el Derecho. Este punto de vista, tan aparentemente contrario al sentir común, no era más que la culminación consecuente de la tesis positivista tradicional. Si el Estado ostentara realmente el monopolio del Derecho, y si, no existiendo más Derecho que el positivo, todo acto de autoridad, formalmente válido, hubiera de ser calificado como de naturaleza jurídica, no se ve modo de excusar la conclusión, lógicamente ineludible, de que el Estado y el Derecho fueran una y la misma cosa. En esto, como en casi todo, Kelsen fue mucho más lógico que todos sus adversarios.

El error de su doctrina no radicaba en los consiguientes, impecablemente deducidos, sino en los postulados que se habían hecho valer como premisas. En el fondo, toda la concepción kelseniana del Derecho político reposaba en la creencia de que las normas jurídicas eran formas arbitrarias de imputación a ciertos actos de ciertas consecuencias coactivas. La autoridad tenía el tacto de Midas para crear libremente el Derecho. Todo acto de autoridad, engranado en la cadena de los deberes antecedentes y fundamentales, sería, de por sí, Derecho, y viceversa. Eficacia del orden jurídico y Poder del Estado eran todo uno. Por tanto, el Derecho tenía que ser concebido como mera normatividad o, lo que era igual, como un agregado de deberes impuesto por el solo beneplácito del poder social decisivo. Semejante fórmula de un Derecho desubstancializado, con una carga deontológica postiza, gravitando sobre él inútilmente, tenía que servir de incitación a una corriente del más crudo sociologismo. Por eso no es extraño que a la teoría pura del Derecho haya sucedido, sin verdadera solución de continuidad, la Escuela Escandinava, que, aunque parece tan opuesta e irreconciliable con ella, no es más, si se repara bien, que su contrafigura sociológica; es decir, una teoría pura con el signo cambiado, donde en lugar de *deber ser* se lee *siendo* ⁽⁴⁰⁸⁾.

La equivocación inicial de Kelsen fue, pues, una muy grave. Separó tan herméticamente los mundos del *ser* y del *deber ser* que no llegó a advertir que este último tenía sus peculiares características ónticas, un “*ser*” *propio* y que por ello, también “*era*”, según su manera especial de ser Kelsen despreció la Metafísica, y la Metafísica se ha vengado haciéndole dar este traspiés. Lo edificó todo sobre las normas; pero no penetró con acierto en la esencia de las normas jurídicas.

⁴⁰⁸ *Sobre la Escuela Escandinava vid. supra.*

El creyó que las normas jurídicas no eran más que *esquemas de interpretación* debidos a un acto jurídico cuyo valor y significación, arrancaba, a su vez, de otra norma. “El que sea Parlamento una reunión de hombres y el resultado de su actividad una “ley”, en otros términos, el que dichos sucesos tengan esa “significación”, indica sólo que la situación de hecho integral corresponde a determinados preceptos de la Constitución. Es decir: que el contenido de un acaecer efectivo concuerda con el contenido de una norma cualquiera supuesta”⁽⁴⁰⁹⁾. Pero lo característico de la norma jurídica era la imputación deontológica, el *deber ser* que vinculaba una consecuencia a una condición jurídica. La sinopsis “si es *A*, *debe ser B*” cifraba satisfactoriamente su punto de vista. Por lo demás —añadía Kelsen— el deber ser se daba como una categoría relativamente apriorística para la aprehensión del material jurídico empírico. Aunque la norma, de todas suertes, así contrapuesta a la Naturaleza, seguía siendo para Kelsen el objeto del conocimiento jurídico. (Cossio más lógico, le ha enmendado, no sin razón, en este punto.)

La verdad es otra. La esencia de la normatividad no está en ese supuesto *deber ser* aético que Kelsen imagina, sino en la enunciación *verdadera* de una posibilidad privilegiada, *en su razón de ser específica*. Es decir, las normas son ante todo *proposiciones que expresan un modo o modos adecuados para lograr una determinada finalidad*.

A pesar del anacronismo que hoy representa, sigue siendo costumbre entre los juristas contraponer la *norma* a la *ley natural* y señalar como factores distintivos entre ambas el hecho de ser la *ley* expresión de una relación causal, apodícticamente necesaria; y, en cambio, la *norma*, forma de eventos contingentes entregada a la libertad. Aún olvidando que la física moderna, a partir de la *relación de incertidumbre* de Heisenberg, se ha desentendido del concepto de relación causal⁽⁴¹⁰⁾ y lo ha reemplazado por el de inferencia probabilística, tal apreciación es, incluso, inexacta por lo que se refiere a la esencia de lo normativo, pues la libertad, como hecho, no afecta para nada al puro enunciado —verdadero o falso según su mismo contenido— de ser ésta o la otra la forma más idónea para conseguir una finalidad. Sólo subjetivamente es reductible la norma a un *deber ser*. Pero ya se sabe que la consideración subjetiva no es precisamente la que tiene validez científica. No es lo que importa lo que una persona *deba hacer* ante una cierta conducta de otra persona. Lo verdaderamente importante es lo *que tiene que hacerse*, en términos generales, para que, a pesar de ciertos actos antisociales, no sobrevenga la ruptura de la vida común. El auténtico esquema que da completo sentido a las normas jurídicas es éste: “para la paz social, al suceso *A* tiene que seguir en la mayoría de los casos la reacción *B*”. Enunciada así, la norma jurídica aparece como una proposición completa, susceptible de *verdad* o de *falsedad*, cosa imposible en la estricta versión kelseniana; pero, en cambio, la imputación deontológica se esfuma.

Esta nueva visión del concepto de norma jurídica introduce en la Ciencia del Derecho perspectivas trascendentales de carácter revolucionario. En primer lugar, la norma jurídica goza de la misma objetividad y de la misma accesibilidad empírica que las leyes de la Naturaleza, con lo que es posible establecer una Ciencia de la legislación tan rigurosa como otra cualquiera pueda serlo.

En segundo lugar, no basta con que una proposición lógica adopte la forma de una ley para que sea una verdadera norma jurídica, como tampoco basta con enunciar una ley natural para que lo sea realmente. La ley natural no lo es tanto por su pretensión cuanto por su correspondencia con los hechos. A la norma jurídica le ocurre lo propio. Para ser tal, tiene que resultar la expresión

⁴⁰⁹ *KELSEN: La Teoría pura del Derecho, cit., 30 s.*

⁴¹⁰ *Vid. LOIS: Estudios, cit. 174 ss.*

verdadera de una situación estadística mayoritaria. Dicho de otro modo: una norma *en el papel* no es más que una suma de palabras. Para que adquiera valor jurídico tiene que ser acatada en forma” dominante, hasta el punto de constituir una verdadera *regularidad facticia*. Más aún. Una norma falsa no puede llegar a tener jamás carácter social dominante. La razón es patente. La proposición jurídica es falsa cuando, contra lo que pregona, no consigue producir paz social. Por tanto, sembrará discordia. Ahora bien: siendo esto así, no cabe duda de que una norma semejante no puede ser vivida en efecto por una Comunidad en amplias proporciones, pues antes de que eso aconteciese habría tenido que producirse la desarticulación social. Luego el Derecho no resulta exclusivamente del arbitrio legislativo, sino de incesantes sondeos, tomas de posición y reajustes entre la autoridad y los súbditos. Ni que decir tiene, por tanto, que a la luz de este concepto de norma jurídica el Derecho no se resuelve en normas, ni tampoco Estado y Derecho, en su sentido kelseniano pueden coincidir. Ni el Estado ni el Derecho son obra de una fuerza social hegemónica. Son, como hemos dicho, complejas estructuras de cooperación en que todos los miembros de la Comunidad, en grado variable, participan. De ahí la *impersonalidad* del Derecho, cuya génesis no cabe explicar con pronombre personal alguno, sino que hay que afirmar que *se hace*, que *resulta*.

En tercer lugar, el Derecho ya no es mera forma desprovista de contenido. Hay también una *materia jurídica*. No bastará, pues, con que una proposición cualquiera se introduzca en un cuerpo legal y se sancione su infracción para que alcance el rango de norma jurídica. Esta ha de ser una proposición susceptible de verdad o de falsedad y por ello, ha de referirse necesariamente a los actos de cooperación sobre los que está edificada la convivencia. Que sea Derecho no queda ya dependiendo del capricho del Legislador, sino que ha de saberse como consecuencia de una seria indagación científica.

Así las cosas, superados ya los errores positivistas, podemos reemprender las investigaciones interrumpidas. Volvemos para ello a la definición del Estado a que nos han conducido nuestros razonamientos. Definición que como hemos visto, integra la noción de Estado mediante una combinación de *poder* y *Derecho*. Bien; pues con esta definición presente, preguntémonos qué alcance se le ha de dar, y de ahí, qué calificación merece el caso de Kohlhaas cuando se lo enjuicia desde fuera de los prejuicios positivistas

Un examen meramente superficial de los términos utilizados al formular aquélla nos enseña ya que la condición necesaria y bastante para dar par existente un Estado es la existencia de un *orden jurídico autosuficiente*. (El *poder* queda sobreentendido aquí pues la efectividad de cualquier *Ordenamiento positivo* descansa en la fuerza). Ahora bien; si como hemos visto, hay porciones de la vida jurídica que están substraídas por naturaleza a la acción de cualquier *poder personal*, resta por saber, y es capital para la auténtica comprensión del concepto, cuál es el Derecho que está consustancialmente unido al Estado y que por consiguiente, expresa y agota su esencia. Nada mejor para este propósito que reevocar una interesante experiencia imaginativa que hemos ideado en otra ocasión. “Supongamos —escribíamos entonces— que entre todos los comerciantes e industriales de un país se tomara el acuerdo de constituir un organismo general de gobierno, al que se confiriesen amplias facultades de dirección y ejecutivas. Como consecuencia, son promulgados unos estatutos conteniendo una detallada regulación de los actos mercantiles, de la forma y tipos de protección jurídica y de las sanciones que han de ser aplicadas en caso de infracción. Todos se han comprometido a someterse en sus litigios a las resoluciones de los propios Tribunales, so pena de expulsión y riguroso ostracismo. Por otra parte, supongamos también que el procedimiento ante estos Tribunales sea más rápido, más económico dotado de mayores posibilidades de investigación y prueba que el de los Tribunales estatales y de sanciones más enérgicas. Por obra y gracia de estos supuestos, la consecuencia inmediata sería la anquilosis e invalidación práctica efectiva del Derecho mercantil estatal. Ahora bien, el régimen que lo substituye ¿no sería un régimen jurídico?

No me parece que exista quien se pronuncie por la negativa. Pero, por si lo hubiera, extremaremos las suposiciones hasta obligarle a cambiar de opinión. Imaginemos ahora que, a imitación de ese gigantesco sindicato mercantil se constituyen una serie de sociedades que se reparten entre sí toda la población del Estado. La pertenencia a ellas es ineludible. El Estado (a quien lo que interesa del Derecho es el orden), autoriza la existencia autónoma de los diversos grupos sociales, íes abandona sus propios poderes jurídicos, y pasa de ser un regulador de conflictos interindividuales a ser un regulador de conflictos intersociales. ¿Habrá desaparecido con esto el Derecho privado? A tener que sostener tal incongruencia conduciría la negación de un Derecho extraestatal” (411).

Esta suposición, que podría ser variada en forma drástica, ya que cabría realizarla en la vida *aún a despecho* de la resistencia del Estado, prueba suficientemente no sólo que el Estado y el Derecho no son idénticos, sino también que no todo Derecho es de monopolio estatal. Existen sectores en el Ordenamiento jurídico de los que puede apoderarse la Sociedad en cualquier momento, sin que el cambio hubiera de calificarse siquiera como de carácter revolucionario. No quebrantaría la lógica de los antecedentes (412), por la sencilla razón de que se hubiera producido dentro de las posibilidades que ofrece actualmente el Derecho. Mientras el ejercicio de la pretensión procesal sea en una materia de la exclusiva incumbencia de los particulares, éstos tendrán un absoluto control sobre ella y, de acuerdo entre sí, la regularán a su arbitrio sin que el Estado, sin trastornarlo todo, sea capaz de impedirlo. Estamos en la órbita del Derecho privado, donde la soberanía, es decir, la última palabra decisiva, queda, -por esencia, en manos de los particulares. Tanto es así, que si el Estado quisiera, por ejemplo, frustrar un acuerdo colectivo como el que hemos imaginado entre los comerciantes, tendría que ir haciendo, -por su orden, las siguientes cosas: 1ª. que sus Tribunales intervinieran de oficio en cualesquiera litigios sin necesidad de excitación de parte, lo que implicaría convertir la pretensión privada en pública; 2ª. negar, en consecuencia, la *disponibilidad privada* de toda clase de derechos subjetivos y su *renunciabilidad*, pues mientras ambas existan el ejercicio de la pretensión procesal no puede ser materia de Derecho público; 3ª. prescindir del principio de autonomía de la voluntad, de la propiedad privada y de todo derecho subjetivo, pues, al fin, su esencia estriba en la disponibilidad, y 4ª. planificar totalmente la Sociedad mediante un sistema imperativo no atributivo que reduciría al cero absoluto la libertad. Como se ve, podemos estar tranquilos, pues tales condiciones son inasequibles, sea cualquiera el grado de despotismo que se ponga en juego para cumplirlas.

La conclusión es fácil. El Derecho autosuficiente al que se refiere nuestra definición de Estado no es más que el Derecho público; es decir, el Derecho que legitima, frena y encauza el ejercicio del Poder o, con otras palabras, *la forma que debe revestir toda aplicación de medidas constrictivas a la libertad para que no degeneren en puro desafuero*. No hay términos medios: La coacción es o *fuerza bruta* o *Derecho*. Será fuerza bruta cuando, en cualquier instante se desprenda de la atadura normativa que escalona lógicamente el Derecho a partir de su principio fundamental. Será Derecho cuando sin solución de continuidad esté expresando el método de compatibilización idóneo para que reine la paz entre los hombres.

Por consiguiente, dondequiera que se acredite que la fuerza anda ya sola, sin la compañía

⁴¹¹ *Id. op. cit.* 243 ss.

⁴¹² *El concepto de revolución como libertad contra la lógica de los antecedentes, a que aquí se alude, .se debe a Carlos Cossío en su obra sobre “El concepto puro de revolución”, Barcelona, 1936, págs. 44 ss 46 y sig. Para una exposición de otros puntos de vista sobre ese concepto vid. FERNÁNDEZ DE LA MORA: Maetz y la teoría de la contra-revolución, Madrid, 1956.*

legitimadora del Derecho, la aplicación de la coacción debe ser suspendida. Si la infracción normativa que ha producido la desviación es reparable, porque cabe volver atrás y rehacer lo mal hecho, es posible que quepa todavía aplicar justamente la medida de ejecución. Pero cuando la ruptura de la continuidad jurídica se ha efectuado de un modo tan absoluto e irreparable que llega a significar ni más ni menos que la abdicación del cometido primario del Estado, tal como ha acontecido en el caso de Kohlhaas, entonces la fuerza se verá, contra él, desamparada para siempre por el Derecho. Cabe luchar contra Kohlhaas y defender a la Comunidad contra sus ataques actuales. Pero ningún Tribunal es competente para juzgar a Kohlhaas, porque ningún Estado puede contarle, entre sus súbditos o residentes. (Jomo el Cid extrañado, que legítimamente conquistaba tierra de moros para sí, el territorio en que Kohlhaas se encontrase con su tropilla era su propio Estado conquistado, y ningún Tribunal de ningún Estado beligerante puede juzgar legítimamente a tenor de sus normas, al ejército enemigo que se le vino encima. Kohlhaas, puesto una vez fuera del Derecho, no puede ser traído violentamente al Derecho sin hacer trizas a la Justicia. Del mismo modo, una tentativa revolucionaria a la que se haya dado causa justa no puede ser reprimida jurídicamente cuando fracase, porque, en el Derecho actual, no hay Juez *supra partes* que imparcialmente dirima el conflicto.

* * *

¿Navegamos por aguas de Utopía? Pudiera ser que sí, mientras la Humanidad no adquiera conciencia de sí misma. Pero. a fuerza de tiempo, hasta los hombres llegan a aprender. Y en cuanto deduzcan de la Historia que el Poder personal tiende irremediablemente al despotismo y en cuanto de la Ciencia del Derecho colijan —como está aconteciendo —que no es indispensable encomendar a ningún Poder concreto el ejercicio de la función legislativa, la conclusión —inminente— se obtendrá en seguida. No será la Política un cometido de Poder; no será el Estado una presencia todopoderosa y ubicua, una viceprovidencia universal por la que sij pague un precio desmedido. Será una Comunidad jurídica que medianil investigaciones científicas neutrales se irá dando las normas que le permitan mantener una convivencia pacífica.

II

UNA PEQUEÑA LLAMA

(SOBRE LA QUIEBRA DEL VOLUNTARISMO JURÍDICO)

Algunos años hace, cayó en mis manos la traducción española de una novela de Cecil Roberts que llevaba el sugestivo título de “Una pequeña llama”... Yo había leído ya alguna otra producción del ingenioso y verista escritor inglés y aunque había admirado extraordinariamente la naturalidad de su estilo, tal vez no hubiera iniciado la lectura de otra de sus obras, a no ser por la enorme atracción que este título ejerció sobre mí. Tras él, ¡creí adivinar tantas cosas...! Confieso ahora que la novela no justificó mis esperanzas. Sin embargo, encontré en ella una frase tan hondamente poética, tan valiosa desde el punto de vista simbólico, tan incitante y fecunda, que era más que suficiente por sí misma para dar la más cumplida satisfacción a mis exigencias. Si mal no recuerdo, he aquí aquellas pocas palabras impresionantes:

“No hay tinieblas bastantes en el mundo para ocultar la luz de una pequeña llama.”

Yo no sé por qué al intentar una revisión actualista de la doctrina jurídica de Santo Tomás, esa frase se ha presentado súbitamente a mi conciencia. Santo Tomás de Aquino no fue, por ningún concepto, una pequeña llama. Albergaba en sí una mentalidad ardiente, llena de intrepidez y fuerza. Junto a su delicadísima sensibilidad y a su carácter apasionado y vigoroso, latía en él una imperturbable serenidad de juicio que le reclamaba imperiosamente la más estricta sumisión a la Lógica. Santo Tomás de Aquino no fue una pequeña llama. Fue un resplandor tranquilo y equilibrado de inteligencia y de sagacidad, llamado a iluminar el mundo en aquella hora sombría que sobrevino tras el ocaso de la cultura griega.

* * *

Hace poco tiempo entró en funciones en Monte Palomar el telescopio más poderoso del mundo, cuyo reflector sobrepasa los cinco metros de abertura. Cabe prever que con su auxilio el universo podrá sondearse hasta la inconcebible distancia de unos 3.000 millones de años-luz. Cuando esto se logre, el hombre habrá conseguido contemplar como presentes acontecimientos ocurridos hace todos esos millones de años. Durante tan increíble lapso de tiempo, la luz procedente de remotísimas galaxias, ha venido ondulando a través del espacio hasta llegar a comunicarnos su mensaje. Las tinieblas acumuladas a su paso no han sido capaces de ocultarla.

Tal vez abrumen estos números por su inconcebible grandeza; pero es posible reemplazarlos por otros más fáciles de imaginar. ¡El gigantesco reflector de Monte Palomar haría visible una vela a 62.000 kilómetros de distancia! ¡62.000 kilómetros de tinieblas que no bastan para esconder una tenue chispita de luz!

Muchas veces, recordando la vivida expresión de Cecil Roberts, he pensado que la Verdad se parece, muy a menudo, a una llamita insignificante, tan débil, tan temblorosa, tan tímida, que cualquiera creería que se mantiene encendida solamente por virtud de un milagro. Y no obstante... Las tinieblas de la ignorancia o del error se agolpan en vano en torno a ella. Tarde o temprano,

como la luz, las desgarras y hiere los ojos...



Un día Santo Tomás de Aquino enseñó una doctrina acerca de la Ley y el Derecho. Rebatido el voluntarismo jurídico, sostuvo el “Aquitanense que el Derecho no podía ser la obra arbitraria de una voluntad, sino *un producto de la razón* destinado a ordenar la conducta humana con miras al bien común. Aquella doctrina, sagaz y prudente, subordinaba a un Derecho natural el 'Derecho positivo de todos los pueblos; remitía todas las normas humanas a una Norma suprema, dotada de objetividad racional, que habría de ser el norte de la Justicia y la última fuente del Derecho. El arbitrio de los legisladores quedaba contenido, así, dentro de ciertos límites. Ninguna autoridad humana podría ya recabar para sí una obediencia ciega o una sumisión absoluta. Las leyes y costumbres demandaban una calificación adicional de *justas* o *injustas*. Estas últimas podían ser desobedecidas y, en ocasiones, *hasta deberían serlo*.

Un tiempo pudo parecer que las palabras del mayor filósofo católico se hubieran pronunciado en balde. En primer lugar, la Filosofía experimentó el advenimiento de fieras corrientes voluntaristas. El nominalismo vino a propugnar la escandalosa tesis de que toda Ley y todo Derecho no son más que la expresión de la voluntad del que manda. El bien y el mal, lo justo y lo injusto, ya no son, en esta teoría, arquetipos inmutables ni distinciones esenciales imprescindibles. Son determinaciones accidentales que la voluntad soberana ubérrimamente estatuye. Un Ockham o un Nicolás de Áutricuria llegaban a decir, arrastrados por esa creencia, que el robo, el homicidio, el adulterio, y hasta la blasfemia, no eran intrínsecos e inevitablemente malos: Siempre le cabría a Dios la posibilidad de convertir la prohibición en mandato, y, a merced de la orden divina, lo que antes hubiera sido pecado se convertiría en una acción santa y meritoria.

En segundo lugar, la Filosofía moderna, inicia, a partir de Descartes, una ofensiva a fondo contra la Escolástica. Santo Tomás va siendo relegado poco a poco. En el campo jurídico, un Marsilio de Padua, un Maquiavelo un Hobbes reafirman las concepciones absolutistas del Poder. De nada sirve. La llanita de la Verdad retoña nuevamente. Y aparece la Escuela del Derecho natural, que mantiene alguna de las ideas-clave del tomismo.

Una nueva pausa... Una sacudida temblorosa en la llama, que sin embargo, no la extingue. Y después...

Santo Tomás de Aquino había estudiado el problema de la Ley natural desde la perspectiva abstracta en que se suele situar el filósofo. La Moral y el Derecho habían sido tomados por él en conjunto. No había intentado descender a los detalles, ni mucho menos pretendió efectuar una investigación científica de los principios yusnaturalistas básicos e inmutables. No indagó tampoco de qué manera convendría armonizar las relaciones entre autoridad e individuo. Su posición no era ni la del político ni la del jurista práctico. Cuando la autoridad abusara de sus prerrogativas ¿cómo reducirla al deber? Y antes aún ¿cómo evitar que llegaran a promulgarse y a ejecutarse leyes injustas? Estas cuestiones no solicitaron directamente la atención del Aquilariense. El orden especulativo puro no las implica y pasan a segundo plano para el interés del filósofo. Santo Tomás dejó -sentado que existía una Ley natural, a la cual el Derecho positivo debía plagarse. Pero ni él ni sus sucesores consiguieron fijar a satisfacción el contenido concreto de la Ley natural. Peor aún. Ni siquiera caracterizaron el procedimiento adecuado para, discriminar sin ambigüedad cuando

una institución pertenece al Derecho positivo, circunstancial y contingente, o al Derecho natural necesario e inmutable. He ahí el motivo que explica el fracaso de la concepción yusnaturalista y el cambio de orientación que después se produjo.



Una de las obras más singulares y grandiosas de la Literatura universal, el Prometeo Encadenado de Esquilo, plantea a la conciencia humana —acaso por obra del azar— uno de los más acuciantes enigmas. De las tres tragedias que componían la trilogía, una sola ha llegado a nosotros. Ahora que —¡eso sí!— la circunstancia de su aislamiento del conjunto ha hecho que el argumento de la tragedia conservada sea como la frontera de un misterio obsesivo. Prometeo, el Titán hijo de Temis, roba del cielo el fuego y lo comunica a los hombres. Júpiter en castigo, ordena a Bía, Gratos y Hefestos que lo amarren a la roca del Cáucaso. La tragedia que nos ha quedado de Equilo comienza en el momento de llevarse a ejecución el decreto de Júpiter. Luego, Prometeo, encadenado ya explica a diversos interlocutores las causas que produjeron el enojo del Cronida. Por último, predice la derruía futura de Júpiter. “Asiéntese ahora —exclama— muy sosegado y seguro en su trono; confíese en el tonante estampido que retumba en las alturas; vibre en su diestra el rayo igniespirante. De nada le servirá lodo eso para evitar que un día caiga con ignominiosa e irreparable caída. Cuando se estrelle contra su desgracia, entonces aprenderá cuánto va de imperar a ser esclavo.” Tras esto, la obra genial queda interrumpida en una especie de interrogación al destino.

¿Qué simboliza el mito de Prometeo? ¿Qué interpretación debe atribuírsele? De todas las que conozco, ninguna resulta convincente. Y sin embargo, me parece a mi que el sentido oculto del símbolo no es tan opaco que no- pueda desentrañarse. Y creo que vale la pena entretenerse un poco en su exégesis, porque encierra para nosotros una lección de suma importancia. Prometeo representa la razón, la inteligencia constructiva, la Ciencia. Júpiter es la encarnación del despotismo, la imagen más acabada del tirano. Ha sabido recurrir a Prometeo, es decir, a ¡a razón y al Derecho, para alzarse contra su padre Cronos y apoderarse de! imperio celeste. Pero después, como suelen hacer los tiranos, prescindió de la razón y de la Justicia en cuanto le convino. Para no ligarse a otra norma que la de su capricho, se deshizo después inicua mente de Prometeo; sólo porque le recordaba los límites que no debía traspasar su poder. Prometeo encadenado simboliza la libertad perdida; la libertad que padece su eclipse total cuando los criterios de razón que deben inspirar el Derecho son reemplazados por un caprichoso voluntarismo.

El mito de Prometeo no evoca una situación dramática inactual. Si aún hoy a pesar de no ser enteramente comprendido, ejerce sobre nosotros una atracción profunda y poderosísima, es porque la intuición adivina tras él una eterna verdad humana, una realidad psicológica de todos los tiempos. El problema embozado en la tragedia de Esquilo es el mismo que preocupada a Santo Tomás y es el mismo que nos preocupa hoy a nosotros. Es el problema constante de las relaciones entre la *libertad* y el *poder*, entre la *fuerza* y el *Derecho*.



El hombre ha adquirido en nuestros días la evidencia de una crisis radical, que afecta a todas las instituciones sociales. Se ha percatado como nunca de la tremenda inseguridad en que vive. El progreso científico y técnico ha incrementado su poder hasta límites jamás concebidos. La naturaleza yace esclava ante su? pies: todas sus potencias han sido dominadas y aprovechadas. No obstante, a pesar de las maravillosas conquistas de la Ciencia, el hombre vive rodeado de una inseguridad cada vez más patente y congojosa. La medida de las fuerzas que ha sometido es también la medida de las fuerzas que le amenazan.

El 7 de diciembre de 1941, un pequeño puerto del Pacífico fue la escena de un acontecimiento histórico que reveló, muy por lo claro, hasta qué punto es endeble y precaria la seguridad política en la hora actual. Pearl Harbour, agredido por sorpresa, se despertaba ese día súbitamente al terror y a la tragedia más espantosa. No es preciso referir ahora la indescriptible angustia de aquellos primeros instantes- de desconcierto. Pero interesa mucho subrayar cómo en otra época hubiera resultado imposible consumar de pronto un ataque tan desprevisto y fulminante.

Una verdad amarga encierra para nosotros el episodio de Pearl Harbour. Es sencillamente que no existe en nuestro tiempo la seguridad internacional. Ni siquiera las más grandes potencias pueden permanecer tranquilas. Cada vez es mayor la evidencia de que los progresos técnicos, faltos de la contención del Derecho, engendran una creciente inseguridad. No hay ya enemigo despreciable. Bajo la noche de la sorpresa, un país pequeño puede, con las nuevas armas, asestar golpes irreparables. A estas agresiones inesperadas no hay, hoy por hoy ningún remedio eficaz que pueda ser opuesto. La organización jurídica actual lo impide.

Ahora bien, si estas son las perspectivas del Derecho internacional, ¿cuáles son los horizontes en que se encuentra el Derecho interno? Por desgracia son aún menos satisfactorios. En el orden interno, por reflejo de la incertidumbre internacional, se observa un desmedido crecimiento del poder y la acción estatales. La libertad padece desmedros. El intervencionismo del Estado lo llena y lo avasalla todo. El individuo no dispone frente a la autoridad de ninguna garantía efectiva: queda inerme y desprotegido siempre. En estas condiciones, la Ley no es ya un instrumento de pacificación y garantía, sino un arma de dominio y planificación; no constituye un *ordenamiento de la razón*, sino el modo arbitrario de realizar designios políticos. El Derecho actual está enfermo de *voluntarismo*. Y su crisis es grave, porque nos envuelve y arriesga a nosotros.

En esta situación desesperada del Derecho, ¿qué consuelo puede restarnos? Sujeto férreamente a la piedra, Prometeo estaba seguro de su liberación. Más pronto o más tarde, la inteligencia tendría que salir victoriosa. No hay tinieblas bastantes en el mundo para ocultar la luz de una pequeña llama.”

* * *

Santo Tomás de Aquino sostenía que la Ley debía ser obra de la razón. A pesar de eso, cometía su elaboración a la autoridad política. No reparó en que una atribución semejante tenía, por necesidad psicológica, que poner en entredicho el principio fundamental que él consagraba. Más tarde, a merced de la experiencia adquirida, lo vio Montesquieu con toda claridad: “El hombre que tiene un poder absoluto tiende a abusar de él.” Cuando el Poder legislativo y el Poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o en la misma Corporación, no existe libertad, porque siempre puede temerse que promulguen leyes tiránicas o que las ejecuten tiránicamente.”

Es cierto que Santo Tomás de Aquino confió con exceso en la buena fe de los Príncipes. Cuando la más alta autoridad política ostenta la potestad legislativa, ¿quién se encargará de velar para que siempre legisle con sumisión estricta a los ideales de Justicia? Si no hay recurso contra la decisión del Monarca, ¿cómo esperar que éste se contenga siempre en los límites de la razón y que no se entregue al más desenfrenado voluntarismo? Mientras no exista la seguridad de que la Ley es una fórmula racional, una construcción científica, el Derecho estará amenazado en su mismo centro vital, y la Humanidad entera tendrá que resentirse de su crisis.

Santo Tomás de Aquino había dejado sólidamente establecido que la Ley debía ser obra de la razón, hija de la investigación científica. Si esta verdad primaria se hubiera tomado como punto de partida en las indagaciones ulteriores, es posible que nuestra situación actual fuera mucho más cómoda. Pero el hombre es frágil cíclica memoria y olvida fácilmente.



Varios siglos después del Aquinatense, poseído también de un ferviente amor a la Justicia, otro filósofo de la Ley subvirtió por completo las concepciones tomistas. Retrogradando casi inconscientemente al voluntarismo. Rousseau mantuvo la convicción de que la Ley y la voluntad general debían ser equiparadas y confundidas. No se puede negar que la teoría de Rousseau tenía por único objeto la lucha contra el despotismo. Pero, por desgracia, Rousseau no se dio cuenta de que no hacía más que sustituir una posible tiranía por otra mucho más grave y mucho más inminente. La Revolución francesa se encargó de poner su error al desnudo.

En efecto, el 26 de agosto de 1789 se promulgó la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. El segundo de sus artículos, compendiando uno de los afanes más puros de la época, decía así:

“El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

Frente a tales afirmaciones, el artículo sexto definía la Ley con estas palabras: “La Ley es la expresión de la voluntad general...” En ambos casos, en las dos aseveraciones, la Asamblea Nacional francesa hablaba inspirada por Rousseau; pero no había percibido el abismo de contradicción que separaba sus dos principios.

Sin embargo, todas las proclamaciones teóricas eran impotentes para conjurar el dualismo peligrosísimo engendrado al mixtificar una concepción yusnaturalista infecunda con los resabios de la democracia totalitaria rousseauiana. Los principios abstractos de justicia, que noblemente pretendieron los legisladores franceses plasmar en su declaración, tenían que conducir, por necesidad, a una situación insostenible. Si la voluntad general valía como última razón del Derecho, sólo el peso de una mayoría abrumadora, compacta y organizada, podría garantizar la fidelidad a los principios jurídicos 'primarios; pero en semejante circunstancia toda declaración de derechos tendría que resultar superflua. Por otra parte, al remitirse a la voluntad general, la Declaración de los Derechos del hombre dejaba tras sí el germen de su propio fracaso. Si más allá de la voluntad general no hubiera nada positivo en el Derecho, todos los principios jurídicos habrían de considerarse contingentes y estarían sometidos al refrendo perpetuo del pueblo. Si, al

margen de la voluntad general, no existiera un deber, de rango más elevado, que la hiciera acreedora de obediencia, entonces aquélla sólo podría valer en virtud de su propia fuerza impositiva. Y entonces la voluntad general dejaría de ser la voluntad de la mayoría, para convertirse en una voluntad social, capaz de sobreponerse a las otras. El Derecho pasaría a ser un mero hecho de fuerza. Toda dictadura de -partido, toda violencia organizada y triunfante serían en ese trance >la suprema expresión de la Justicia.

Primero en el terreno de los hechos, después en el terreno de las ideas, la teoría de Rousseau condujo, como no podía menos, a todas sus consecuencias lógicas. En el terreno de los hechos el pueblo francés dio el ejemplo. Prácticamente ineficaz la Declaración de 1789, una demagogia soliviantada, que suplantaba a una voluntad general fría e insondable, precipitó a Francia en el reinado sangriento del terror y de la guillotina. Entonces se encaró el mundo, por primera vez, con una demostración *a lo vivo* de las consecuencias sociales que trae consigo el organizar el Derecho de un país sobre una base ilimitadamente voluntarista.

En el terreno de las ideas, la conclusión de las premisas roussonianas la dedujeron Carlos Marx y Lenín: “El Derecho es el conjunto de normas arbitrarias que la clase dominante impone a las clases sojuzgadas.”.

* * *

El Derecho actual, tras el fracaso de todas las experiencias pretéritas, se vuelve hacia rumbos y esperanzas nuevos. Es la hora propicia para recoger el mensaje del Santo Aquinatense. La luz de la llama debe reverdecer sobre nosotros. El camino por él iniciado debe proseguirse.

En vida de Santo Tomás de Aquino, la Filosofía era como un tronco frondoso que daba cobijo a todas las Ciencias. Andando el tiempo, cada una de las Ciencias particulares ha ido desarrollándose por su cuenta y la Filosofía se ha quedado reducida a la Metafísica. Hubo también un tiempo en que los políticos atendían con soluciones improvisadas a todos los problemas de la vida. Entonces imaginaban ciegamente que bastaba con la intuición y con el sentido común para regir los pueblos. La realidad ha tomado a su cargo el trabajo de desmentir esa suposición. Las soluciones improvisadas acabaron generalmente en desastres. Fueron así surgiendo, filiales de la Política, Ciencias particulares. La Política Económica, la Política Social, la Política Financiera son ejemplos de este movimiento desintegrador recién comenzado. Ahora, finalmente, le toca el turno a la Política del Derecho. Cuando la Política del Derecho funcione como Ciencia autónoma, la creación legal no estará encomendada al arbitrio de los políticos. La Ley será el resultado de una investigación emprendida desinteresadamente por hombres de Ciencia. Será una auténtica obra de la razón, y no un fruto inmaduro del albedrío. La misión del político no consistirá entonces en gobernar la vida social, sino en articular el progreso científico. El hombre se sentirá tranquilo, porque será la inteligencia la que, 'con método preciso, dirigirá sus pasos en el mundo.

El mito de Prometeo tenía como conclusión una apoteosis. Hércules, el fuerte, el propio hijo de Júpiter, rompe un día las ligaduras del Titán y lo deja libre. Prometeo regresa al mundo para llevar de nuevo a los mortales el fuego y la esperanza.

Los filólogos tienden a ver en Hércules la personificación de la fuerza. Por mi parte, prefiero concebirlo como la representación simbólica del poder que comunican la Ciencia y la técnica.

Partiendo de esta suposición, la vieja fábula griega se anima robusta con un sentido conmovedor. El Prometeo encadenado es la figura del hombre de Ciencia que va tanteando en busca de la verdad a través de una muralla de tinieblas. Mientras mi consigue hallarla, se encuentra atado y dominado por la Naturaleza: pero después de dar con la verdad, puesta la técnica, como Hércules, a su servicio, ninguna fuerza cósmica puede resistírsele: todas tienen que acatar su soberanía.

La Ciencia podrá tener detractores. Por desgracia, se está ya convirtiendo en tópico la creencia de que el progreso científico y técnico es responsable de una supuesta desvirtuación de los valores éticos. Pero, pese a tales diatribas, todos los avances efectivos que ha realizado la Humanidad desde sus orígenes, se deben en el fondo a un progreso científico. No es, pues, injustificado esperar que cuando se haya dotado al Derecho de una estructura meramente científica, se desvanezcan los dos mayores males que la sociedad hoy experimenta. Al fin y al cabo, ambos son debidos al voluntarismo jurídico, a esa espantosa posibilidad de que la voluntad del Estado domine a capricho.

Ya sé que para muchos todas estas especulaciones son otras tantas utopías. No importa. Aspiraciones análogas se han calificado también en otro tiempo de utopías y son hoy elementos indispensables de nuestra existencia. A pesar de todos los obstáculos, con la invencible firmeza de la luz, la verdad más simple y más grandiosa del Derecho se irá abriendo camino hasta la vida. Y llegará un tiempo en que sean los juristas y no un hombre o una asamblea política los que sientan sobre sí la responsabilidad de formular el Derecho. Entonces llegará el triunfo del intelectualismo tomista.

* * *

En su obra “Para la paz perpetua”, arguye Kant que el hombre debe tener fe en la realización de sus ideales, porque lo contrario sería condenar a ¡a inacción y hacer imposible todo progreso. Esa fe en la vitalidad de una idea y en la perfectibilidad del hombre es la que quisiera yo encender en ustedes con estas palabras. Después, contra esa pequeña llama de comprensión yo sé muy bien que no podría prevalecer ninguna acumulación de tinieblas.

III

ESTABILIDAD Y ACTUALIDAD DEL DERECHO

En 1889 fue promulgado el Código civil español. Su libro 4º. contenía, sin excesivo esfuerzo de síntesis, una regulación suficientemente completa del contrato arrendaticio urbano. Teniendo en cuenta las disposiciones generales, concernían en total a dicha relación jurídica 32 muy breves artículos. A pesar de su aparente reticencia, las prescripciones de nuestro cuerpo legal fueron capaces de dirimir a satisfacción los supuestos litigiosos que la vida social iba planteando. La prueba es obvia y terminante: Las normas del Código civil relativas al arrendamiento no acarrearón ningún complicado problema jurisprudencial y fue innecesario retocarlas hasta 1931. Conservaron plena actualidad y vigencia durante 42 años y no hubo nada serio que reprocharles.

De pronto, a partir de 1931, la situación jurídica del contrato de arrendamiento comenzó a cambiar bruscamente y entró en un período de franca confusión. Lo que hasta entonces era claro y firme, se hizo ya nebuloso y trémulo. Atropellada y vertiginosamente se van sucediendo unos a otros Leyes y Decretos. Las fechas hablan solas, con sobrada elocuencia: 21 de diciembre de 1931; 11 de marzo de 1932; 16 de abril de 1932; 2 de junio de 1933; 2 de agosto de 1934; 6 de diciembre de 1935; 30 de enero de 1936; 28 de mayo de 1937, etc., etc., etc. Años hubo de dictarse una docena de disposiciones que afectaran en algo la relación arrendaticia urbana. Roto el equilibrio inicial, el maremagnum legislativo se fue más y más encrespando. Leyes sobre Leyes, enmiendas sobre enmiendas, adiciones sobre adiciones. ¡ Todo “en vano! Los Legisladores no aciertan con la fórmula estable que pueda mantenerse en vigor sin daño de la Sociedad. No hay más remedio que estar constantemente rectificando.

Y, sin embargo, nuestro más grande filósofo del Derecho, el Padre Francisco Suárez, había definido la Ley como “un precepto común, justo y estable, promulgado suficientemente”. Consideraba, pues, el Doctor Eximio atributo tan importante de las Leyes su estabilidad, que lo hizo ingresar en su definición de las mismas. Juzgaba tan trascendental que toda Ley estuviera dotada de cierta permanencia, que sin este requisito esencial no admitía que pudiera dársele tal nombre.

Es patente que el Padre Suárez dejaba formulada así una grave y comprometedora exigencia. Si las Leyes tuvieran que ser estables, las incesantes modificaciones, los tanteos en busca de solución, las improvisaciones sin fundamento quedarían automáticamente condenadas. Es antes de publicar la Ley cuando procede efectuar, mentalmente toda clase de ensayos, cuando conviene tener en cuenta toda suerte de contingencias y circunstancias. Después será ya demasiado tarde. Cualquier cambio de parecer resultará nocivo e injusto y perturbará las relaciones sociales. No es difícil comprender por qué. Precisamente las Leyes de arrendamientos urbanos nos suministran una ocasión ideal para descubrir en la práctica las consecuencias que la variabilidad legislativa lleva consigo.

En efecto; supongamos una Ley de Arrendamientos cualquiera. Desde el momento de su entrada en vigor la relación entre propietario e inquilino se verá cifrada en una serie concreta de facultades y obligaciones correlativas. Además, si el Ordenamiento positivo ha de ser consecuente consigo mismo, los derechos y deberes dimanantes del arrendamiento no habrán de estar en contradicción con los principios fundamentales en que aquél se inspire. Si existen ciertos requerimientos constitucionales garantizando la propiedad o la libertad individual, la regulación arrendaticia deberá, naturalmente, respetarlos.

Ahora bien; supongamos, asimismo, que a poco de pro-' mitigada la primitiva ley, se dicta otra, inconciliable con ella. Es claro que el régimen de derechos y obligaciones consagrado que imperaba antes tiene que sufrir ahora alguna mutación. ¿Qué es lo que sucede entonces? Pues sucede algo muy sencillo. Sucede que el propietario o el inquilino *pierden derechos* que se le habían reconocido ya: uno los adquiere en detrimento del otro quien, por consecuencia, resulta *expropiado*. Así por ejemplo, cuando el Código civil disponía en su artículo 1.565 que “si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado, concluye el día prefijado sin necesidad de requerimiento”, era evidente que, por implicación, la recuperación de la cosa arrendada al término del contrato iba de suyo como corolario del Derecho de propiedad. Pues bien: conferida la facultad de recuperar el inmueble, toda propiedad la albergaría en su seno, jímio con las demás que supone, y el propietario habría adquirido algo puro sí. En adelante, la posibilidad de hacerse con la cosa al término del contrato es un derecho que ya tiene el propietario; es algo suyo. Si, pues, la Justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, ¿cómo privar al propietario de ese derecho *que ya tiene* sin cometer una iniquidad? Si el Poder se autolimita con el Derecho: si el Derecho, por ende, obliga también al Estado, ¿quién es el Legislador para arrebatarse, por fuera de las condiciones de la expropiación legítima, los derechos concretos que ha reconocido a los particulares? He ahí, pues, con toda claridad, una de las razones por las cuales la versatilidad legislativa es inadmisibles. La Ley debe ser *estable* para que pueda ser justa y consecuente.

De todos modos, el argumento no es único. Imaginemos aún para persuadirnos por completo, que la marea legislativa sigue con sus vaivenes. Ora se proclama un derecho del propietario o del inquilino, ora se le niega, ora se le vuelve a reconocer en una forma, ora, en otra, ora se incrementa, ora se merma... En esta situación fluctuante ninguno de ellos sabe a qué carta quedarse. Por efecto de los cambios legislativos, la respectiva posición jurídica de ambas partes se hace incierta. Ni uno ni otro sabe en definitiva cuáles van a ser sus derechos. Falta la *seguridad jurídica*, uno de los mayores bienes que la Sociedad espera del Derecho. Tan importante, que algunos autores no vacilan, incluso en anteponerlo a la misma Justicia.

Ahora se comprende ya bien por qué el Padre Suárez daba tanto relieve al requisito de la estabilidad; por qué, con visión genial, incluyó esta característica en la misma definición de la Ley. Con sólidos motivos podemos, pues, afirmar nosotros igualmente que las normas jurídicas deben ser estables, porque ahí descansa la garantía de nuestra seguridad. Sin embargo, hemos de ver aún cómo todos los argumentos aducidos son ciegos a un aspecto importante de la cuestión. Nosotros hemos enfocado el problema hasta ahora exclusivamente en su anverso. Falta darle la vuelta por completo para verlo también por el revés. A la tesis que hemos sentado, es conveniente contraponer la antítesis. De otra manera, pecaríamos de partidismo intelectual. ¿Cuál es aquí el otro aspecto de la cuestión?

* * *

Casi al mismo tiempo que el Código civil, un genial escritor francés publicaba un libro de asunto diametralmente distinto, pero que nos puede dar la medida exacta de lo que ha ocurrido desde entonces. El nombre que voy a invocar ha de tener seguramente para todos ustedes resonancias afectivas profundas. Porque todos, desde niños, estamos acostumbrados a ver en Julio Verne a un novelista de extraordinaria potencia imaginativa que nos ha brindado muchas veces coyuntura propicia para sondear los límites de lo concebible. De su mano hemos cruzado la Tierra, a lo largo

y a lo hondo, hemos surcado el espacio extraplanetario hasta otros mundos, hemos subnavegado a través de los vastos océanos. El ha sido siempre el genio de las concepciones atrevidas, de las sorpresas bien guardadas y acongojantes, de los desenlaces inesperados y optimistas. Salvando siempre la verosimilitud, ha sido capaz de hacer vivir a sus héroes las más osadas aventuras y ha proporcionado a sus lectores el placer de-1 emociones desconocidas. Por eso confío en que será del agrado de ustedes marchar de su mano otra vez por breve tiempo. ¡Uí de sus novelas nos proporcionará ocasión de reflexionar sobre algunos temas que nos interesan. Aludo a “*La vuelta al mundo en ochenta días*”.

El argumento de esta novela, como recordarán, es muy sugestivo. En el Reform-Club de Londres, los contertulios de mister Fogg discuten sobre la posibilidad de que sea o no capturado un ladrón que ha sustraído 55.000 libras esterlinas del Banco de Inglaterra. Mister Stuart se inclina a pensar que no será aprehendido. —La Tierra —dice— es muy grande. —Antes sí lo era —replica Phileas Fogg sin forzar el tono. —¿Cómo que antes? ¿Es que acaso ha disminuido? —Sin duda que sí —arguye un nuevo interlocutor. La Tierra ha disminuido, puesto que se recorre hoy diez veces más aprisa que hace un siglo. Sale a relucir entonces un cálculo, publicado en el “Morning Chronicle”, según el cual es posible dar la vuelta al mundo en 80 días. La discusión toma otro cariz y todos oponen a mister Fogg el carácter puramente teórico de esa posibilidad, que juzgan irrealizable en la práctica. Pero para Phileas Fogg la práctica y la teoría deben coincidir matemáticamente siempre: porque la buena teoría no es más que una previsión certera de la práctica. Los demás no son de la misma opinión, de modo que, cuando mister Fogg propone una fuerte apuesta, casi no se atreven a aceptar, considerándola ganada de antemano. Al fin la empeñan, sin embargo, y mister Fogg parte inmediatamente. Corre numerosas aventuras en su viaje y, cuando ya consideraba todo perdido, Julio Verne hace surgir uno de sus milagrosos golpes de efecto finales: Siguiendo inadvertidamente la ruta del sol, Phileas Fogg ha ganado un día en los 80 y triunfa, en su propósito, ¡Ha dado la vuelta al planeta dentro del plazo señalado! ¡La pequenez del mundo ha quedado demostrada en la práctica!

Sí; el mundo era pequeño en los días de Julio Verne y al advenimiento de nuestro Código civil. Pero, desde entonces hasta hoy muchísimo más se ha reducido todavía. Para que un Phileas Fogg pudiera despertar nuestra admiración y nuestro entusiasmo, tendría que moverse mucho más deprisa: ¡No debería invertir ni siquiera las ochenta horas! Los ochenta días de Julio Verne se han convertido para nosotros en poco más de tres. ¡Ese es el balance de la diferencia entre el ritmo vital que se daba por los años en que fue promulgado el Código civil y el que actualmente preside nuestra existencia!

Indudablemente, el *tempo* de nuestra actividad ha adquirido una frecuencia mucho más grande. La máquina de vapor ha hecho surgir los motores de explosión, los generadores eléctricos, la propulsión a chorro y los reactores atómicos. Con tales fuentes de energía, el espacio ya no es un obstáculo para el hombre. Y, en consecuencia, el tiempo rinde mucho más. En un lapso igual, cabe potenciar la actividad humana hasta límites jamás soñados. Por eso la vida discurre mucho más densa y agitada. Todo va más aprisa en el mundo. Y el Derecho, que ha de ser *actual*, que tiene que procurar, a toda costa, *estar al día* para acomodarse a las circunstancias, se ha visto en la necesidad de transformarse mucho más aprisa también. Por ese motivo cabe presenciar en nuestra época el espectáculo de Leyes que corren alocadamente a reemplazar otras Leyes, para ser a su vez muy pronto derogadas. Estamos viendo a cada paso cómo la pesada máquina legislativa de antes va cediendo su puesto a procedimientos cada vez más simples. Como ha observado hace poco muy sagazmente Cari Schmitt, hay en todos los países una tendencia creciente a dar agilidad y presteza al proceso de creación legal. Con este propósito, el Poder ejecutivo tiene cada vez una intervención más intensa. Los Decretos y las Ordenes pasan, así, a desempeñar el cometido que correspondería

en otras contingencias a la Ley. “En este siglo en que todo se ha motorizado” —se ha dicho gráficamente—, la Ley ha asumido la forma de Ordenes y Decretos para motorizarse también. Esa es la explicación que podría darse al fenómeno de la hipertrofia legislativa que reina en nuestro tiempo.

Por lo que atañe a la relación arrendaticia urbana, hay que sumar a las citadas causas otras no menos poderosas, como lo son en nuestra patria, el incremento de la población y la pérdida de edificios, connatural a la pasada guerra. Debido al concurso de todos estos factores, atravesamos hoy una notoria crisis en la relación arrendaticia urbana. Una crisis que es primero, económica, ya que depende, más que nada, de un desajuste entre la demanda y la oferta; pero que después, es también jurídica, porque los ingentes recursos del Derecho y del Poder se han puesto en juego vanamente para conjurarla. La procesión interminable de Leyes de arrendamientos, que va desfilando ante nosotros, no es otra cosa que la expresión del esfuerzo desesperado de un sistema jurídico que no se resigna a fracasar.

El más elevado de los móviles que pueden alentar al Derecho induce al Legislador a aventurarse en una empresa sin esperanzas. Buscando la Justicia, en el más idealista de los empeños, ha osado librar batalla con lo imposible. Los medios son desproporcionados al propósito y la alteza del designio no impide el error. Por desgracia, la Economía no es enteramente dócil a la voz del Derecho. Y es un problema económico el que subyace a las relaciones arrendaticias y el que el Legislador quiere remediar con sus Leyes. Es el problema del contrato que se transforma en dictado. Con unas pocas palabras conseguiremos explicar este fenómeno de tan extraordinaria importancia.

* * *

La primera guerra mundial terminó, según es notorio, con la firma del Tratado de Versalles. Tal como suele acontecer en casi todas las guerras modernas, la suerte de las armas no se decidió en una única o en unas pocas batallas. Los dos bandos movilizaron frenéticamente la totalidad de sus recursos y la lucha se mantuvo hasta que uno de los dos contendientes cayó acotado. El Tratado no era, entonces, una negociación entre partes aproximadamente iguales, sino la suma de condiciones que el fuerte imponía al débil. Como es un principio inconcuso en la esfera contractual el del libre consentimiento, los juristas y los políticos alemanes, alegando que el Tratado de Versalles no se había pactado con libertad, le negaron la fuerza obligatoria de un contrato, y para subrayar esta idea le dieron el nombre Dictado. Un Tratado tendría la fuerza jurídica y moral dimanante del compromiso; el Dictado sólo tendría valor mientras fuera posible imponerlo de hecho.

Pues bien, lo mismo que en el Derecho Internacional, en el Derecho interno hay también sus *dictados*. Bajo apariencia de contratos se esconden a menudo verdaderas imposiciones. No es que se produzca o se ejerza una coacción física, ni siquiera moral, sobre una de las partes, no. Incluso suele acontecer que las partes no tengan la menor conciencia de la situación de disparidad que entre ellas existe. El débil puede quedar aquí entregado por completo a merced del fuerte sin percatarse en absoluto de ello. Obra bajo la presión de circunstancias invencibles, sin auténtica libertad; pero acaso sin apercibirse de la pasividad con que actúa. Tan cierto es esto, que muchos se sorprenden cuando se les llama la atención por primera vez sobre este fenómeno paradójico, que les parece casi increíble. Sin embargo, cuando un poco de reflexión les abre los ojos y comprenden

hasta qué punto es grave para el Derecho este menoscabo objetivo de la libertad, entonces su sentimiento natural de Justicia se subleva contra la idea de que se toleren por más tiempo estas horcas caudinas de la libertad contractual.

Vamos a ver algunos ejemplos de *dictados que pasan por contratos*. Uno puede ser el suministro de energía eléctrica. Aparentemente, el particular que pacta con la Compañía obra con libertad. Si llega a un acuerdo con ella es porque encuentra sus condiciones aceptables; pero nadie le obliga a suscribir *velis. nolis*, el contrato. ¿Nadie le obliga? O, mejor dicho, ¿nada le obliga? Pero ¿es que el ambiente en que se vive no comporta exigencias ineludibles? Ciertamente que, materialmente, no hay nadie que lo constriña a uno a contratar; más ¿qué importa eso cuando, por imposición de las circunstancias, no hay más remedio que claudicar ante la Compañía y concluir el contrato? ¿Se puede acaso pasar hoy sin la electricidad? Hablando de una manera absoluta, claro está que se puede, pues todo consiste en retrogradarnos al tiempo de nuestros abuelos. Pero en la realidad práctica del mundo actual es imposible esa renuncia a uno de los supremos recursos de que nuestra civilización dispone. Y en definitiva, resulta también monstruosamente injusto que la voluntad de una sola de las partes contratantes pueda privar a la otra de algo tan imprescindible como lo es en nuestra época la electricidad.

No hay, pues, alternativa para nosotros. Necesitando proveernos de fluido eléctrico no nos queda otra solución que concluir un contrato de suministro con la empresa productora, que generalmente ostenta un monopolio —al menos de hecho—. Lo malees que ese tipo de contrato estipulado entre partes cuya posición económica es tan dispar, no se parece en nada a los otros. La característica esencial de todo contrato concertado entre partes que actúan libremente y en pie de igualdad, es ese tira y afloja que se manifiesta en el regateo. Pues bien, aquí ese tira y afloja no se ve por ninguna parte. La Compañía se conduce como soberana: presenta su pliego de condiciones, “prefabricado” e intangible, y al particular no le queda otra salida que decir amén mansamente; porque, como hemos visto, ni siquiera tiene la libertad de rehusar. La empresa *dicta* y él rubrica, sin más. Estamos, pues, ante un verdadero *dictado*, aunque cumpla en apariencia los requisitos del contrato.

Ha sido un hallazgo importante de los juristas modernos el de este fenómeno realísimo en que se produce la pérdida de la libertad contractual. Porque ominosos dictados nos acechan en la vida por todas partes. Apenas podemos dar un paso sin quedar sometidos al poderoso efecto gravitatorio que las grandes fuerzas económicas ejercen sobre nuestra libertad. Al emprender un viaje, al transportar una mercancía, al adquirir un producto monopolizado tropezamos con voluntades dominantes a las que no leñemos más remedio que supeditarnos. La situación es tanto más grave cuanto mayor sea nuestra necesidad.

Dos relaciones hay en que la absorción de la libertad acusa caracteres de hondo dramatismo. Son: la relación laboral y el arrendamiento de viviendas. Tanto en uno como en otro caso, suele existir entre las partes una disparidad económica suficientemente profunda para dejar al débil inerme e indefenso ante el poderoso. El obrero que demanda trabajo no está en condiciones de discutir con el patrono las cláusulas del contrato: no puede esperar todo lo que haría falta para eso. La necesidad de ganarse el sustento lo apremia, perentoria, inaplazable. Cada dilación hace más angustiosa la situación del obrero, cuyo último recurso para no perecer es la rendición incondicional.

Algo semejante sucede en el arrendamiento de viviendas. También la necesidad de vivienda es fundamental, urgente, apremiante. La gran mayoría de la población se ve compelida a vivir en una casa ajena, y tiene que tomarla en arrendamiento. Si las condiciones del mercado son favorables

y la oferta es amplia, es decir, si reina *de hecho* la libre competencia, si no hay *monopolio de residuo* entonces es posible una negociación normal, cabe el regateo, se da ese tira y afloja de los contratos. Pero si la oferta de viviendas atraviesa circunstancias críticas, habiendo sido desbordada por la demanda; si han surgido los monopolios de residuo, porque son muy escasos los inmuebles por alquilar, entonces la libertad contractual se disipa: el contrato es suplantado por el dictado.

A poco que se reflexione sobre los hechos que acabamos de exponer, resultan evidentes sus causas. El Derecho está edificado sobre postulados de estricta igualdad. Supone —como decía Aristóteles— un trato igual en las situaciones iguales. La Justicia tiene los ojos vendados para que no pueda hacer acepción de personas. Todos deben ser iguales ante la Ley. A todos se han de conceder las mismas prerrogativas y oportunidades. Ahora bien, el Derecho no toma sólo la igualdad como un punto de partida, sino también, y sobre todo, como un punto de llegada. El Derecho tiene que buscar un equilibrio de poderes en la Sociedad, puesto que fuera de este clima no puede florecer la Justicia. Únicamente los iguales pueden relacionarse y contratar con auténtica libertad, porque, cuando hay disparidad de fuerzas en juego, tiene el débil que sucumbir ante el poderoso. Siempre, en la Historia, la violencia ha sido el medio para arrebatar lo suyo al desvalido; frente al igual, el pacto. El Derecho persigue, pues, un ideal de igualdad, ya que sólo es realizable entre iguales. Pero frente a este ideal de nivelación paritaria que el Derecho presupone y busca, se alza la realidad económico-social con sus desigualdades profundas, con su lucha sorda, implacable, por el predominio, con sus constantes desajustes y trastornos, con su cambio infinito y su creciente complicación. Las fuerzas económico-sociales que responden a ciegos instintos egoístas, hacen una tenaz resistencia y se debaten de continuo contra el Derecho. Leyes acomodadas a un estado social pronto pueden ser inidóneas para regularlo. Envejecen, caducan, se deforman, quedan desvirtuadas. Y ahí está la raíz de la inestabilidad normativa. *A veces es de Justicia que las Leyes cambien.*



Tenemos, pues, frente a frente, dos imperativos cardinales del Derecho que parecen repelerse entre sí con terca insistencia. El uno concreta el ideal de estabilidad: el otro, la necesidad de acomodación a la vida. ¿Habrà alguna manera de conciliarlos?

Cuando Phileas Fogg se lanzó a la empresa riesgosa de dar la vuelta al mundo, no cometió la torpeza de ir, a tontas y a locas, en persecución de una fantasía. Tenía un plan de viaje al que plegarse con cronométrica puntualidad. Al revés de lo que pensaban sus amigos, el azar no entraba para nada en sus cálculos. No confiaba en la suerte, sino en un proyecto matemático que dejaba lo menos posible al albur. Phileas Fogg tenía, así, una razonable seguridad de victoria. Prever es precaverse y evitar.

Cuando los juristas en nuestros días preguntan ávidamente cómo lograr la estabilidad del Derecho sin detrimento de su actualidad ni de la Justicia, hay que darles una respuesta parecida a la que dio mister Fogg: Que se cuiden de que sus teorías hayan previsto todas las posibilidades que pueden ocurrir; que pongan los medios a su alcance para que ningún cambio social pueda cogerlos por sorpresa; que tiendan hacia el futuro la profética adivinación de una Filosofía científica.

La tremenda hipertrofia legislativa que causa hoy, en todo el mundo, consternación y pánico a los juristas, está liquidando prácticamente las pocas esperanzas que pudiéramos haber cifrado un día

en el logro de una Ciencia jurídica que llegara a serlo de verdad. Por desgracia, el Legislador va mucho más aprisa que nosotros. Apenas nos hemos puesto a estudiar una Ley y comenzado a familiarizarnos con ella, cuando una modificación o un nuevo texto echa por tierra todo nuestro trabajo. La Ley puede “motorizarse” para ponerse al día; pero el jurista, aunque también se motorice, tiene que andar detrás. “La Ciencia riel Derecho —resume Legaz bellamente—, como Aquiles a la tortuga, en e! argumento de Zenón de Elena, nunca podrá alcanzar a la Ley.” Esa es la verdad amarga que estamos experimentando nosotros: Condenados a ir a la zaga del Legislador nos estamos convirtiendo los juristas en los falsos profetas de una Ciencia imposible. No servimos más que para divulgar el secreto que la terminología de las normas guarda para el hombre de la calle. ¡Triste destino el de nuestra pasividad! Aún nuestros dictámenes más honrados han de acabar en un interrogante. Y ni siquiera estamos ciertos de que nuestro trabajo cotidiano redunde en bien social. Este lo hace o no el Legislador; nosotros somos un mero juguete en sus manos.

Y he ahí el callejón, al parecer sin salida, en que se encuentra el Derecho actual: Tiene que hacerse una Ciencia para ser estable y ser justo; pero no puede ser Ciencia, porque lo tiene esclavizado el Legislador. ¿Cómo salir de esta espinosa dificultad? No nos queda otro recurso que armarnos con la espada de Alejandro y cortar de un tajo el nudo gordiano. Si la misión de hacer el Derecho no se nos comete a nosotros, juristas, tenemos que ser nosotros los que nos arroguemos esa misión. Los juristas tenemos con la Humanidad una deuda inmensa. Le debemos esa paz que está anhelando sin sosiego desde siglos y siglos; pero que hoy más que nunca se siente faltar. Esa paz, que sólo el Derecho justo trae, no la puede hacer ese Derecho mediatizado y caprichoso que nos están sirviendo los políticos. La Política es mera discreción, es arbitrio, es improvisación y tanteo Pero el mundo de lo jurídico es demasiado complejo para que, improvisando, se pueda acertar. En ese caos de relaciones humanas que se están en la vida social constantemente gestando, sólo la Ciencia, esto es, la experiencia racionalizada y sistematizada por la teoría, puede poner un orden y una luz. Porque sólo la Ciencia, lenta, paciente y obstinada, sabe arrancar a la Naturaleza el secreto celosamente custodiado de la verdad.

* * *

El 18 de septiembre de 1846, un genial matemático francés solicitaba la cooperación de otro sabio alemán para que comprobase empíricamente si era exacta la conclusión teórica a que había arribado en sus cálculos. Se trataba, nada menos, que de la predicción, puramente deductiva, de que habría de existir, en una cierta región del cielo, un planeta desconocido. Leverrier indicaba a Galle la zona precisa en que debía observar. Pocos meses después, gracias a esa feliz conjunción de la teoría y de la práctica consciente, el planeta Neptuno pudo ser identificado en un rincón del firmamento en donde se amontonaban las estrellas. Y lo curioso es que desde mucho antes, desde 1690, Neptuno había sido visto en múltiples ocasiones sin que nadie hubiera osado suponer que se trataba de un planeta. ¡ Son tan ciegos los ojos del hombre cuando no los iluminan la Ciencia o la Filosofía!

Sobre inmensas zonas de la vida social posa el político su mirada muchas veces. Allí, caóticas, las relaciones humanas se aglomeran informes, innumerables, como las estrellas en el cielo. Ni el ojo más adiestrado logrará orientarse en ese complicado laberinto sin el concurso de una Ciencia. El político solo no podrá ver más que puntitos iguales, salpicados por todas partes. Para discernir entre ellos, para descubrir matices y diferencias hace falta la paciente labor conjunta de multitud

de sabios que desinteresadamente investiguen. Hace falta que la Política del Derecho deje de ser *decisión arbitraria* para ser *razonado descubrimiento*. El Derecho justo, *el Derecho que hará la paz*, no puede ser fruto de la improvisación de un político; sólo se puede ir alcanzando mediante la penosa construcción de una Ciencia. La Política del Derecho debe ser una Ciencia más, o, si se quiere, una técnica inspirada en principios científicos. El político debe abstenerse de legislar: las empresas legislativas tienen que ser reservadas a los juristas. El Derecho no puede estar plegado a designios que no son los suyos: repugna íntimamente el que se le convierta en instrumento de ningún fin político. El Derecho está por encima de toda política, para bendecirla o para condenarla; pero nunca admite supeditación a ninguna política. El Derecho es Derecho, una Ciencia neutra, y nada sabe de deseos ni de aversiones, de programas ni de fanatismos. Donde esté el Derecho debe haber la paz, que abomina de la distinción entre el *amigo* y el *enemigo*.

¿Amigo y enemigo? Hace no mucho tiempo, un teórico “realista” de la política con renombre internacional, Carl Schmitt, sostuvo sin rodeos que la esencia de toda política estribaba en la distinción entre el *amigo* y el *enemigo*. Que la política sea eso parecen empeñados en demostrarlo muchos políticos. En tal caso, nada sería más radicalmente anticristiano que la política. Pero la política no consiste en eso. La política es sencillamente la realización, la puesta en práctica del Derecho que hagan los científicos. El político tiene que ser una especie de servidor del jurista. La política debe convertirse en una mera *administración* cuyos cauces haya trazado y delimitado el Derecho.

Si ustedes se vuelven a la Historia con la pretensión de indagar cuál es la dirección en que se mueve ese íntimo impulso latente que anima todo verdadero progreso social, podrán comprobar, sin mayor esfuerzo, que el tránsito de un estadio de sociabilidad a otro más avanzado se opera siempre sobre la base de que un sector de la Política se haga administración y que un sector de la Administración pase a ser dominio del Derecho. El último trámite de este proceso se tendrá cuando los últimos reductos de la política se abatan definitivamente ante el empuje de las ideas jurídicas. Este momento no puede tardar, porque el signo de los tiempos está señalando su adviento. La Política sobra del mundo si no es como administración del Derecho, ya que la Política está resultando inconciliable con la paz. Mientras el Estado busque algo fuera de sí, tendrá que encontrarse con la presencia y la oposición de otros Estados, lo que dará lugar a la guerra. Cuando el Estado se limite a administrar, su acción será meramente interna y la paz podrá imperar en el mundo, una paz que será hija de un nuevo Derecho.

Es una vieja costumbre de la Humanidad el consolarse con utopías oponiendo a las dolorosas realidades de la vida los sueños de la imaginación. Pero también es una vieja costumbre motejar de “utopías” las cosas realizables que aún no se han acertado a hacer. El Derecho ha realizado ya tantas utopías en su Historia, que no puede asustar a un jurista la idea de que tenga que realizar una más. A mí, personalmente, no me preocupa. Hasta me atrevo a dar a la utopía un son profético. Creo que espera al mundo una revolución ingente, única, de consecuencias incalculables. Única, porque será una revolución incruenta, sin armas, sin estrépito. Será una revolución en silencio. Cuánto tardará, no se sabe; pero no será mucho. Vamos muy aprisa hacia ella, con el ritmo acelerado de nuestra vida actual. No sabemos bien cuándo acontecerá; sabemos sólo cómo habrá de ocurrir y en qué consista. Consistirá, sencillamente, en que el Poder perderá su monopolio del Derecho, que será entregado corporativamente a los juristas. Entonces nadie mandará porque sí, ni nadie obedecerá porque lo hayan mandado. Será derecho *lo que es preciso para, la paz* y lo obedeceremos con la conciencia de que el bien de la Humanidad de él depende.

El curso de nuestro razonamiento nos ha llevado aparentemente muy lejos de nuestro objetivo principal; pero ahora estamos lo bastante pertrechados para encararlo con éxito. Una nueva Ley

de Arrendamientos ha sido aprobada en 13 de abril de 1956. Es otro de tantos intentos transitorios. El propio Legislador le ha puesto ya en el cuello la cuerda que la estrangulará. Esta cuerda se llama “Piar, nacional de la vivienda”. Cuando la vivienda deje de ser un bien económico en crisis de oferta, Ja nueva Ley de Arrendamientos será inservible. En el “Plan nacional de la vivienda” el político ha preparado sagazmente el estado de cosas en que podrá regir un Derecho estable. Sólo falta que la tarea de elaborar ese Derecho se nos cometa exclusivamente a los juristas.

Un día le preguntaron a Faraday para qué servía su descubrimiento de las leyes de la inducción electromagnética. Dio una sabia contestación: ¡”Oh, sirven para lo mismo que un niño, que crecerá y se hará hombre!” El “niño” de Faraday se ha hecho ya hombre y nos ha traído la electricidad industrial y los motores eléctricos. Ha acelerado también el ritmo vital en nuestro planeta haciendo necesario un Derecho nuevo, dispensador de la concordia universal. Este Derecho nuevo es lo que yo aspiro a hacerles anhelar con mis palabras, poniéndolo en sus brazos como una *idea-niña*, cuyo valor no se sabe bien. ¡Guárdenla en el recuerdo, que cuando crezca y se haga adulta extenderá sobre el mundo la paz!

9. La Filosofía jurídica.

En el estudio de la Filosofía jurídica, ¿a cuál de los elementos componentes deberá otorgarse preeminencia? ¿Habrá que insistir más que nada sobre el Derecho o habrá que preocuparse ante todo de la Filosofía? ¿Qué es la Filosofía jurídica? ¿Se trata de una rama del saber filosófico igual que las demás, o, por el contrario, recibe de su objeto una impronta tan decisiva que es capaz riada menos que de afectar su naturaleza?

Todas estas cuestiones no son indiferentes. Sabiendo ya lo que es el Derecho y lo que caracteriza esencialmente a la Filosofía, el ciclo de nuestra trayectoria intelectual puede cerrarse. La definición de la Filosofía jurídica no es más que la conclusión pendiente de nuestro ininterrumpido silogismo. Sólo falta, pues, para ultimar la definitiva tarea, tomar posiciones ante la serie de interrogantes propuestos.

Desde Sócrates, fue tradicional entre los filósofos ocuparse en los grandes temas jurídicos. Su interés, sin embargo, no se centró en la Metafísica del Derecho ni en cualesquiera problemas iuspositivos. Ellos querían saber, por encima de todo, *cómo debería ser el Derecho*, para organizar la vida social en consonancia con el ideal jurídico. Y he ahí por qué para todos los filósofos clásicos la Política del Derecho resultaba mezclada, y era inseparable, de la Filosofía.

Las cosas han cambiado mucho desde entonces. La oportunidad, que se ofrecía por aquel tiempo, de que la Filosofía diera de sí una rigurosa Ciencia de la legislación se malogró desventuradamente y ya no volvió, hasta el nuestro, a presentarse nunca. La incipiente Ciencia jurídica, que dominada por apremiantes necesidades vitales, se había anticipado en su formación a la Filosofía⁽⁴¹³⁾, soportó también la tutela filosófica más a duras penas que cualquier otra Ciencia, y, celosa como ellas de su emancipación, se esforzó por reivindicar a toda costa su independencia! completa de la Filosofía. Dóciles a la voz interesada de los políticos, los juristas quisieron arrogarse un monopolio en la investigación del Derecho, que, se iba reduciendo intencionadamente cada vez más a la problemática del Ordenamiento positivo. Como escribe Legaz, “esa corriente que G.

⁴¹³ Vid. sup. pág. 9.

Maggiore llamó de *monroísmo jurídico*, que recabó la Filosofía del Derecho para los juristas... equivale pura y simplemente a negar la Filosofía del Derecho como Filosofía y reducirla a simple Ciencia jurídica, ya: que se da la circunstancia de que los juristas, en tanto que son juristas, no pueden hacer otra cosa que Jurisprudencia y no Filosofía: por lo menos buena Filosofía, Filosofía que consista en filosofar positivamente y no negarla en su esencia o sustituirla con un producto de imitación ⁽⁴¹⁴⁾.

Si la Filosofía del Derecho es, antes que cualquier otra cosa una Filosofía, como se deduce del hecho, ya demostrado, de disolverse, si no, en la especificidad de una Jurisprudencia utópica, entonces no puede ser dudoso, en el deslinde de los papeles recíprocos, que el Derecho debe aportar la *materia*, en tanto que la *forma* le será dada por la Filosofía. Sólo quienes sean filósofos podrán, pues, arriesgar con éxito la construcción de una Filosofía jurídica.

Pero no basta ser filósofo; también es indispensable ser jurista. La Filosofía del Derecho no puede ser “caldo de cabeza” destilado al azar, sin tener contacto con las realidades naturales y positivas. La Filosofía ha de hacerse sobre un cúmulo de datos, que están ahí presentes, que tienen existencia concreta en la experiencia social y que no se pueden eludir sin caer en un inútil juego sin sentido. Filosofar exige conocer previamente, y muy a fondo, los objetos sobre que se medita. El Derecho no está en la imaginación, sino en la base de la Sociedad, y es preciso ir a encontrarlo a la vida. Y tampoco la Filosofía la cabe hacer de la nada. El que pretenda ser filósofo del Derecho ha de informarse bien sobre los avatares de lo jurídico.

Si La Filosofía toma, pues, a su arbitrio, los más variados motivos de reflexión, manipulándolos con su estilo característico, no hay ninguna razón especial para que con el Derecho sea diferente su proceder.

He aquí por qué la Filosofía jurídica se pregunta, en primer lugar, por el “qué” del Derecho. Trata, como hemos visto, de aclarar qué “ser” tiene éste; de poner su esencia y su realidad causal al descubierto. Más allá de los datos empíricos concretos en que abunda la fenomenología jurídica, la Filosofía busca la representación universal que a todo Derecho, sin deformarlo, se aplique.

Mas no sólo la Filosofía jurídica se preocupa y se desvive por averiguar lo que esconde el ser del objeto Derecho, sino que hace también materia de sus indagaciones a toda la Ciencia jurídica. Es lo natural. Frente a quienes opinan que la Jurisprudencia no de la resquicio alguno en el estudio del Derecho, para que pueda tener lugar, en torno a él, la Filosofía ⁽⁴¹⁵⁾, la verdad es que tanto a la definición universal como al ser del Derecho sólo —como consta probado— tiene acceso la Filosofía.

Sea como quiera, la Filosofía *se ha hecho Ciencia*, o, lo que es lo mismo, ha hecho de las Ciencias emisarios diligentes que le traigan, a su manera, noticias parciales de la Verdad. Esto echa sobre ella la tarea de recibir sus informes, de valorarlos, de coordinarlos entre sí y de hacer con todos un relato coherente y fidedigno. Las parceladas verdades de la Ciencia pudieran ser error sin el auxilio de la Filosofía. Por eso, la Filosofía es también, inexcusablemente, *Crítica de la Ciencia*. Por eso, la Filosofía del Derecho reclama, asimismo, una Epistemología jurídica. Los aspectos particulares, las relaciones concretas que enjuician las Ciencias positivas o las Ciencias universales del Derecho, tienen que devenir un todo en la concepción que se reserve la Filosofía.

⁴¹⁴ Vid. LEGAZ: *Filosofía del Derecho*, cit. 7.

⁴¹⁵ Vid. COSSIO: *Panorama, de la teoría egológica del Derecho*, cit. 58.

Hay más aún. En su infatigable persecución de la Verdad, la Filosofía del Derecho se ha encontrado con que su Verdad no es otra cosa que la Justicia. Ha visto que la Justicia depende de una relación entre las Leyes y los actos humanos y la concreción social de un designio Divino. AtaÑe, por ende, también a la Filosofía jurídica, anticipándose a toda respuesta científica provisional, describir en sus valores absolutos las notas en que lo justo reside. El Derecho Natural se abre, así, a la consideración expectante del filósofo como transcendental substrato de valor y como ideal de todo Derecho positivo. Hay Leyes en el Derecho Natural que socialmente no dejan jamás de cumplirse. El filósofo debe intentar desentrañarlas para conformar a su tenor o deducir de ellas las normas de la legislación positiva. De esta suerte, la Filosofía del Derecho volverá a ser, como en la época gloriosa de sus inicios, la suma y la clave de toda Política legislativa.

La Filosofía es, además, un experimento mental verosímil destinado a ensanchar nuestra comprensión y a servir de formidable, palanca para el progreso. El saber crece por verificación representativa. Los filósofos de cada época, con sus tentativas de explicación completa de lo real, lo que hacen, en rigor, es proponer soluciones hipotéticas a la comprobación y crítica de los filósofos del porvenir. Hay, así, un lazo perenne entre, el ayer, el hoy y el mañana. La evolución progresiva del conocimiento depende, en gran medida, de la coordinación de todos los esfuerzos humanos en forma tal que, en lo posible, no se reitere inútilmente ninguno. La Historia de la Filosofía jurídica tiende, pues, por lo dicho, a este fin: a poner al alcance de los filósofos de hoy las experiencias acumuladas durante el pretérito, para que les sirvan de caución, de apoyo, de sugestión o de obligado precedente.

Todos estos sectores del conocimiento pertenecen a la Filosofía jurídica "en propiedad y para siempre". Forman su patrimonio particular inalienable e incompañado. Constituyen el último reducto de donde no será desalojada jamás. No obstante, esta enumeración no agota las funciones que desempeña la Filosofía. La Filosofía debe ser también el fecundo claustro materno en que se engendren y se nutran hasta su emancipación nuevas y nuevas Ciencias. Así se explica que se comprendan hoy aún en el ámbito de la Filosofía del Derecho Ciencias que, como la Teoría General del Derecho o la Lógica jurídica, están llamadas a gozar en el porvenir de plena autonomía. La Filosofía debe hacer hoy con el Derecho lo que no tuvo ocasión de hacer en sus orígenes: un triple papel de madre, de comadrona y de nodriza (⁴¹⁶).

10. La Ciencia, de la Legislación.

a) Consideraciones introductivas

Con la audacia expresiva que es su más saliente característica., el gran Shelley ha evocado el

⁴¹⁶ *Sobre los esfuerzos parafilosóficos para constituir una Teoría General del Derecho, vid. BOBBIO: Studi sulla Teoría Generale del Diritto 1955. Sobre el estado actual de la Lógica jurídica, vid. LEGAZ: El problema de la Lógica jurídica en algunas obras, recientes., en A. F. D. II, 1954, 297 ss.*

progreso científico con estas certeras palabras:

“...En las mentes intrépidas
hora tras hora el pensamiento se amontona
hasta que estalla alguna gran verdad y
se conmueve el mundo en torno...”

Tal vez sea imposible describir más exactamente los efectos que tiene para la humanidad el descubrimiento de las grandes verdades: estallan con incalculable potencia explosiva y nadie puede prever- cuáles serán sus resultados últimos.

Muy a menudo, por una momentánea incompreensión de ciertas ideas científicas, se oye preguntar- para qué sirve la enunciación de alguna verdad abstracta y poco accesible. Por todos los sabios ya ha replicado Lacobi orgullosamente: ”¡Para honrar la mente humana!” Con seguridad que se necesita ser un hombre cíe Ciencia para identificarse con una concepción tan desinteresada del saber. A los hombres positivos no les dará satisfacción, desde luego. Pero también para ellos hay la adecuada contestación incontestable, el lema de Bacon: “Saber es poder”. Cualquier verdad científica, por insignificante que parezca, atesora la virtualidad fructífera de un grano de trigo: ¿quién podrá conjeturar a cuántos millones de hombres servirá de alimento mañana?

Nadie se atrevería hoy a preguntar para qué sirve la investigación física o aún la investigación matemática, más desligada de lo práctico que otra cualquiera. Las conquistas de las Ciencias exactas son tan espectaculares y evidentes que han sorprendido de admiración a todos los hombres. Las nuevas teorías científicas se miran con respeto en estas materias y, a pesar de su carácter misterioso y de su desconcertante apariencia, se toman muy en serio, casi con temor reverencial. Ya nadie se permite poner en duda su importancia.

Sin embargo, oírás Ciencias no gozan del mismo predicamento. Todavía son muchos —incluso entre juristas— los que cuestionan hoy sobre el valor de la investigación científica en el Derecho. Con suma frecuencia se oye decir —entre los *prácticos* sobre todo— ¡Bah, eso son teorías!; es decir, divagaciones impertinentes, buenas solo a título de pasatiempos. Los que así proceden ignoran que esa actitud implica ni más ni menos que la negación de todo progreso. No tienen en cuenta que de no haber sido por los que supieron aventurarse, más allá de la Ley y de la costumbre, por las regiones inseguras y riesgosas de las teorías, estaríamos aún nosotros en el paleolítico de la Ciencia jurídica. Y desde luego, si nosotros no cediéramos a la inquietud de investigar en la región incierta de lo posible, nuestros hijos se encontrarían mañana en un mundo inhóspito, donde el Derecho sería una camisa de fuerza que los sofocaría.

Esto aparte, tampoco, a la verdad, se suele valorar adecuadamente la contribución de los juristas al progreso humano. Los benefactores de la humanidad son, a tenor del sentir común, los médicos, los físicos, los genetistas, los químicos... pero, al parecer, no hay nadie dispuesto a incluir en la lista al investigador desinteresarlo del *Derecho que debe ser*. Generalmente se le trata con olímpico desdén, se pasa por alto su obra desaprensivamente y se le atribuye, sin el mínimo discernimiento, una buena parte de la responsabilidad en el mal que ocasionan a la Sociedad los leguleyos.

Un día, en una disputa universitaria, cuando químicos, físicos, matemáticos y médicos se vanagloriaban de su profesión, ponderando el valor de sus respectivas aportaciones al progreso

humano, creí del caso recordarles cómo su hostilidad para con los juristas era el fruto de una ceguera radical a los bienes que van unidos a la evolución del Derecho. Ninguna de las Ciencias dique se ufanaban podría existir al presente si el Derecho no hubiese dado lugar con antelación al estadio de sociabilidad que las hizo posibles. Toda Ciencia es una empresa social. Y, por eso, el Derecho, del cual la Sociedad es hija, condiciona a cada Ciencia particular de una manera inevitable.

¿Benefactor de la humanidad el jurista? ¿Y quién puede dudarle? Compárense las instituciones sociales de hoy, por poco satisfactorias que ya nos parezcan, con las que estuvieron vigentes otrora y hágase un balance: *el resultado es el haber de los juristas*.

Sería infantil creer que la gloria lucrada por la introducción de un nuevo Derecho más justo corresponda por entero a lo> políticos y a los legisladores que de consuno lo han establecido. El refrendo coactivo del Poder es cosa secundaria en la realización del ideal jurídico. Lo verdaderamente esencial es el progreso de los conceptos científicos. Desde que, con evidencia lógica, se demuestra la superioridad de una fórmula litisdecisoria su instauración positiva queda asegurada. De nada valdrá la resistencia del Legislador. No hay fanatismo capaz de soportar la radiación ultrapenetrante de las convicciones científicas.

No sería necesario detenerse a demostrar estas aserciones si los historiadores del Derecho hubieran estado a la altura de la misión que les compete. Si la evolución jurídica se ofreciera a nuestros ojos como un proceso perfectamente delimitado en toda: sus fases quedaría de manifiesto con abrumadora patencia el nexo causal entre las ideas y la situación positiva del Derecho, iríamos viendo así cómo los legisladores, de no andar a ciegas, se mueven a la zaga y construyen a expensas de los materiales acumulados por los juristas.

Dentro de nuestro limitado círculo de experiencias estamos, sin embargo, en condiciones de inducir una conclusión semejante. A cada paso podemos comprobar, en efecto, que las normas no tienen sentido sin ciertas determinaciones conceptuales que suponen o precisan una previa o una ulterior indagación científica. Ningún legislador sería capaz por sí sólo, desentendiéndose del pasado, de crear *ex novo* el complicado sistema jurídico que demanda cualquier Estado moderno. Lamas, por otra parte, una nueva regulación jurídica ha podido ser auténticamente *vivida* si no responde a una seria investigación de las realidades que condicionan el Derecho. La Ciencia jurídica, por imperfecta que se quiera, ha sido imprescindible desde siempre. ¿A qué viene, pues, hablar ahora, con pretensiones de originalidad, de la necesidad acuciante de hacer una verdadera Ciencia jurídica de nuevo cuño?

Ante la actual imposibilidad práctica de que la Sociedad implante espontáneamente su propio Derecho, la Política legislativa es inevitable. El único problema que cabe plantear en realidad sin suscitar cuestiones bizantinas es el de los criterios en que la Política del Derecho debe inspirarse. Se trata de saber si han de hacerse las Leyes al buen tuntún, juzgando por instinto qué norma procede adoptar en cada caso, o si, por el contrario, conviene —y es posible!— referirse a módulos objetivos de convicción desde los cuales quepa determinar la regla de conducta que se amolde mejora la singularidad de las circunstancias concurrentes.

Propuesto en estos términos el dilema, no es probable que nadie vaya a refugiarse en la primera de las alternativas. Aún los más interesados en mantener el *status quo* tienen La suficiente perspicacia para no atreverse a preferir descaradamente una legislación caprichosa a una legislación científica. Hay verdades que son difíciles de ignorar aunque se quiera hacer el caldo gordo a los políticos. A los partidarios del voluntarismo jurídico les es menester atrincherar su sinrazón en algún pretexto razonable, pues en otro caso nadie les prestaría oídos. Ahora bien,

¿cuáles son los argumentos que esgrimen?

En bien de la verdad, hay que reconocer que la discusión no propicia los escarceos dialécticos. Bajo muchedumbre de formas, todos los alegatos opuestos han de converger sobre la misma línea. Lo único que se puede sostener en definitiva contra la posibilidad de hacer de la Política legislativa una Ciencia es... que no ha sido elaborada aún. Ni que decir tiene que casi no existe ninguna Ciencia que no haya tenido que menospreciar en sus orígenes análogas argucias. El hombre, por desgracia, tiene demasiado a menudo en la boca la palabra “imposible”. ¿No recordamos todos aquellos libros de Física de medio siglo atrás en que “se demostraba” la imposibilidad de volar con aparatos más pesados que el aire? ¡Los sabios oficiales defienden como pueden sus fueros de “pontífices”! Si una nueva Ciencia fuera viable ¿no se les iba a ocurrir a ellos?

¿Qué es lo que cabe objetar seriamente a la Política del Derecho? En rigor, sólo con dos armas se la combate: Negando, en primer lugar, que teóricamente pueda ser susceptible de conocimiento científico; cuestionando, en segundo término, la posibilidad de su realización práctica.

La Política del Derecho —se viene a decir— se opone esencialmente a un tratamiento científico. Es “Política”; no “Derecho”. Como Política, prevalece en ella el aspecto voluntarista sobre el intelectualismo que domina en la Ciencia. Precisamente empieza la Política allí donde la Ciencia acaba. La Ciencia es *previsión*; la Política *el arte de enfrentarse con lo imprevisto*. La Ciencia podrá ir resolviendo algunos problemas —siempre muy pocos— de los innumerables que la vida propone a los políticos. Pero muchos —los más— han de encararse, más allá de los recursos científicos, con sólo las luces del instinto; El político no puede esperar a que la Ciencia le resuelva los problemas; tiene, perentoria necesidad de darles rápida solución por sí mismo. ***Tiene que haber Derecho antes de que se sepa con científica seguridad cómo ha de ser el Ordenamiento que responda o las exigencias, de la Justicia.*** Pero este argumento, aunque se apoye sobre algunas apreciaciones acertadas, no tiene el alcance que se le quiere dar. Distiende de mala manera el concepto de la Política. La Política se suele configurar como el arte de utilizar los medios adecuados para el cumplimiento de los fines sociales o estatales (⁴¹⁷). Ahora que, según es obvio,

⁴¹⁷ Vid. p. e., SAUER: *Filosofía jurídica y social* (Legaz), 1933, 175 ss. Muchas veces aparece la Política caracterizada como Ciencia; pero no hay que dejarse engañar por la materialidad del vocablo. Lo que ocurre es que entonces se amplifica el término hasta hacerlo sinónimo de conocimiento. En el fondo, no se cree que la Política constituya un saber sistemático con fuerza de convicción, sino una serie de principios derivados de observaciones comunes y cuya eficacia es dudosa. Por eso no es infrecuente ver cómo se duplica «1 concepto de la Política en perspectivas no conciliables, pues se le hace ser a la vez Ciencia y Arte. Pero obvio es que una misma cosa no puede ser a un tiempo estas dos tan dispares, pues no caben en el mismo objeto lógico predicados incompatibles. O es Ciencia o es Arte, porque en los tipos de saber ambas posibilidades son excluyentes, como lo demuestra el hecho incontestable de que los principios que se dan por Ciencia no se dan por Arte.

Sobre la dualidad de aspectos en la Política vid. BLUNTSCHLI: *La Politique*, 1879, 1 ss. RUÍZ DEL CASTILLO: *Manual de Derecho Político*, 1939, 10 ss.

Contra la posibilidad científica de la Política vid. KELSEN: *Teoría General del Estado* (Legaz), 1934, 35 y. s. Con su peculiar sagacidad, el fundador de la Escuela Vienesa subraya el carácter técnico de la Política, tal como es habitualmente deslindada; pero vincula con error su acientificidad o, mejor dicho, su pobre fuerza de convicción, a la imposibilidad de los experimentos políticos.

Contrario también al concepto científico de la Política, ORTEGA: Vid. p. e., *Mirabeau o el*

en este aserto no puede verse nada que se parezca a una definición. Encubre tanto como revela. Presupone demasiado. No exterioriza la verdadera esencia de la Política. ¿Cuáles son los fines sociales o estatales por los que ha de preocuparse el político? ¿Cuál el método capaz de garantizar la idoneidad de los medios? ¿Basta la ciega consecución de fines o será preciso supeditar a un ideal ético la actividad desplegada para cumplirlos? Sobre todos estos problemas ineludibles guarda silencio la pretendida fórmula definitoria. No es, utilizable, pues, con criterio dialéctico, para esclarecer los posibles puntos de contacto entre la Ciencia y la Política. Funcionando como premisa una proposición tan abiertamente incompleta, nunca podríamos albergar la seguridad de que la conclusión que obtuviéramos fuera verdadera o falsa: La ambigüedad inicial nunca podría generar ninguna especie de certidumbre. No queda otro camino, por tanto, para arribar a la solución del problema, que detenerse un instante en averiguar la esencia de la Política y deducir después si esa esencia es, como se pretende, inconciliable con la aprehensión científica.

¿Qué es, en consecuencia, la Política? La Política es, antes que nada, una técnica de aplicación. Toda técnica trata de poner en práctica un cierto género de conocimientos. La misión del técnico consiste en ver de qué manera podrán aprovecharse para la vida los diversos saberes a medida que se van adquiriendo. Pero cada técnica tiene una limitación: está ligada a una clase específica de conocimientos. La Política, en cambio, al igual que la Filosofía, rehuye toda limitación. Si la Filosofía es síntesis universal de saberes y Ciencia de Ciencias, la Política es también técnica de técnicas: un esfuerzo en pro de la absoluta disponibilidad de todos los conocimientos. Cuanto de valioso haya disperso en la Comunidad, debe ser totalizado y articulado por el político. Ningún saber debe permanecer infecundo, inexplorado, sino que todos y cada uno deben ser estirados y coordinados hasta que rindan en la medida de su virtualidad. En este sentido, no cabe poner en duda en que la Política es la auténtica Filosofía de la práctica: una, también, a modo de super-Ciencia, destinada a la integración universal de los esfuerzos humanos de toda índole persiguiendo sistemáticamente un aumento del bienestar.

La Sociedad humana es el resultado de una suma de estructuras de cooperación. Prevalece en ella, en la mayoría de los casos, lo *espontáneo* sobre lo *reflexivo*. Por eso se da en la misma una gran redundancia de esfuerzos, se quebranta a menudo la ley del mínimo medio y muchedumbre de iniciativas y de ideas valiosas restan inactuadas. Frente a éstas deficiencias, la Política trata precisamente de hacer de la cooperación interhumana una obra reflexiva y madura, que, dejando lo menos posible al azar, racionalice por completo La actividad de los hombres, de suerte que su rendimiento sea el máximo. He ahí por qué el fin de la Política tiene que estribar en la integración coordinada de las labores humanas para incremento del acervo social y exaltación metódica de los supremos, valores inherentes a la personalidad y a la libertad.

Dada esta caracterización de la Política, procede ahora preguntar si será susceptible de tratamiento científico. La respuesta ha de ser positiva. Si las notas distintivas de la Ciencia son la “representabilidad hipotética” y el ejercicio sistemático del “principio de exclusión”, es evidente

político, en *Tríptico*, 1955, 36, 48 ss.

Propugnando la concepción de la Política como Ciencia, por más que rebajen el concepto de Ciencia a una esfera más modesta de lo usual, vid. RODEE-ANDERSON-CHRISTOL : Introduction to Political Science 1957, 1 ss.

Sobre las diferentes actitudes ante el concepto de lo político y su posibilidad de consideración unitaria, vid. SÁNCHEZ AGESTA: Lecciones de Derecho Político, 1947, 25 ss. 57 ss.

que la Política está en condiciones de ser objeto de aprehensión científica (⁴¹⁸). En efecto: Imaginemos una serie de *programas políticos* brindan de soluciones a un problema o a una multitud de problemas *determinados* (los problemas políticos son siempre *actuales, empíricos* y, por ende, *numerables*). Con todos los *programas* (también finitos, por la misma razón), tratados como hipótesis a comprobar, puede procederse a una depuración y exclusión sistemática de la misma naturaleza empiriocrítica que la de las restantes Ciencias experimentales. Porque cabe al político someter a rigurosa experiencia cada uno de los programas en juego para ver en vivo cuál es más idóneo al cumplimiento del fin esencial que persiguen. En el fondo, pues, se cuenta en este campo con el mismo módulo objetivo de convicción con que triunfan las Ciencias de la naturaleza. Por más que el experimento político “sea más lento, costoso y complicado que otro experimento científico cualquiera, no por ello es menos posible, y de ahí que se pueda racionalizar escrupulosamente la acción política y sujetarla a normas técnicas precisas. Excusado es decir, por eso, cómo la Política del Derecho demanda, en consecuencia, una seria elaboración científica.

Pese a estos argumentos de deslumbradora evidencia, los partidarios de la concepción de la Política como Arte suelen, para mantener su criterio, revolversse contra la posibilidad de verificar experimentalmente la calidad de los diferentes programas políticos. La experiencia —alegan— sólo se conoce *a posteriori*. En cambio, el político no puede diferir su actuación en tanto no se haya concluido el experimento al que su decisión ha de confiarse. La Política rechaza toda suspensión de juicio; exige saber en seguida a qué atenerse y obrar con prontitud, en el mismo momento en que lo requieren las circunstancias.

Pero otra vez la resistencia a las nuevas ideas obedece a una incomprensión. La Política no podría ser, en efecto, objeto de tratamiento científico si todos los problemas a que ha de dar solución carecieran de una base común homogénea. Lo irreiterable está reñido con la Ciencia. Si en Política no fuera dado encontrar factores constantes y aconteceres periódicos quedaría radicalmente obstada cualquier tentativa de construcción científica. Ahora bien, aquí se echa de ver sin esfuerzo que el caso es muy otro. En Política se dan con frecuencia en el espacio multitud de situaciones similares y son también muchos los invariantes en el tiempo. Prescindiendo de diferencias accidentales, el problema que se presenta al Alcalde de Cierto Punto, que quiere saber cómo organizar una empresa pública para evitar la amenaza de un monopolio, es el mismo que tienen planteado también los Presidentes de las Corporaciones municipales de Aquí Cerca y de Allí Lejitos, y el mismo con que se enfrentarán en seguida en Cualquier Sitio y en Sabe Dios Donde. La sistematización de la experiencia acumulada en el espacio y en el tiempo no sólo es posible sino necesaria. Incluso se está efectuando actualmente, aunque no todo lo rigurosamente que debiera. Lo único, pues, que se postula al romper lanzas por la absorción de la Política por la Ciencia es que se haga más concienzuda y racionalmente algo que se está empezando a hacer ya.

Otro alegato aducible contra la posibilidad de hacer de la Política del Derecho una Ciencia es el pronunciado voluntarismo que domina la creación jurídica. Según se cree, el Derecho necesita siempre una autoridad indiscutida que *defina* categóricamente lo que no es lícito, frente a lo que, en su defecto, lo es.

Cuando la Teoría pura del Derecho establece una contraposición radical entre Ciencia del Derecho y Política del Derecho no hace más, en el fondo, que exponer la creencia general de que la Política y la Ciencia son incompatibles. La Teoría pura del Derecho quiere ser una sistematización científica; por eso rehuye todo contacto con la Política jurídica. A esta la considera como

⁴¹⁸ Vid. mis *Estudios*, cit. 20 ss.

“ideología” y nada más ⁽⁴¹⁹⁾.

No deja de resultar paradójico que Kelsen, movido por una intención cientifista, se haya ido a filar en el Derecho positivo como sede de su reflexión crítica. Concebir el Derecho como filial e inseparable del Poder y, por tanto, como contingente y tornadizo, y tener, sin embargo, la pretensión de dar rango científico a su precario y aventurado conocimiento, parece alardear de un contrasentido. La Ciencia, como lo sabía muy bien von Kirchmann necesita contar con substratos inalterables que garanticen la perennidad de los datos empíricos recogidos. En otro caso, el imprescindible inventario de experiencias se hace ilusorio a cada momento y La edificación científica falla desde su propia base ⁽⁴²⁰⁾. Cabe —contra el supuesto kelseniano— una Ciencia de la Legislación; pero no cabe una Ciencia de ningún Derecho *positivo*.

En el mismo repudio de la Política del Derecho incurre también la Teoría egológica ⁽⁴²¹⁾. Y, por cierto, de una manera inexplicable. Cossio acepta y menciona con frecuencia la definición que del conocimiento científico dio Karl Laspers, caracterizándolo por su *certeza constrictiva y validez universal*. Pero nada se opone más a este ideal gnoseológico que la investigación jurídico-positiva.

Amén de todo esto, Cossio sostiene que es la conducta y no las normas el objeto de conocimiento para el jurista. Bien. Supongamos que así sea. En tal caso, la conducta podría estudiarse de dos modos: *como es realmente*, en sus uniformidades estadísticas, con la consiguiente aplicación del cálculo de probabilidades, o *como debe ser en abstracto*; es decir, por una parte cabe preguntar: ¿cómo suele ser la conducta de hecho?, y, por otra, ¿qué leyes deberían darse para regir la conducta de tal manera que la paz social tendiera a su máximo? A estas dos cuestiones cabe una respuesta de validez universal! y de certeza constrictiva; pero si inquirimos, además, cómo debe ser la conducta dado un cierto sistema positivo en sí mismo incógnito o problemático, la seguridad científica se esfuma. Apenas hayamos ensayado una respuesta, el tal sistema habrá cambiado ya —¡aún en el supuesto de ser rectamente conocido!— y todas nuestras previsiones se vendrán a tierra. ¡Son otros, pues, los caminos para elaborar una verdadera Ciencia jurídica!

En rigor es un pobre argumento el que se funda en *como es el Derecho hoy* para tratar de rebatir las reivindicaciones de una Política legislativa encerrada en un horizonte científico. La creación jurídica es, en efecto, actualmente un cometido del Poder. Pero justo esta circunstancia es la que se opone a la racionalización científica del Derecho y por ello la primera imposición de la Ciencia legislativa tiene que ser, ni más ni menos, la *impersonalización* absoluta en la producción de normas jurídicas. Si esto es posible, no lo ha de decir el Derecho de hoy, sino la verdad y el Derecho de mañana.

b) La lucha por la segunda jurídica

Una de las fuerzas más poderosas y más constantes que ha presidido la evolución del Derecho ha sido el ideal de *seguridad jurídica*. En persecución de este ideal, los primitivos ordenamientos positivos, organizados sobre la base de una Justicia casuística “inspirada”, con una norma para

⁴¹⁹ *KELSEN: La teoría pura del Derecho, cit., 25 ss.*

⁴²⁰ *KIRCHMANN: La Jurisprudencia no es Ciencia (Truyol), 1949, 54 ss.*

⁴²¹ *COSSIO: La plenitud del Ordenamiento jurídico. 1947, 146 ss. La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho, 1954. 57 ss.*

cada supuesto litigioso y unos métodos de creación rodeados de misterio (⁴²²), consagraron primero la Jurisprudencia; es decir, el carácter vinculatorio del precedente, y, no contentos todavía con esta forma embrionaria de anticipar el fallo judicial, osaron saltar de lo concreto a lo abstracto y recurrieron después a la Ley, como instrumento más acabado para efectuar la previsión y condicionamiento de las sentencias. El Derecho, nacido por y para los casos concretos, exclusivamente operante en realidades casuísticas, toma, así, apoyo, cada vez mayor, en principios abstractos y va logrando conformación científica. Este proceso de diferenciación gradual y de progresiva abstracción es uno de los hechos capitales de la cultura jurídica continental europea (⁴²³)

⁴²² *Sobre el proceso de formación de las normas jurídicas en épocas primitivas, pasando de los meros hechos a una consideración teórica esquemática, vid. DEKKERS: **Le Droit privé des peuples**. 1953, 247 ss. Sobre el sistema decisorio basado en la ordalía vid. LEVY-BRUHL: **La mentalidad primitiva** (Weinberg), 1957, 191 ss. Para una exposición moderna y crítica del Derecho primitivo, vid. SEAGLE: **Welt Geschichte des Rechts** (Thiele-Fredersdorf), 1951, 49 ss.*

*La conclusión que parece más probable después de los datos etnográficos recogidos no es muy aceptable cuando uno se coloca en un punto de vista filosófico. A tenor de las conjeturas fundadas en datos arqueológicas y en el estudio de los primitivos actuales, las primeras normas litisdecisorias habrían surgido sin pretensiones de adecuación a los casos litigiosos planteados. Pero esta hipótesis es tan contraria a un hecho psicológico tan elemental como el sentimiento de lo justo, que sólo es admisible cuando ninguna otra explicación lo sea, Fácilmente las normas externas del procedimiento probatorio en los primitivos juicios pueden pasar, si no se anda con especiales prevenciones, por normas litisdecisorias de contenido material. El procedimiento puede reducirse —y es explicable que se reduzca— a un método de averiguación de la verdad, tendente a saber cuál de las partes la dice. Pero aún tras esta decisión sobre un hecho resta la decisión jurídica, que únicamente puede lograrse mediante la aplicación de alguna norma de carácter material **supuesta en vigor**.*

⁴²³ *El Derecho inglés constituye una notabilísima excepción a esta regla. En él el sistema del precedente jurisprudencial (el **case law**) se ha mantenido hasta nuestros días. Tal vez la explicación de este hecho haya sido que los ingleses han perseguido la **seguridad jurídica** por un camino diferente al nuestro. Nosotros hemos querido prever el Derecho a base de leyes previas fáciles de conocer; porque hemos confiado más en el Legislador que en los Jueces. Los ingleses, que son instintivamente buenos políticos porque parten de un principio de desconfianza en la Política, han preferido confiar en los Jueces a confiar en los políticos. Y han optado por un Derecho hecho privadamente y caso a caso por el Juez más bien que por un Derecho hecho de una vez para siempre, con métodos políticos, por los Legisladores. El ideal, dista de ambo? extremas. Ni Legisladores ni Jueces, sino Juristas y. Jueces de consuno.*

*Sobre el Derecho inglés, vid. ÁNGEL: **La “Common Law” d'Angleterre**, 1929; JENKS: **El Derecho inglés** (Paniagua), 1930; BECKER: **Das Common Law als methode der Rechtsfindung**, 1952; RUBINSTEIN: **Iniciación al Derecho inglés** (Lardí), 1956; RADBRUCH: **El espíritu del Derecho inglés**.*

El concreto origen del “common Law” permanece aún en el misterio. Si hubiéramos de aventurar una hipótesis, diríamos que la remisión al “common Law”, bajo el cual se habrían de ver, aparentemente, las costumbres locales anglosajonas, era el pretexto político con que los Tribunales instituidos por los normandos introducirían subrepticamente sus propios criterios jurídicos. Esto no se logró sin resistencia. Y la expresión de ella cuajó en una de las máximas conquistáis del Derecho procesal inglés, paralela; pero independiente a la famosa bipartición

y vale bien la pena que nos detengamos un tanto en su análisis.

La seguridad jurídica exige saber a qué atenerse en todo momento respecto a lo que es lícito o no es lícito hacer. Únicamente se puede **obrar sobre seguro** cuando consta con claridad **lo que está mandado y lo que: está prohibido**, y cuando es axiomático que, salvo las restricciones expresas de la libertad, campea el principio de **permisión residual** ⁽⁴²⁴⁾. Para que un Ordenamiento positivo brinde seguridad jurídica es indispensable que cada persona pueda conocer inequívocamente, en cualquier tiempo, sus obligaciones y sus derechos, ¡de suerte que no se le dé el caso de encontrarse súbitamente frente a responsabilidades inesperadas o imprevisibles o ante situaciones favorables que no le fue dado aprovechar. Gracias a la seguridad jurídica —escribe Bentham— cabe prever el futuro y tomar medidas en relación con él; sin el concurso de aquella no sería posible hacer proyectos, trabajar eficazmente, ahorrar ni hacer de la cultura una empresa continua y progresiva ⁽⁴²⁵⁾. Los mayores bienes del Derecho resultan inasequibles cuando la seguridad jurídica falta. Incluso la Justicia, que, se ha creído a veces reñida con la seguridad, es inconcebible sin ella, porque no hay Justicia sin coherencia ni coherencia sin seguridad ⁽⁴²⁶⁾. Por eso no es de extrañar que el hombre busque con impulsivo afán la certidumbre del Derecho, poniendo en el empeño todas sus energías.

La tendencia a la seguridad jurídica explica la evolución de los Ordenamientos jurídico-positivos hacia normas cada vez más y más abstractas. Aunque, en rigor, el Derecho es para dar una solución a casos individuales, por lo que lo ideal sería establecer para cada supuesto posible una regla distinta, ante la imposibilidad práctica de prever en concreto ese conjunto infinito de interferencias planteables, no queda otro remedio que tomar el camino de la tipificación abstractiva.

En los Ordenamientos jurídicos primitivos, aun sin más normas que ciertas convenciones originarias, obra de la costumbre ⁽⁴²⁷⁾, se profesaba la creencia —algo parecido piensan hoy algunos iusnaturalistas— de que todo el Derecho estaba ya estatuido idealmente y era susceptible de un conocimiento carismático. Dada esta opinión, todo intento de anticipar el contenido de las sentencias resultaba contradictorio. Había una norma para cada caso y no podían existir precedentes. Mientras la fe religiosa nimbaba el prestigio la figura del Juez, que se creía directamente inspirado por la Divinidad, la confianza en la certeza e incolumidad del propio Derecho llegaba a su máximo. Sin embargo, Tribunales que actuaban sin sujeción a reglas fijas, improvisando un criterio para cada caso, tenían, a la larga, que desembocar en innumerables contradicciones. Supuestos indiscernibles o, lo que es lo mismo, iguales, fueron tratados, así,

del procedimiento romano: la distinción entre el juicio sobre el hecho y el juicio sobre el Derecho. Todavía el Derecho procesal europeo no ha sabido asimilar, en el recto sentido de esta palabra, tan importante y científica diferenciación.

⁴²⁴ Vid. LOIS: *Estudios*, cit., 210 ss.

⁴²⁵ BENTHAM: *Tratados de legislación civil y penal* (Anduaga), II, 38 ss. El mismo: *Tratados sobre la organización judicial y la Codificación* (Anduaga), I, 1943, 85 ss.

⁴²⁶ Vid. mis *Estudios*, cit. 182 ss. en donde se prueba la inescindible relación entre la coherencia lógica y la Justicia. La coherencia es seguridad, por otra parte, en cuanto que impide desdecirse.

⁴²⁷ Vid. SEAGLE: *Op. cit.* 23 ss. y esp. 49 ss.

desigualmente, sembrando confusión y disgusto. Y, en cambio, se ¡daba el mismo tratamiento a hipótesis radicalmente dispares. El arbitrio judicial iba acarreado creciente inseguridad y descontento creciente, haciendo sentir la necesidad, cada vez más intensa, de ceñirlo con alguna norma limitativa. Al fin y al cabo, el que no haya modo de saber como va a reaccionar el Juez equivale a ignorar si se tiene o no se tiene derecho.

La primera forma de reducir el arbitrio, la más obvia y, por tanto, la primera en aparecer, consiste en ligar al Juez a sus propias resoluciones. Del mismo modo que la sentencia es “cosa juzgada” para las partes *en lo que tiene de concreto*, también se hace inmutable para el Juez, solo que a la inversa, *en lo que tiene de abstracto*. La santidad de la cosa juzgada, impuesta por la seguridad jurídica, implica, pues, dos cosas: En primer lugar, que la sentencia llegue a zanjar definitivamente las controversias que se susciten —de lo contrario se eternizarían los pleitos y la certeza de los derechos sería imposible—. En segundo lugar, que el Juez no pueda desdecirse ni anule hoy los principios que ayer ha sentado. De no ser así, el Derecho se irá negando a sí mismo y acabará degenerando en la más pura arbitrariedad. Guando el Juez actúa como Legislador es indispensable que las sentencias creen efectivamente Derecho. Y como la contradicción internormativa equivale a la ausencia de Derecho, las resoluciones judiciales tienen que ser congruentes consigo mismas: Unas deben quedar supeditadas a las otras. El precedente logra, de esta suerte, fuerza vinculante; el pasado condiciona el futuro y lo hace previsible; hecho y consecuencia jurídica guardan relación causal; el Derecho adquiere fijeza... He ahí cómo una Jurisprudencia consecuente garantiza la seguridad.

Desde que un fallo judicial es la norma que ha de inspirar la resolución de otros casos análogos, surge naturalmente la idea de confeccionar repertorios de Jurisprudencia. Ahora bien, como el valor normativo del precedente nada tiene que ver con las circunstancias irreiterables del litigio sino con lo que es en él reincidente, resulta más cómodo que los casos, según se coleccionan, se sometan a una depuración abstractiva. Entonces, cada sentencia, despersonalizada, liberada de todo dato irrevelante, asume estructura y forma de principio jurídico o de Ley. Una legislación casuística va naciendo, así, poco a poco, sigilosamente, al calor de la vida. Es el primer paso hacia una Ciencia del Derecho. El segundo se va a dar muy pronto.

La Jurisprudencia no es una forma satisfactoria de lograr La seguridad jurídica. Presenta demasiados inconvenientes para cumplir debidamente su función. Ante todo, se desarrolla con excesiva lentitud. Hace falta un larguísimo proceso de gestación histórica para que la Jurisprudencia pueda servir eficazmente como aleccionamiento de la conducta y como previsión de ulteriores fallos. Por otra parte, cada caso nuevo trae consigo una nueva inseguridad: Para saber a qué atenerse hay que esperar a que los Jueces lo resuelvan. Además, por muy amplia y variada que la Jurisprudencia sea, sus raíces casuísticas impiden que tenga el suficiente poder de representabilidad para conjeturar con fundamento cuál será el Derecho en un número grande de supuestos. Y, por si esto fuera poco, todavía el sistema de casos tiene la desventaja, no menos notoria, de su falta de flexibilidad. Si el precedente es injusto y se mantiene, la injusticia se multiplica. Y, en cambio, si se adopta otro criterio, se introduce ya la inseguridad ⁽⁴²⁸⁾.

Así las cosas, no podía menos de despertar la idea de *adelantarse a la experiencia* imaginando y resolviendo los casos *antes de que se le presentaran al Juez*. Si la sentencia llegaría tarde siendo posterior al litigio, era lógico no esperar a que el litigio se planteara; se obraría más cuerdate

⁴²⁸ Vid. VINOGRADOFF: *Introducción al Derecho*, cit. 126 ss. BECEÑA: *Magistratura y Justicia*. 1928, 119 ss.

presuponiendo éste y dirimiéndolo con antelación. Juzgando por anticipado, el Legislador no podía referirse a un supuesto litigioso particular sino a una serie de casos homogéneos. Tenía, a la fuerza, que generalizar: la visión intuitiva de lo concreto había de ser reemplazada por una visión conceptual de lo abstracto. El Derecho sería conocido de antemano y, con la Ley, reinaría la seguridad. Así se inició la segunda gran etapa evolutiva del Derecho continental europeo, que, después de siglos, se extiende hasta hoy.

Pero otra vez, ante los resultados obtenidos, la seguridad jurídica que ofrecen los Ordenamientos actuales se ha revelado en franca insuficiencia. Las Leyes han perdido su proverbial estabilidad; se han multiplicado hasta lo indecible; desdiciéndose unas a otras a cada instante, se han desautorizado sin límite... Hilas de la prisa de nuestro tiempo, carecen de madurez y de hondura; no alcanzan a prever el más leve cambio de circunstancias y están condenadas a una vida breve, por eso. ¡El Derecho parece haber sacrificado todo a la vana pretensión femenina de gustar a los más en un plebiscito ininterrumpido!

Más ni aún así, a pesar de lo elevadísimo del precio, han acertado las Leyes a cumplir su función. La Jurisprudencia delata hoy casi toda su primitiva imprevisibilidad. Las interpretaciones a que da lugar cada precepto jurídico son diversas y, a menudo, contradictorias. Si sobreviene un pleito, no es ahora su fallo sensiblemente más fácil de pronosticar. Cuánto más experto el Abogado a quien se consulte, se le hallará menos propicio a emitir conjeturas. A pesar de la gigantesca hipertrofia de Leyes, sigue siendo una incógnita la reacción futura del Juez... Por penoso que nos resulte confesarlo, no tenemos más remedio que reconocer que no existe tampoco al presente una auténtica seguridad jurídica. La situación del Derecho acusa, por ende, caracteres de extrema gravedad. ¿No habrá en este trance desesperado ningún remedio heroico que pueda aplicarse?

Examinemos antes, como preliminar a cualquier medida terapéutica, las causas a que hayan podido obedecer tan desalentadores eventos. Una sumaria reflexión enseña que una buena parte se debe a las condiciones a que se sujeta actualmente la elaboración de las Leyes. Otra, al descuido y a la confianza en que está inspirada la organización judicial y el procedimiento.

En efecto; en el ámbito de la creación legal domina hoy el crudo criterio de la preeminencia política. Se legisla por razón de poder, no por especial idoneidad para ese cometido. Así, no se llega al Derecho como remate; de una investigación neutral de las normas que expresen en cada caso la verdad jurídica, sino después de una decisión arbitraria, al margen de la Ciencia, y apenas confiada al instinto. De instrumento de paz y de Justicia, la Ley degenera, por eso, con suma frecuencia, en un arma de la lucha política. Se busca la perpetuación del Poder, no la coherencia lógica ni la congruencia con el fin jurídico. Los Ordenamientos positivos sirven, a menudo, en lugar de Derecho, un producto desnaturalizado que se presta muy bien a usos múltiples. Persigue ahora un interés de grupo o de contadas personas; después se utiliza para eliminar una resistencia que surge o para impedir, fomentando la discordia, el progreso de una convicción social que empieza a ser consciente de sí misma. Debilita aquí al enemigo presunto y fortalece allí al amigo previsto. No se trata ya de distinguir entre lo mío y lo tuyo, sino de administrar calculadamente entre *los nuestros y los otros*, cuidando de que no se confundan, *las recompensas y los castigos*...

No van mucho mejor las cosas en el terreno de la Jurisprudencia. El Juez dista de ser el observante desapasionado y escrupuloso de la Ley que hace de su función el mero ejercicio de una alta técnica científica. También él abandona la Lógica y la Epistemología y se entrega, en el mejor de los casos, a una serie de juicios intuitivos. El resultado es la imprevisibilidad de las sentencias. La Lógica es la misma en todas partes y con ella se puede pretender una cierta uniformidad de interpretación. Pero cuando se atiende al sentimiento personal de lo que debe ser, diverso como

la psicología humana, es imposible mantener la unidad de criterio.

Por lo demás, el procedimiento actual, en lugar de constituir un auxiliar valioso para los Jueces, como el método auténtico de investigación en el Derecho, es, en rigor, una fuente de problemas, de dificultades y de constante perturbación. Muy a menudo sirve de obstáculo, en vez de facilitar la protección jurídica...

Afortunadamente, todos estos males se pueden reducir a un denominador común: *a la deficiente integración científica del Derecho*. Desaparecerán, por ello, y se logrará sin más la seguridad jurídica hoy añorada, en cuanto funcione sistemáticamente una Legislación de elaboración impersonal y contenido científico. Procedamos a ver ahora cuántas exigencias lleva consigo la instauración práctica de este proyecto.

La primera de todas, y también la más esencial, puesto que ataca al mal en su misma raíz, es la *despolitización de la función legislativa*. Hasta el presente, hacer las Leyes ha sido una prerrogativa del mando. Se ha considerado la Legislación como una forma voluntarista de realizar los designios políticos. Las normas son órdenes y, por tanto, *actos de autoridad*. Quien ostenta la hegemonía en el poder tiene, por eso, automáticamente, la facultad de hacer a su gusto el Ordenamiento. Lo lícito y lo ilícito, lo justo y lo injusto, dependerán, en definitivo, de su albedrío.

Esta situación anómala debe cesar. Las Leyes del Derecho deben ser investigadas con la misma objetividad con que se investigan las restantes leyes científicas. Y si este trabajo de investigación es evidente que no lo pueden llevar a cabo los políticos, entonces tiene que ser cometido de los juristas. No hace falta —y sería peligroso— que se constituya un Parlamento con los más destacados juriconsultos del país. Basta con que ellos, libremente, indaguen, por propia iniciativa, qué normas litisdecisorias responden a la verdad jurídica. Una Comisión Codificadora, compuesta de técnicos en la Ciencia Legislativa, irá después elaborando, sin salirse de las directrices científicas hasta el momento dominantes, una Legislación axiomática, que no se aparte la más del terreno de los *principios*. Los Jueces estarán estrictamente obligados a no hacer uso nunca de otros principios que los así consagrados y serán, además, inducidos a ello por virtud de la organización que se dé al Poder jurisdiccional y por la disciplina formal a que se someta el proceso. De cualquier principio a sus consecuencias últimas no habrá otro entramado que el de simple operaciones lógico-jurídicas.

Vamos a ver ahora cómo es posible que estos postulados cardinales de un Derecho científico funcionen en la práctica y se realicen. Para eso, importa describir el método que permitirá hacer de la Legislación una obra impersonal y científica.

c) El Método operativo en la Ciencia de la Legislación

Imaginemos que un Estado cualquiera, p. e., el nuestro, intenta, de pronto, someter su sistema jurídico a los requerimientos de una Ciencia legislativa. ¿Cómo deberá conducirse para llevar a cabo su propósito? La respuesta detallada a esta interrogación implica la más intuitiva de las descripciones que cabe hacer del método propio para la investigación jurídica. Procuraremos, pues, emitirla inmediatamente, con la máxima claridad posible, bien que sin comprometer su necesario

carácter abstracto. Por razones obvias, todas las alusiones concretas habrán de referirse a España.

Establezcamos, para comenzar, la hipótesis de que la Comisión Codificadora española estuviera facultada para ir implantando en nuestro país una Legislación científica. ¿Qué debería hacer en ese caso? Para verlo, vamos a enfrentarla primero, a modo de paradigma, con uno de tantos problemas como tendría que plantearse.

Sea, pues, el supuesto litigioso *X*, integrado por una serie de pretensiones en conflicto, el cual se aspira a resolver en una forma impersonal y objetiva. Para concretar de alguna manera la cuestión, cabe imaginar que el tema jurídico pendiente es el tan espinoso y actual del **arrendamiento urbano**; en cuyo evento, las pretensiones encontradas son: las del propietario, que quiere limitar la duración del disfrute para restringir lo menos posible su derecho dispositivo y estar en condiciones de actualizar periódicamente el precio; y las del inquilino, quien, contrariamente, trata de estabilizar su situación, prolongando la vigencia del contrato, para librarse de los numerosos riesgos que suelen acompañar al desahucio. Los contrapuestos intereses de las dos partes hacen sentir generalmente su influencia sobre los Legisladores y, rompiendo su sagrada neutralidad, inducen casi siempre a tomar partido en pro de alguno de los dos bandos. Por lo común, en pro del que tiene más fuerza política. Pero ahora no se pretendí contentar a nadie ni hacer ninguna especie de **proselitismo**. Únicamente se ambiciona llegar a saber la disciplina jurídica a que, procediendo con absoluta imparcialidad, hay que someter el contrato arrendaticio para mantenerse en una rigurosa actitud científica.

La primera pregunta que habría que proponer antes de intentar ninguna otra cosa sería la siguiente: ¿Cuál es la naturaleza íntima del contrato de arrendamiento? Pese a lo que pudieran opinar algunos, no habríamos suscitado así una tediosa cuestión metafísica, sin ninguna relevancia práctica. Muy al contrario. Cualquier indagación científica sobre la regulación que haya de darse a una institución jurídica presupone un esclarecimiento previo de las formas puras de valor a que se reduzca (⁴²⁹). Sin este trámite, todo razonamiento constructivo en el campo del Derecho se haría imposible. ¿Cuáles son, pues, las formas puras de valor en que se subsume el arrendamiento?

La doctrina jurídica tradicional, al plantearse el problema de la naturaleza de la relación arrendaticia, consideraba sobreseída la dificultad con sólo decir que el arrendamiento es un **contrato consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y temporal**. Inútil parece insistir en que toda esta fórmula verbalista no tiene valor alguno. Es una demostración más de la deficiente técnica científica de los juristas. Hay ahí una connotación **a posteriori** de algunas características positivas con las que el Legislador ha querido revestir el arrendamiento, que pueden servir, sí, para fines, didácticos, a modo de clave mnemotécnica; pero que son completamente vacuas casi todas cuando se trata de investigar **cómo debe ser el arrendamiento**. A este propósito sólo importan **las condiciones a priori que to realidad o la lógica**, hacen consustanciales a la relación arrendaticia. Es decir, lo que es **por naturaleza** propio del arrendamiento porque le viene impuesto por las instituciones primitivas a cuya costa se genera (⁴³⁰).

La teoría dominante entre los civilistas, buena prueba de su falta de sensibilidad a los problemas auténticos, ha venido arrullándonos hasta hoy con la cantinela de que hay una dualidad radical en el mundo jurídico, representada por la distinción entre **derechos reales y derechos personajes o de obligaciones**. Los **derechos, reales** aparecen configurados a través de las peculiaridades

⁴²⁹ Cfr. LOIS: *Sobre el concepto de "naturaleza jurídica"*, en *Anuario Fil. del D. IV*, 159. ss.

⁴³⁰ Vid. *separata del artículo últimamente cit.* 15 y ss.

siguientes: 1^a. *un poder de dominación inmediato sobre una cosa*; 2^a. *una universal facultad de exclusión*; y 3^a. *una acción reipersecutoria para su tutela*. Los *derechos de obligaciones*, por el contrario, presentan como notas distintivas éstas otras: 1^a. *un sujeto pasivo directamente afectado*; 2^a. *un objeto, dibujado como prestación, cuyo control futuro requiere un concurso intermediario*; y 3^a. *una acción protectora que no se proyecta sobre la cosa sino sobre un apto particular del obligado*.

La causa del error que sufren los civilistas, en este como en tantos otros puntos, estriba en su maniática costumbre de tratar el Derecho como si sólo fuese un conjunto de normas. Juzgando exclusivamente según contexto literal de la Ley es fácil urdir la conclusión de que los (llamados) derechos reales aíslan una relación persona-cosa. Pero si se enfoca, tras las palabras de la Ley, la realidad *jurídica*, esta hipótesis se hace insostenible. En el señorío del hombre sobre las cosas, así en abstracto, no podría verse más que un acto de mera potencia física, que al Derecho no le concierne. Lo que hace que pueda tener significado jurídico la exteriorización de alguna potestad de dominación sobre las cosas es la decisión social de atribuir a ciertos *hábitos de conducta* el *valor de títulos de acción*. Por eso, la posesión, que no es más que un título⁽⁴³¹⁾, una forma de valor jurídico, resulta la envoltura de todos los derechos, la unidad de medida última a la que el Derecho tiene que recurrir. De ahí lo fútil de la dicotomía *derechos, reales-derechos personales*. Si la posesión vale por sí misma, cosa incuestionable en todos los ordenamientos, no es posible hablar de derechos reales, sino de *mejor derecho a la posesión*, de *conflicto entre titularidades diversas —como siempre en la vida—*. Por lo demás, ¿cómo distinguir, por ejemplo, atendiendo estrictamente a la forma exterior de dominación, entre un derecho, que, como el arrendamiento, se califica generalmente como personal y el mismo dominio? Y no olvidemos —aún— que ciertas modalidades atenuadas del dominio (*dominio directo sin dominio útil*) serían a este tenor verdaderos derechos obligacionales. ¡Extraña parábola!

Por lo que hace a la *facultad de exclusión*, el desacierto de los civilistas es no menos notorio. Todo título entraña una *pretensión de exclusiva*; no en vano el Derecho es un distribuidor de *monopolios* infranqueables⁽⁴³²⁾. Tanto los aparentes como los verdaderos derechos subjetivos⁽⁴³³⁾ no son más que una cierta exclusiva para algo.

El último criterio diferencial, el atinente a la acción, viene también a resultar fallido; La “acción” a la que se refieren los civilistas no responde ya al concepto científico que los procesalistas han elaborado. Las “acciones” preprocesales se han reducido a “pretensiones”, y nada más. Pero las “pretensiones” son meros derechos formales, independientes de toda relación material: son derechos a la audiencia en Justicia. Y las “acciones” propiamente tales, que surgen del proceso, son todas de carácter ejecutivo y su única distinción admisible tiene que ser la que: atienda a las modalidades de la ejecución⁽⁴³⁴⁾. En resumen: la base sistemática de las explicaciones más autorizadas del Derecho civil es completamente ficticia.

De este vicio de origen tienen que resentirse por igual todas las construcciones civilistas. A la hora

⁴³¹ Vid. más adelante el apéndice primero.

⁴³² LOIS: *Proceso y Forma*, 1947, 48 ss.

⁴³³ *Op. cit.* 52 ss. Vid. también *Grandes problemas del Derecho procesal*, s. f. 87 ss. 159 ss. 227 ss.

⁴³⁴ *Grandes problemas*, cit. 178 ss.

de calificar, por ejemplo, la relación arrendaticia urbana, el impacto de aquella teoría es evidente: nubla los ojos con la fuerza de los prejuicios inveterados. Por eso vamos a prescindir de ella, en gracia de otra concepción más profunda y exacta del Derecho.

Indaguemos, primero, a qué instituciones jurídicas se debela existencia del arrendamiento. Para simplificar momentáneamente el problema, podemos afirmar, en primera aproximación, que la relación arrendaticia es consecuencia de una **desmembración contractual del derecho de propiedad**. Su organización positiva dependerá, pues, de los rasgos hereditarios que reciba de la **propiedad** y del **contrato constitutivo**. Y he ahí por qué, antes de proceder a la formulación del régimen jurídico adecuado al arrendamiento, nos sea menester decir algunas palabras sobre las respectivas esencias de esas dos categorías jurídicas.

¿Qué es la propiedad? Por singular que pueda parecer, lo cierto es que los juristas utilizan el término sin conciencia cabal de que lo emplean en los más diversos y poco compaginables sentidos. La propiedad es, unas veces, la **“plena in re potestas”**; otras veces, en presencia de los (llamados) derechos reales limitativos, queda reducida a una forma más o menos vacía, que puede llegar, incluso, a un mero poder de disposición en expectativa de un futuro disfrute —por eso hablaba Gierke de la **elasticidad** del dominio—. En rigor, no hay tal. Sostener que la propiedad puede ser **desmembrada** equivale a contradecir el concepto que se tiene del dominio. Si la propiedad es una determinada integración de poderes sobre los bienes, **tiene que hacerse otra cosa cuando alguno de estos poderes se haya perdido**.

En efecto: supongamos, por unos instantes, que definimos la propiedad como una “exclusiva dominical absoluta”. Si la propiedad es “eso” que ahora hemos definido; es decir, si el concepto de propiedad tiene la fijeza lógica indispensable para identificar una clase única de objetos entre todas las otras, entonces **ya no podremos seguir llamando propiedad a un grado de dominio relativo, restricto**. La propiedad, como tal, no puede soportar sin **desnaturalizarse** restricción de ninguna índole. O es propiedad, y entonces “su” característica estriba en ser el **más pleno** conjunto de atribuciones sobre una cosa; o no es “ese” pleno conjunto de atribuciones, y en tal hipótesis tampoco es propiedad, sino otra categoría jurídica distinta.

Claro está que se puede decir, para subsanar esta dificultad, que la esencia de la propiedad consiste simplemente en esa **última reserva de dominio** que permite recuperar y reconstruir ulteriormente la suma de facultades consentidas sobre las cosas. Pero aún así no se adelanta nada. La propiedad se convertiría en ese caso en una pura potencialidad y, por consiguiente, entre la **posibilidad de recuperación** y el **hecho** de la disponibilidad concreta sobre las utilidades del bien, que supone lo uno y lo otro, mediaría siempre un abismo, infranqueable sin el ilegítimo **salto ontológico**. Aparte de que alguno de los supuestos derechos reales limitativos, como cierta clase de servidumbres, pueden ser tan duraderos como el dominio.

Si unido a esto, tenemos también en cuenta que el cúmulo de poderes otorgados efectivamente sobre las cosas está variando constantemente en cada legislación al compás de las tendencias políticas dominantes, entonces será obvio que la categoría “propiedad” de que se valen los juristas es una **variable lógica** que designa un conjunto de situaciones más bien en un aspecto uniforme, fijo, de la realidad.

Todos los argumentos aducidos —y otros similares silenciados— conducen a pensar que la propiedad es más una explicación límite para hacer inteligibles los fenómenos jurídicos: ps decir, un modo de teorizar sobre el Derecho, que una **unidad real** de la experiencia jurídica.

Esta suposición se confirma al analizar **en concreto** en qué consiste verdaderamente esa relación

a que se llama *propiedad*. Que no es, desde luego, lo que todo el mundo se imagina, sino una cosa muy diferente. Es cierto que existe la propiedad: pero **no en los casos individuales sino en generalizaciones estadísticas**. La ley de los grandes números no deja lugar a dudas sobre el hecho de que tenga que haber una gran muchedumbre de propietarios y, sin embargo, **no es posible acreditar jamás ante un caso concreto que estemos ante un auténtico derecho de propiedad**. La prueba del dominio excede las fuerzas humanas. Sólo un ser omnisciente podría decidir quiénes son y quiénes no son propietarios. Toda propiedad surge por actos o hechos impermanentes que no dejan de suyo ninguna huella en la experiencia. Pasan y no se los puede acreditar directamente. Hay que acudir a *títulos* para atestiguarlos. Pero no admite duda que **los títulos no son los derechos**, aunque hayan de *valer* como tales, por la sobrada razón de que cualquier título puede ser *falso*. No estamos, pues, jamás en condiciones de acreditar que alguien sea propietario. Y, en consecuencia, al ser imposible la prueba del dominio, que garantiza cabalmente el “ser” en la experiencia jurídica, la propiedad no puede desempeñar evidentemente en la vida ningún papel. ¿Qué es, entonces, lo que hace realmente sus veces? Contestar a esta cuestión es entrar en el último estrato del Derecho. Vamos a intentar, pues, la respuesta; pero explicando antes la génesis del concepto abstracto de propiedad.

Caractericemos, para eso, en primer término, la libertad jurídica. A tenor de la fórmula que en otra ocasión hemos propuesto (⁴³⁵), si designamos por *L* la libertad jurídica, por *P* todo lo que es físicamente factible, por *V* el conjunto de prohibiciones y por *M* la suma de mandatos, podemos escribir la siguiente ecuación:

$$L = P - (V + M) \quad (1)$$

Esta fórmula considera evidentemente en abstracto la plena facultad de actuación de una persona *cualquiera*, con independencia de sus proyecciones *concretas* sobre las cosas que se le puedan enfrentar. Con respecto a éstas, el poder de dominación de la persona, abstracción hecha del concurso de las demás, no conoce otro límite que la mera potencia física. Por ello, con relación a una cosa cualquiera, cabe lícitamente aseverar:

$$L_o = P \quad (2)$$

indicando mediante el subíndice que se alude al ámbito de libertad jurídica sobre bienes u objetos de todas clases.

Si añadimos a esto el axioma de igualdad, por el cual no hay acepción de personas ante la Ley, tendremos:

$$S_1 = S_2 = S_3 = \dots = S_n \quad (3)$$

⁴³⁵ Vid. *Estudios cit.* 209 ss.

Y habida cuenta de que, por (2) toda limitación de la libertad habrá de darse únicamente en función de las libertades iguales de los restantes sujetos de Derecho, resulta con toda evidencia que:

$$V + M - [L(S_1) + L(S_2) + L(S_3) + \dots + L(S_n)] = O, \quad (4)$$

que aparece así como la ecuación fundamental de la Ciencia jurídica, de la que toda axiomatización del Derecho tiene que arrancar. De (1) y (4) se deduce inmediatamente que:

$$L = P - [L(S_1) + L(S_2) + L(S_3) + \dots + L(S_n)], \quad (5)$$

fórmula que cifra matemáticamente la definición del Derecho, y que se podría interpretar a tenor de cualquiera de las definiciones siguientes:

“El Derecho consiste en la determinación del margen de libertad a que debe reducirse la potencia física de cada persona en beneficio de todas y cada una de las demás.

“El Derecho es un orden de libertades compalibilizadas”..., etcétera.

De (5) y (3). por simples transformaciones elementales, cabe derivar:

$$L = P - L(S_x) \cdot n \quad (6)$$

Sustituyendo ahora P por su igual, según (2), obtendremos:

$$L_o - L(S_x) \cdot n = L, \quad (7)$$

lo cual quiere decir que “la órbita de titularidad de cada sujeto de Derecho es igual a la suma de facultades que le restan sobre las cosas después de deducir los poderes conferidos sobre las mismas a los demás”. Pues, al fin y a la postre, para llegar a este principio no hay más que tomar a la libertad en sus posibilidades concretas, al desplegarse en las cuales va engendrado la correspondiente *órbita de titularidad*.

De los principios anteriores cabe inferir ciertas consecuencias interesantes. Sea:

$$L_0(Sx) = \begin{array}{|l} a_{11} , a_{12} , a_{13} , \dots a_{1n} \\ b_{11} , b_{12} , b_{13} , \dots b_{1n} \\ c_{11} , c_{12} , c_{13} , \dots c_{1n} \\ \dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots \\ m_{11} , m_{12} , m_{13} , \dots m_{1n} \end{array} \quad (8)$$

la suma de poderes que alguna persona x puede ejercitar físicamente, en potencia, sobre las personas y las cosas.

Siendo

$$L_0(Sy) = \begin{array}{|l} \leftarrow a_{21} , a_{22} , a_{23} , \dots \leftarrow a_{2n} \\ b_{21} , \leftarrow b_{22} , b_{23} , \dots b_{2n} \\ c_{11} , c_{12} , \leftarrow c_{13} , \dots c_{2n} \\ \dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots \\ \leftarrow m_{21} , m_{22} , m_{23} , \dots \leftarrow m_{2n} \end{array} \quad (9)$$

la expresión de las posibilidades idénticas que otra persona cualquiera, tomada como representativa de la comunidad social tiene también a su alcance, entonces, si partimos de la suposición de que los constituyentes de cada una de las matrices representan vectores y no magnitudes escalares, de que algunos elementos entre todos difieren en el signo y de que otros, además de diferir en el signo, son colineales (lo que se indica simbólicamente por el signo \leftarrow superpuesto), tendremos:

$$\begin{array}{l} a_{11} + \leftarrow (-a_{21}) = 0 \\ b_{12} + \leftarrow (-b_{22}) = 0 \\ c_{13} + \leftarrow (-c_{23}) = 0 \\ \dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots\dots \\ m_{1n} + \leftarrow (-m_{2n}) = 0 \end{array} \quad (10)$$

Según eso, efectuando ordenadamente la adición de las matrices consideradas, con cada par de elementos que se combinen podrán acontecer las siguientes posibilidades: 1ª.) que coincidan en la adición dos vectores iguales con signos diversos (según la regla de adición de vectores, serán paralelos); 2ª.) que hayan de sumarse vectores colineales igualmente de signos contrarios, con lo que sus efectos se destruyen y se produce una *interferencia* (es decir, conjunción de conductas incompatibles); 3ª.) que extremos de vectores coplanarios concurren en un punto, coordinándose según la regla aditiva (hipótesis con la que simbolizaremos, en general, *relaciones jurídicas*); y 4ª.) los vectores no son coplanarios.

2ª. El título de evidencia social elegido como criterio de adjudicación originario es, puesto que a sus expensas *se instaure el Derecho, un hecho que se toma como norma de los demás*. (Para los que quieren aferrarse a lo concreto podemos indicar que ese hecho habrá sido en casi todos los Ordenamientos una situación posesoria mantenida durante algún tiempo).

3ª. La adjudicación originaria determina las *exclusivas de acción*, lo que se segrega al conjunto de las libertades en afirmación de una libertad. La adjudicación originaria equivale, por consiguiente, a una ampliación de la *órbita de titularidad*.

Con estos antecedentes a la vista, volvamos a reanudar nuestro interrumpido razonamiento. La fórmula (11) habría de ser, entonces, interpretada así: “Es lícita la conducta de una persona siempre que no se interfiera en otra libertad”. En cambio, tras la introducción de los postulados anteriores, el último principio se convierte en este otro: “Toda conducta se supone lícita mientras no se evidencia que interfiere en ajena órbita de titularidad sin el consentimiento probado de la persona que la detenta”.

Consideremos ahora el hecho que sirve de criterio de adjudicación originaria. Si lo simbolizamos por π tendremos:

$$E = f(\pi) \quad (13)$$

en donde, significando por \mathcal{S}_0 la exclusiva de acción sobre un objeto 0 (que podría leerse “Ese domina en 0 ”) estaría justificado escribir:

$$\mathcal{S}_0 = f(\pi) \quad (14)$$

Pero dado que

$$L_0 = P \quad (2)$$

y siendo \mathcal{S}_0 una exclusiva de acción en favor de S , destinada a paralizar la acción interferente de los demás, se deduce sin esfuerzo que:

$$\mathcal{S}_0 \rightarrow P \quad (15)$$

Ahora bien, siendo notoriamente \mathcal{S}_0 el signo de un conjunto de posibilidades de actuación que comprende todas cuantas han de ser reconocidas al titular porque no atenten a la libertad igual de los otros, resulta,

$$S_0 = p_1 + p_2 + p_3 + \dots + p_n \quad (16)$$

$$S_0 \neq p_1 + p_2 + p_3 + \dots + p_n - p_x \quad (17)$$

Por consiguiente, sí (16) representa ese derecho subjetivo plenario y prototípico a que se denomina propiedad, se comprende sin esfuerzo la incongruencia que significa tener por tal igualmente lo que a todas luces, como con cegadora evidencia muestra (17), revela una situación bien dispar.

Pero volvamos, una vez más. a (11). La fórmula allí consignada simboliza todas las maneras posibles en que cabe conjugar las manifestaciones intersubjetivas de la conducta, una de estas maneras comprende el vasto sector de las relaciones jurídicas, y presupone el *principio de autonomía de la voluntad*. Precisamente el *axioma de la libertad-residual*, que, como hemos visto, viene implicado en (11) alberga como una consecuencia aquel principio, esencial para que sea posible el cambio, ese fenómeno económico-jurídico sin el cual no se concibe la Sociedad.

Pero el cúmulo de poderes jurídicos que constituyen la órbita de titularidad de una persona y la *autonomía de la voluntad*. que cuenta entre ellos, hacen posible la diversidad jurídica a! permitir que la fuerza creadora de la libertad se concrete en una porción de modalidades distintas de dominio.

Para verlo, tomemos nuevamente la igualdad (16). Restando miembro a miembro de esta igualdad otra igualdad obtendremos inexorablemente una igualdad nueva. Formemos la igualdad a sustraer por el siguiente procedimiento: hacemos su segundo miembro de tal suerte que sea un subconjunto del conjunto posibilidades aditivas que se consideran en (16), y su primee miembro lo integramos mediante el simplicísimo expediente de' agregar al primer miembro de (16) un índice. Así:

$$\begin{array}{r} S_0 = p_1 + p_2 + p_3 + \dots + p_n \\ -S'_0 = p_1 + p_2 \\ \hline S_0 - S'_0 = p_3 + p_n \end{array} \quad (18)$$

Esta última igualdad muestra claramente dos hechos de su mu importancia. El primero es que de la forma dominical plenaria sólo cabe obtener formas de señorío restrictas. El según do, que las *formas de señorío restrictas en que se desmembre h propiedad deben reunir juntas exactamente los mismos podere que la forma de señorío plenaria de donde han surgido*. Por ello

$$S'_0 + S''_0 + S'''_0 = S_0 \quad (19)$$

Lo que quiere decir que en el mundo jurídico existe una *ley de conservación de poderes*, enteramente similar a la *ley de conservación de: la energía* que impera en el mundo físico.

Las fórmulas (18) y (10) son suficientes para demostrar cuan sin base esencial se ha montado la

distinción tan socorrida entre derechos reales y derechos de obligaciones. Todos los derechos surgen del mismo modo y tienen la misma raíz: son reservas de la libertad al extinguirse la libertad absoluta ante cualquier otra libertad. Los derechos de contenido patrimonial son **grados de dominación sobre las cosas o preferencias adjudicativas** —claramente difieren unos y otras de las **funciones de autoridad**, p. ej.. (¡bien distintas de los derechos patrimoniales!) que tienen a personas como destinatarios. El poder de dominación en su grado máximo, cualquiera que sea **de hecho**, se llama por antonomasia, propiedad. El propietario, en principio, dispone con plena licitud de todos los aprovechamientos y ventajas que sea susceptible de reportar la cosa. Le cabe enajenarla, gravarla, dividirla... Todos los derechos que hacen relación a las cosas están, así, como concentrados y potenciados en el dominio, que no es más que la suma de todos ellos y un cierto excedente de poder para su manipulación efectiva. El propietario puede retener para sí todos esos derechos; pero puede también conceder a otras personas participación, en alguno. Sea como quiera, la gran verdad que rige en toda clase de negocios jurídicos es la **ley de conservación de poderes**, según la cual “antes y después de cualquier acto transmisivo, las facultades jurídicas en juego deben mantener una ecuación estricta”.

En resumen; los distintos derechos sobre cosas constituyen verdaderas desmembraciones de facultades dominicales, o, si se quiere, **dominios compartidos**, pequeñas zonas de soberanía reducida —y especificada— que han logrado su independencia a expensas de la fragmentación y consiguiente desnaturalización de las propiedades primitivas.

Todos estos razonamientos conducen a considerar la propiedad como “la concreción, sobre cosas determinadas, de la libertad jurídica”. Por ende, es aquella la institución jurídica primera del derecho patrimonial, el germen y la matriz de todas las demás, pero es también una **resultante funcional** de todo el Ordenamiento positivo. Lo cual quiere decir que la propiedad es afectada y se resiente inmediatamente por cualquier modificación legislativa que llegue a tener repercusiones sobre la libertad jurídica.

Si ahora volvemos de nuevo la atención hacia la relación arrendaticia, comprenderemos sin dificultad en qué consiste. Igual que los demás derechos sobre cosas, no es más que una “redistribución **inter partes** del cúmulo de poderes albergados en sus respectivos dominios”. Tal redistribución es una obra de la libertad y presupone la propiedad y la autonomía volitiva. De ahí, la dependencia lógica que debe existir entre el régimen general de la propiedad y el de las relaciones arrendaticias. Dependencia lógica que una Ciencia de la Legislación tiene que tomar en cuenta como módulo resolutivo.

Sin embargo, la relación arrendaticia no se explica sólo considerándola desde la perspectiva única de una de las instituciones que la prohíban. Es una transformación pactada de la propiedad, lo que supone un concurso de voluntades autónomas configurando en forma nueva, mediante su oportuno reajuste, la suma de los poderes jurídicos que se combinan.

He ahí por qué es necesario todavía recurrir a la noción de contrato para lograr una comprensión profunda; es decir, basada en su razón suficiente, de la relación arrendaticia.

¿Qué es, pues, un contrato? Esta pregunta se ha planteado y contestado muchas veces; pero aquí se propone con un significado distinto. Aquí lo que interesa es expresar la función que cumple el contrato utilizando un lenguaje jurídico irreductible. Para ver más claramente en los hechos vamos a tomar la precaución de analizar mediante fórmulas adecuadas los fenómenos que se investigan. Nada cuesta separarse de los tópicos habituales cuando, hasta el presente, es bien modesto lo que con ellos se ha conseguido.

Representemos en el determinante

$$\begin{array}{l}
 p_{11}, p_{12}, \dots, p_{1n} \\
 p_{21}, p_{22}, \dots, p_{2n} \\
 \dots\dots\dots \\
 p_{m1}, p_{m2}, \dots, p_{mn}
 \end{array} \tag{20}$$

las prerrogativas dominicales del propietario de una cosa cualquiera. Y sea

$$\begin{array}{l}
 q_{11}, q_{12}, \dots, q_{1n} \\
 q_{21}, q_{22}, \dots, q_{2n} \\
 \dots\dots\dots \\
 q_{m1}, q_{m2}, \dots, q_{mn}
 \end{array} \tag{21}$$

la expresión de las facultades jurídicas que sobre bienes o dinero ostenta otra persona S'. Entonces

$$\begin{array}{l}
 p_{11} + q_{11}, p_{12} + q_{12}, \dots, p_{1n} + q_{1n} \\
 p_{21} + q_{21}, p_{22} + q_{22}, \dots, p_{2n} + q_{2n} \\
 \dots\dots\dots \\
 p_{m1} + q_{m1}, p_{m2} + q_{m2}, \dots, p_{mn} + q_{mn}
 \end{array} \tag{22}$$

cifra la suma de poderes de cuyo reajuste ha de derivarse cualquier contrato posible. La matriz representada en (22) es susceptible de ser descompuesta de muy diversos modos en arreglos dobles, a la manera de submatrices. Supongamos que admitimos ciertos tipos fundamentales de descomposición dual y consideramos a los restantes como variantes de aquéllos. En tal caso, habríamos dado con la clave explicativa de las formas contractuales de desmembración del dominio.

Imaginemos que el contrato de arrendamiento convirtiera (22) en:

$$\left| \begin{array}{l} p_{11}, p_{12}, \dots, p_{1n} + q_{1n} \\ p_{21}, p_{22}, \dots, p_{2n} \\ \dots\dots\dots \\ p_{m1}, p_{m1}, \dots, p_{mn} + q_{mn} \end{array} \right| + \left| \begin{array}{l} q_{11}, q_{12}, \dots \\ q_{21}, q_{22}, \dots, q_{2n} \\ \dots\dots\dots \\ q_{m2}, q_{m2}, \dots \end{array} \right| \tag{23}$$

En esa hipótesis. (23), sintetizando los derechos que la nueva distribución efectuada reconociera al arrendador y al arrendatario, sería naturalmente la ley a regir en el arrendamiento y dependería, en último término, de la suma de facultades puestas a disposición de las partes, (22), y de sus

posibilidades de combinación sin salirse del marco institucional arrendaticio. Este marco, como cualquier otro marco contractual, queda filado en los tipos fundamentales de descomposición dual establecidos.

Los anteriores esquemas permiten, pues, comprobar cómo todo contrato implica una conjunción y una nueva delimitación consiguiente de —cuando menos— dos libertades jurídicas. Su función es, según eso, servir de norma entre las partes para reordenar la distribución de sus poderes respectivos. Aparece, por ende, el contrato como un concurso de libertades autónomas haciendo el Derecho por sí mismas. Y tan esencial es a la noción de contrato la libertad que sin ella cualquier forma contractual tiene que reputarse imposible. Los tipos contractuales todos le vienen dados a la Legislación, que se limita a imponerles *a posteriori* sus propios criterios valorativos.

Además de todo esto, el contrato es un *título legitimativo de actuaciones concretas, una cifra de valor y una categoría lógica del Derecho capaz de reducir a unidad significativa y normada un sector impreciso de la experiencia jurídica.*

La conclusión que cabe obtener de los razonamientos anteriores es que los rasgos hereditarios que el arrendamiento recibe de las dos instituciones condicionantes mencionadas son, en su forma abstracta, reductibles a libertad. De ahí que la definición del arrendamiento como "disfrute temporal de un bien compensado en dinero" sea, insuficiente para la Ciencia legislativa si se olvida que ese hecho económico es el resultado material de una *autoconjugación de libertades ligada a una forma cualquiera de evidencia social.*

Resueltas estas cuestiones de pura lógica jurídica, estamos capacitados para intentar resolver el problema concreto planteado a la Ciencia de la Legislación. Ya que nuestra indagación abstracta nos ha dicho cuáles eran las características deontológicas de la relación arrendaticia, ahora es el momento de averiguar si ese *deber ser lógico* lucha con dificultades para realizarse en la vida. En esta etapa de su desarrollo, la Ciencia de la Legislación se hace rigurosamente empírica: abandona la deducción, y se pliega obstinadamente a un método inductivo.

* * *

Tenemos que suponer, para proseguir nuestros razonamientos, que la Comisión Codificadora a que antes nos hemos referido lleva un cierto control estadístico de la realidad social española. Conoce ya, por consiguiente, la situación económica de arrendadores y arrendatarios, con su ocasionalmente, pronunciada desigualdad y la pérdida de libertad jurídica que ésta les lleva aparejada, (vid. sup. págs. 171 y ss. 286 y ss.).

Así las cosas, la regulación ideal a deducir de ese deber ser puro que se refugia en la axiomática jurídica no es circunstancialmente aplicable, en algunos supuestos, a la vida social. No porque esas formulaciones abstractas no sean la simple expresión de la verdad jurídica, que lo son apodícticamente, sino porque, a veces, la posición real de alguna de las partes no es la que contemplaban las premisas. Entonces se siente la necesidad de introducir factores de corrección para que la justicia pueda quedar a salvo, y se idean a este objeto múltiples proyectos legislativos. Pues bien, hagamos pieza esencial de la labor codificadora este acopio de posibilidades resolutivas e intentemos dar con un método que permita efectuar, dentro de la certidumbre científica, la selección de una hipótesis privilegiada, tras la exclusión sistemática de las restantes que con ella compiten.

Recurramos todavía, para ser más concretos, a la relación arrendaticia urbana que desde antes nos viene sirviendo como ejemplo. El *campo, de posibilidades* a tratar comprende los siguientes supuestos:

- a) Antigua regulación de nuestro Código civil.
- b) Disciplina actual de la relación arrendaticia urbana (Ley de 13-IV-56).
- c) Fórmulas legales suministradas por el Derecho histórico.
- d) Criterios que se siguen en la actualidad en otros países.
- e) Otros proyectos concebibles.

Formado de esta suerte el campo de posibilidades, es evidente que contendrá una porción de repeticiones o de variantes accidentales de interés nulo. Conviene, pues, simplificar las hipótesis, para tener en cuenta únicamente aquellas que se ofrecen con acusada personalidad, representando una tendencia o una técnica irreductible. Hecho esto, es menester, para decidir entre las posibilidades que resulten, remitirse sucesivamente a tantos criterios de exclusión como sean necesarios para dejar incólume una sola fórmula legislativa.

El primer método de exclusión, por ser el más fácilmente aplicable, consiste y se reduce a simples operaciones lógicas. Como se trata de controlar por él la coherencia internormativa, deberá eliminarse cualquier proyecto legislativo cuyas líneas fundamentales se pongan en contradicción con alguno de los axiomas indeclinables de todo Ordenamiento jurídico. Más aún. Si en alguna ocasión fuera imprescindible para conseguir el fin del Derecho condicionar en la experiencia algún axioma primordial, habría que preferir, a igualdad de los demás factores, el proyecto que supusiera el condicionamiento mínimo.

Consideremos, por ejemplo, el vigente texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ya desde sus primeros artículos está claro que va a introducir en el sistema contractual consagrado por nuestro Código civil un régimen de evidente excepción. El art. 6.º lo demuestra paladinamente, al sentar el principio general de irrenunciabilidad de los *beneficios otorgados* (¡la expresión es muy significativa!) a los inquilinos y subarrendatarios de viviendas, y el 57 lo corrobora al establecer la prórroga forzosa del contrato, que pasa así a tener una duración ilimitada, y que por 6, 3º. es en todo caso irrenunciable. Si añadimos a estas singularidades las que derivan de la especificidad del subarriendo, de la cesión, del traspaso, de las revisiones de rentas T de las fianzas y de las causas de resolución y suspensión de las relaciones aquí disciplinadas, se irá fortaleciendo la impresión de que el llamado arrendamiento urbano no es ya tal arrendamiento ⁽⁴³⁶⁾, sino que incluso va a ser difícil poder calificarlo de un contrato. Por lo menos, carece de los elementos lógicos que integran necesariamente, como hemos visto, la definición de contrato. ¿Qué es entonces el arrendamiento urbano tal como aparece regulado en el texto articulado sancionado por Decreto de 13-IV-56? ¿Un derecho real? De antemano hemos refutado esta posibilidad. No existe

⁴³⁶ Cfr. el estupendo artículo de NART que lleva el expresivo título de *Exarrendamientos*, en ADC., tomo IV, fasc. III, 1951, 891 ss., en el cual sólo hay que lamentar el empeño por mantener la distinción tradicional entre derechos reales y derechos personales. Esp. págs. 22 ss. 48 ss. 98 s. de la separata.

base alguna que permita una diferenciación congruente entre derechos reales y derechos obligacionales. Decir que el arrendamiento sea un derecho real y no un contrato, no tendría, por ende, ningún significado especial. Por lo demás, las Leyes arrendaticias están ¡concibiendo siempre o casi siempre al arrendamiento cuando menos como la consecuencia de un contrato. Y, en cambio, nuestra objeción llega, incluso, a negar que la relación originaria *tenga ahora* tal carácter. Otro expediente utilizable para salir del paso por el momento podría consistir en calificar la relación arrendaticia urbana como formando parte del Derecho público y no del privado. Pero, pese a todas las vueltas que se le quieran dar al problema, lo cierto es que el arrendamiento tendría que aparecer siempre como una desmembración contractual del derecho abstracto de propiedad, y, por tanto, resultar un producto de la libertad jurídica.

Es así evidente que la novísima Ley de Arrendamientos Urbanos que nos rige rompe radicalmente con los axiomas jurídicos que inspiran el Derecho patrimonial e incurre en contradicción lógica flagrante con el magno principio de autonomía volitiva. Hágalo o no por motivaciones importantísimas —y nosotros sabemos ya que lo son hasta el máximo— el hecho escueto es que se han impuesto aquí restricciones a reglas que son el alma de todo Ordenamiento jurídico. No se puede negar que tales restricciones se han adoptado justo para salvaguardar la auténtica libertad contractual; pero cierto también que antes de hacerlo convendría examinar si los mismos resultados prácticos que se persiguen no se podrían obtener más ortodoxamente por otro camino. Si —como ya nos consta— las restricciones de la libertad no impuestas en función de la igualdad jurídica son ilícitas, sobre cada una de ellas pesa la carga de probar que obedece a ese fundamento y *que es mínima*. Como veremos más adelante, la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos no podría jamás acreditar la observancia de este doble requisito. Sin entrar a este punto por ahora, prosigamos, en abstracto, nuestro raciocinio.

De los diversos proyectos legislativos comprendidos en el campo de posibilidades irreductibles, el criterio lógico de exclusión habrá probablemente eliminado alguno. A los restantes, compete ahora aplicarles otra nueva criba. La *ley de economía jurídica o de mínima regulación, según la cual los tipos categoriales y las proposiciones normativas no han de ser susceptibles de simplificación alguna*, puede servir que ni pintiparada a este propósito. Utilizándola también para juzgar la Ley de Arrendamientos Urbanos, debemos preguntarnos: ¿los fines que pretende conseguir dicha norma no serían asequibles dentro de los moldes preestablecidos? La interrogación tiene su malicia, porque *al haberse hecho del arrendamiento una institución sin par*, ampliando los tipos jurídicos, urge inquirir si combinando instituciones tradicionales no cabría lograr, con lauta o mayor eficacia, idénticos designios. La verdad es que, como será patente luego, sí cabría. Pero retornemos a los métodos de exclusión que aún nos quedan pendientes.

El tercero y el más decisivo de los métodos ha sido denominado por nosotros *criterio de máxima pacificación* y consiste en determinar empíricamente cual de los proyectos legales que subsistan después de las pruebas anteriores es capaz de realizar en la forma más satisfactoria el fin pacificador del Derecho.

Como el Derecho propende a la paz por encima de toda otra consideración, es incuestionable que entre varias propuestas de Ley se tendrá que llevar la palma aquella que mejor la consiga. Pero la paz —es capital advertirlo— no consiste en una mera resignación exterior ante una planificación de conductas producto de fuerza irresistible, sino que es el acatamiento, con aceptación voluntaria masiva, de un Ordenamiento que se vive.

¿Cómo determinar si un proyecto legal cualquiera conduce a la paz o es un obstáculo para ella? Tratándose de una Ley ya promulgada la respuesta a esta cuestión no es en manera alguna difícil.

El estudio sociológico de las reacciones que suscita el precepto legislativo, sus efectos sobre la economía del país, y sus inconvenientes y ventajas de toda índole, que no son más trabajosos de investigar que cualesquiera otros problemas sociales, permiten inducir fácilmente las consecuencias que ejercerá la Ley sobre la convivencia pacífica. Esto podrá ser más o menos caro; podrá requerir una organización con muy completos centros informativos; pero es perfectamente factible. El verdadero problema de Ciencia de la Legislación estriba en *saber de antemano* qué efectos sobre la paz acarrearía la Ley en el futuro si llegase a ser promulgada. He ahí una auténtica predicción científica, puesto que precisamente una de las características de la Ciencia consiste en hacer posible la sólida anticipación de eventos futuros. Pero ¿cómo podríamos llegar a predecir con éxito probable la suerte que les puede caber a las normas jurídicas? Hagamos primero una Ciencia de la Legislación, que todo lo demás irá viniendo por añadidura. De momento, no se puede esperar la seguridad que brinda una Ciencia en estado de madurez, pero no falta tampoco por completo una base robusta para soportar un ventajoso vaticinio. Tenemos al alcance un enorme cúmulo de datos disponibles que debemos a la Historia, al Derecho comparado y a la Sociología jurídica. Sólo es necesario relacionarlos, mire sí depurarlos en una implacable labor crítica, indagar sus causas y reducir éstas, sintetizadas, a uniformidades legales que expliquen el comportamiento social y la evolución jurídica.

Ni siquiera a esta meta se ha llegado aún —y asaz distamos de ella todavía— y no obstante nos sobran conocimientos esporádicos para suplir nuestra momentánea deficiencia científica. Si el camino para colegir los efectos sobre la Sociedad de determinadas leyes no sería otro que la experimentación concreta, y ésta se nos ofrece, hasta cierto punto, como sobresaturada de problemas y casi inasequible, nos queda como más hacedera solución atender únicamente a los resultados de *experiencias imaginarias*, planeadas con meticuloso cuidado sobre el supuesto de reacciones humanas harto familiares y comprendidas. Quizás a muchos les parezca que nada será más arbitrario y poco concluyente que estos experimentos ideales, y que sería risible la tentativa de edificar sobre ellos toda una técnica científica. Sin embargo, tal vez baste para despejar de mentes bienintencionadas este prejuicio con hacer la advertencia de que la teoría einsteniana de la relatividad, ese atisbo genial que revolucionó en nuestro siglo las concepciones cosmológicas, está toda ella edificada sobre experimentos que jamás se hicieron; pero cuya fuerza de convicción es, pese a esto, irresistible ⁽⁴³⁷⁾.

¿Cómo disponer un experimento imaginario? Mucho habrá que temer que las reglas que se puedan dar sobre este asunto sean excesivamente evasivas. Tampoco sobre los experimentos reales, que no sean vulgares repeticiones, es mucho lo que quepa decir. De todos modos, aunque sea en balbuceo, ya que estamos haciendo dar los primeros pasos a una Ciencia, conviene que nos ocupemos en la descripción del tipo de experiencias que serán en ella más accesibles.

Otra vez más será la Ley de arrendamientos urbanos la que habrá de servirnos, por decirlo así, como de conejillo de indias. Es verdad que contamos aquí con datos empíricos reales; pero vamos a dejarlos a un lado y a proceder en sustancia como si no existieran.

¿Qué hay de específico en la Ley de arrendamientos urbanos? Tal es la primera cuestión que se hace preciso esclarecer, puesto que de ella dependerá la disposición de los experimentos imaginarios que deban planearse. Como es sabido, la esencia de la experimentación está en someter a variación las condiciones en que un fenómeno se realiza hasta aislar aquélla que al

⁴³⁷ *EINSTEIN: La relatividad (Memorias Originales)*, (Alsina-Canals), 1950, 22 ss. 27 ss. 125 ss.

introducirla o suprimirla se delata como responsable del mismo (⁴³⁸). Las prescripciones legales que no tienen nada de particular, por ser análogas a otras, han sido ya probadas en la práctica, y cualquiera está en situación de saber cómo funcionan a diario, interrogando a su propia experiencia o a la histórica (⁴³⁹). El destino de una Ley nueva no va a depender por consiguiente, de aquéllos de sus preceptos que no hacen más que seguir Una rutina, sino de las innovaciones que contenga. La rutina, buena o mala según que el proceso evolutivo social sea continuo o en saltos, no conduce en la práctica a resultados sorprendentes. Cuando se sigue una corriente viciosa inveterada, podrán alentarse males viejos: pero nada inesperado ocurrirá normalmente. Es, pues, el precepto original, la medida inédita lo que debe sujetarse al contraste minucioso del experimento.

En la Ley de arrendamientos urbanos las dos innovaciones más significativas son la prórroga forzosa y la irrenunciabilidad de los beneficios otorgados a los inquilinos. Hoy sabemos ya por *experiencia directa* qué efectos económicos y sociales han ocasionado esas dos novedades legislativas; pero no hubiera sido difícil conjeturarlos por anticipado con la sola ayuda del *método figurativo*.

En efecto; demos por conocidas las causas —lo son siempre para el Legislador— que han provocado el cambio en la disciplina legal del arrendamiento. En el caso actual, todo el mundo está cansado de saber que las razones que han decidido a modificar el régimen del Código civil pueden compendiarse en una sola: la tremenda escasez de edificios. En el sistema de libre contratación, cuando no hay —y no suele haberla— sobreabundancia de edificaciones, al propietario de los inmuebles le conviene que los arrendamientos no se prolonguen en exceso. Así podrá actualizar siempre que quiera el precio de los mismos, podrá disponer para sí del inmueble cuando le convenga y podrá, en fin, liberarse de un inquilino indeseable en un plazo muy breve. En épocas normales, el arrendatario no hace demasiado hincapié en oponerse a esa pretensión del propietario de la finca. Se contenta con garantizarse alojamiento por un tiempo prudencial, sin preocuparse demasiado del futuro. Si tiene un día que abandonar la casa por imposición de su dueño, ya encontrará otra adonde trasladarse, que acaso sea más moderna y de mejor precio. En una comunidad cuya situación económica no es anomalística el ritmo de crecimiento en su población es proporcionado al ritmo de crecimiento de la vivienda. En tales circunstancias, el que alquila un piso no se siente acosado por el temor de quedarse en un mañana en la calle y no se muestra predisposto al suscribir el contrato a garantizarse a toda costa una larga permanencia en el edificio. La mayoría de los contratos de arrendamiento urbano son, pues, por este motivo, a corto plazo; lo que lleva consigo la desagradable secuela de que si, por cualquier circunstancia, sufre una crisis la construcción, el resultado será, primero, un éxodo de inquilinos y, después, un alza desmedida en las rentas de inmuebles. Como es una verdad económica evidente que las rentas altas revalorizan los capitales de que proceden y atraen las inversiones hacia ellos, la abstención del Estado ante el problema de las familias desahuciadas, por inhumana que se juzgase de momento, daría lugar pronto a que la iniciativa privada, estimulada por los elevados intereses obtenibles, se canalizara hacia la construcción de viviendas hasta restablecer el equilibrio. La Economía no tolera a la larga inversiones privilegiadas. Cuando alguna produce beneficios superiores en promedio a las demás, los capitales afluyen en competencia hasta que se nivelan todas. Así pues, si el Legislador se inhibiera ante la crisis de la vivienda, el problema, más económico que jurídico, se resolvería solo, y no a muy largo plazo. Pero, hoy por hoy, los Legisladores son los políticos y un

⁴³⁸ Vid. STANLEY JEVONS: *Los Principios de las Ciencias (Prelat)*, 1946, 296 ss. MACH: *Conocimiento y error (Cortés Plá)*. 1948. 171 ss. 159 ss.

⁴³⁹ Vid. *supra*. 139 ss.

hombre de Estado tiene que ser, ante todo, sensible a la opinión y a la voz de la calle. Aún el Dictador más severo la oye con atención cuando suena con el imponente y multiplicado clamor de una multitud apasionada.

No es extraño, por eso, que al encarecerse en demasía la vivienda y darse el espectáculo lamentable de familias que han de vivir en condiciones infrahumanas, aún el Gobierno más desaprensivo tome urgentes medidas para paralizar los desahucios. La compasión es, por fortuna, uno de los sentimientos más resonantes. Y si los hombres de gobierno no vibraran en consonancia con ella, pronto les harían vibrar indirectamente Los crecientes rumores de la plaza.

El sentimiento de justicia y el peso de la opinión pública son los factores que determinan la estabilización del contrato de arrendamiento. El Legislador intuye que no debe permanecer pasivo ante un mal social que coge al hombre tan de cerca como en la casa. Cuando la situación es de emergencia también las medidas que se adopten tienen que serlo. Lo son al principio. Porque al principio basta con una simple suspensión de los procesos de desahucio. Pero como los ideales jurídicos no son suficientes para resolver las dificultades económicas, el desajuste entre la demanda y la oferta de inmuebles subsiste y se agrava. Se hace indispensable acudir a reglamentaciones sumamente casuísticas y sumamente protectoras del arrendatario. ¿Alcanzarán a remediar los males que combaten?

Imaginemos la situación que la legislación estabilizadora del arrendamiento tenderá a crear. Para hacerse cargo de ella, basta con representarse, *poniéndose uno como -protagonista sucesivamente de cada tipo de interés social*, lo que sea de esperar que acontezca a los inquilinos, en vista del que cabe prever como comportamiento de los propietarios y del modo en que reaccione verosímelmente la industria de la construcción. Pues bien, preguntémos primero, ¿qué harán los propietarios?

Sin tener un concepto demasiado pesimista de la bondad humana parece que cualquiera de nosotros se puede tomar como muestra representativa de la conducta del propietario medio. El que tiene una casa se siente con derecho a percibir por ella una renta que guarde con el capital invertido la misma proporción, aproximadamente, que relaciona capitales y rentas en otras inversiones análogas. Si dicha renta no alcanza el nivel medio; si es inferior, incluso, al interés normal del dinero, el propietario se considera injustamente expropiado. Su interés le empuja a desquitarse en cuanto pueda. Y su conciencia lo justifica si lo hace. La verdad es que, de momento, las providencias legales, atando todos los cabos hasta donde es posible, lo han reducido a una situación de franca impotencia. Pero no hay nada que dure eternamente y ya vendrá la ocasión de resarcirse, en una impunidad hábilmente conquistada. Y fatalmente, la oportunidad se presenta. Pese a todas las trabas legales, la propiedad sobrevive al arrendamiento, y una vez más el propietario vuelve a ser el amo. ¿Que cómo oírará entonces? El mínimo sentido común nos dice que procurará curarse en salud y que se prevendrá contra todos los riesgos de un futuro contrato. “Cuando una Ley es desagradable a muchos —hemos escrito en otra ocasión— pronto aparecerá un expediente cómodo para burlarla”⁽⁴⁴⁰⁾. El propietario lo encontrará con facilidad y, como más fuerte, no le será difícil imponérselo al arrendatario. A la vuelta del tiempo, la posición de este último podría tornarse aún más difícil que antes.

¿Qué repercusiones tendría —y tiene—, la Ley de Arrendamientos sobre la industria de la construcción? No es difícil adivinarlo. Como en ella todo son rémoras, es natural que el capital se retraiga y emigre hacia inversiones mejores. Si las rentas —estabilizadas— están muy por debajo del nivel medio del mercado; si las prórrogas indefinidas colocan a la propiedad urbana en

⁴⁴⁰ Vid. nuestra *Teoría del fraude un el proceso civil*, cit., 39 ss.

condiciones de inferioridad manifiesta respecto a las demás formas de dominio, lo lógico será que la iniciativa privada se acuse en falta en las empresas constructoras y que el ritmo de incremento de edificios en relación con el ritmo de crecimiento de la población sea sensiblemente deficitario. De poco sirve que, con dudosa justicia, se establezca una distinción peligrosa entre rentas antiguas y rentas nuevas, dejando a estas últimas exentas de tasa. El que invierte su dinero en inmuebles no piensa sólo en los réditos que va a obtener de inmediato; piensa también en el futuro y lo hace objeto importante, sino principal, de sus cálculos. Y, por desgracia, el futuro no se le puede presentar con colores halagüeños, ya que los ejemplos que se ven en torno, acreditativos de la suerte sufrida por las inversiones pretéritas, no son para ilusionar a nadie. No es solución tampoco que el Estado, con discutible acierto político, acuerde conceder exenciones o reducciones fiscales. Todo eso junto, en lo que tiene de realidad y en lo que tiene de promesa, no es suficiente para compensar la suma de las restantes desventajas. Aparte de que una exención fiscal de esa índole es siempre parcialmente ficticia. Si el Estado exime de un impuesto, manteniendo la misma cifra presupuestaria, tendrán que crearse nuevas fuentes de ingresos o agravar los tipos tributarios imperantes. La situación del capital no mejorará mucho con eso, si acaso no se hace más desfavorable.

¿Cuál será, finalmente, el destino de los arrendatarios? Mientras el problema económico subyacente no se resuelva, todas las medidas de carácter legal se estrellarán contra la dura realidad. Cierto que se ha consolidado la situación de quienes actualmente disfrutan de un alojamiento; pero es la misma, sino peor, la de los que lo buscan al presente. El Estado ha acometido una empresa de vastas proporciones en el Plan Nacional de la Vivienda; pero el propio Gobierno ha reconocido que la iniciativa oficial por sí sola no puede bastar para superar la coyuntura crítica que se atraviesa. Ya es un mal menor la intervención del Estado, puesto que, como es sabido, las obras públicas imponen un sobrepeso respecto a las obras privadas; pero si se une a esto la puesta en ejecución de un plan que, a pesar de ser gigantesco y generosamente ambicioso, no va a ser decisivo todavía, la situación puede llegar a ser delicada. Tendrán que ser movilizados ingentes recursos presupuestarios para destinarse a atenciones habitualmente innecesarias. La presión fiscal se hará sentir más, sin que tal sea el mejor procedimiento para la atracción de capitales. Como es evidente, la capacidad de financiación de edificaciones por parte de los poderes públicos es limitada, de modo que será más urgente por momentos contar con el concurso de los particulares. ¿Será presumible? No lo parece mientras la regulación del arrendamiento no cambie.

Un balance tal de los efectos de un proyecto de Ley no son precisamente una carta de recomendación para promulgarlo. Y lo serían menos aún si añadimos una porción de situaciones equívocas, injustas o poco equitativas y morales a que su ciega generalidad conduce. Volviendo por los fueros de la libertad contractual, se propusieron los Legisladores, con certero sentido de la Justicia, impedir que el débil cayese inermemente en las manos de los poderosos. Pero han supuesto erróneamente, sin hacer lugar a excepciones, que el débil es siempre el inquilino y el poderoso el propietario. Y como a veces todo acontece al revés, se consuman injusticias sangrantes sólo por rendir un culto fanático a la estadística. ¿Cuántos propietarios de modernas casas de apartamentos, alquiladas sin ninguna restricción de precios, no se están beneficiando ellos mismos de la estabilización consagrada por las leyes arrendaticias y muchas veces en perjuicio de quienes no tienen otros medios de vida que los mezquinos réditos de esos inmuebles desvalorizados? ¿No hubiera sido mucho más prudente y sin efectos económicos deletéreos circunscribir la acción legislativa a un solo artículo de excepción, apostillado al Código civil, en el que se facultara a los Tribunales a denegar el desahucio y a prorrogar por un plazo discrecional el contrato cuando la escasez de viviendas, la situación económica del arrendatario y el consentimiento arrancado en estado de necesidad lo hicieran aconsejable?



Después de este método de representación figurativa de las hipótesis legales se ofrece todavía al jurista, aunque en una forma mucho menos manejable, otro procedimiento de inducción rigurosamente empírico. Se trata de proyectar y llevar a la práctica con cuidado un auténtico experimento legislativo que someta la propuesta de Ley, en casos dudosos y graves, a La prueba de observación directa, en un espacio reducido y en un tiempo determinado. Nosotros mismos hemos considerado algún ejemplo concreto en que sería procedente acudir a este tipo de experimentación: un programa de Política universitaria ⁽⁴⁴¹⁾. ”Cuando un físico —escribíamos entonces— quiere comprobar una hipótesis se vale de un *experimento*. Un experimento no es más que una observación parcial de la realidad para ver si está de acuerdo con las previsiones teóricas. El físico sabe que, de ser cierta la hipótesis sobre que investiga, se han de seguir ciertos fenómenos observables. Pues bien, dispone las cosas de tal modo que, dichos fenómenos, caso de producirse, queden sujetos a su control. De esta manera, en lugar de enfrentarse con la totalidad del cosmos en una inducción imposible, hace, a escala reducida, experimentos de *laboratorio*. Su actividad se presenta, así, como una encuesta perpetuamente inacabada, como un careo eterno con la Naturaleza. Algo parecido corresponde hacer al político. Antes de poner en práctica un proyecto debe *probarlo en pequeña escala*. Un programa nuevo —un experimento totalitario— puede costar tan caro a un país como la ruina. Efectuada, en cambio, una prueba parcial, por sus pasos contados, se obtendrán conclusiones aleccionadoras y normas de acción positivas y comprobadas”... ⁽⁴⁴²⁾. “La más sabia política consiste en dejar hablar a la experiencia y en seguirla luego dócilmente”. La cuestión está en *cómo hacer hablar a la experiencia*. Para el que procede sin ambiciones desmedidas no hay nada más fácil.

Supongamos que tenemos duda sobre cierto proyecto de Ley sobre si será o no más conveniente que otro u otros en concurrencia. La prudencia política estaría siempre contra una decisión arbitraria. El político con mente científica no decide en la pugna por sí mismo. Se limita a probar unos y otros proyectos en *pequeña escala*.. Elige para ello comarcas reducidas, donde reinen circunstancias muy similares y pone a prueba sobre el terreno las diversas leyes para conocer su valor por sus resultados. ¿Que la idea del experimento repugna? ¡Más ha de repugnar que se hagan, como se están haciendo continuamente pruebas y pruebas sin ningún cuidado y a gran escala! Un proyecto legal que necesite esta última verificación por la experiencia directa ha superado ya las otras previas y ha salido de ellas depurado. No es, pues, peligroso, ni mucho menos, pasar a comprobarlo (¡tan parsimoniosamente!) en la práctica.

⁴⁴¹ *Sobre un programa de Política universitaria*, s. f. 27 ss.

⁴⁴² *Op. cit.* 34 s.

A MODO DE EPILOGO

Aunque no es costumbre entre nosotros, este libro necesita un epílogo. Y lo necesita por su última parte, que corre un inminente peligro de ser mal comprendida. Somos los primeros en darnos cuenta de que la empresa de erigir una Ciencia de la Legislación, aferrada a una disciplina metódica tanto lógica como empíricamente rigurosísima, constituye un ambicioso alarde que difícilmente será bien comprendido. Muchas objeciones nos saldrán al paso, sin duda alguna. Pero no cuesta trabajo adivinar cuál será su sentido. Adelantándonos a ellas, queremos hacer una aclaración. Nuestro empeño no tiene nada que ver con el actual Derecho positivo. Aplicar la Lógica matemática más abstracta para explicar cómo es un Ordenamiento jurídico, aunque pudiera hacerse en algún caso, de nada o de muy poco serviría. A nosotros no nos interesa en este trabajo cómo el Derecho pueda ser ahora. Lo que nos preocupa únicamente es *cómo debe ser en lo sucesivo*. Cuando las leyes estén elaboradas siguiendo los axiomas y principios aquí establecidos, entonces tendrá sentido renovar la pregunta que ahora no puede contestarse. Pero probablemente no se hará; porque ya entonces será evidente la utilidad de nuestro libro. Toda la Lógica jurídica se estrelló ayer y hoy contra la amarga verdad del voluntarismo legalista, contra la discrecionalidad de la Administración y contra la Jurisprudencia subrepticia. Dos normas jurídicas contradictorias —reza una reciente formulación de un principio lógico para el Derecho— no, pueden ser ambas a la vez válidas. Y viene la Jurisprudencia y hace realidad algo que es lógicamente imposible. No. Este libro no es para ahora. Pero cuando se implante no podrán ser realidad estos y otros imposibles. Ahora lo son, porque la verdad jurídica es una incógnita. No lo serán entonces, cuando pueda ser evidenciado con facilidad cualquier erróneo raciocinio.

No se nos escapa tampoco, es demasiado obvio para eso, que en cualquier tiempo múltiples elementos del Derecho quedarán entregados al sentimiento del deber que tengan los Jueces. No hay duda de que uno de los más importantes capítulos de la Ciencia de la Legislación tiene que versar sobre el sistema de selección y de control al que han de ser éstos sometidos. Pero este capítulo concreto, que se reserva para otra ocasión, no iba bien en un libro que antes que nada quiere ser un libro de Filosofía.

APÉNDICES

I

SOBRE LA ESENCIA DE LA POSESIÓN

COMO CONCEPTO JURÍDICO ⁽⁴⁴³⁾

I. Una exposición de motivos.

No hace mucho tiempo, abordándolo en una conferencia, se ocupaba el Profesor Hernández Gil en replantear el debatido problema de la naturaleza jurídica de la posesión ⁽⁴⁴⁴⁾. No trataré de ocultar que este trabajo del reputado civilista es uno de los que más me han agradado de cuantos he leído en los últimos tiempos: por la valentía de la concepción, por la experta síntesis de doctrinas y por la desnuda sobriedad dialéctica. Pero yo creo, por mi parte, que las dos tesis esenciales acerca de la naturaleza jurídica de la posesión —la que la concibe como hecho y la que la tiene por un derecho— no son más que la visión incompleta de un fenómeno que no puede, en rigor, resolverse con esa exclusividad de criterios. A mí me parece que aunque se siga dando crédito al principio lógico del *tertium non datur* —puesto en cuarentena por la matemática contemporánea—, no es lícito afirmar, que la cuestión se nos encare con tan inevitable alternativa *sin haber demostrado previamente que es imposible toda posición intermedia*. Por fortuna, los progresos de la Física actual permiten considerar sin sorpresa el hecho de que la explicación de un fenómeno exila el concurso de dos imágenes irreconciliables. El estudio de la luz, por ejemplo, tras el conflicto plurisecular entre las teorías *corpúscular* y *ondulatoria*, ha rematado en esta desconcertante evidencia: que los fotones se comportan a veces como ondas y a veces como corpúsculos. Niels Bohr ha logrado, por el *principio de complementariedad*, la sanción epistemológica de este hecho científico ⁽⁴⁴⁵⁾.

Ahora bien, si el principio de complementariedad ha de servir de síntesis a las teorías posesorias, no debe, existir la menor posibilidad de solventar por otro camino la incompatibilidad de las interpretaciones antitéticas. En realidad, me parece que mi teoría, mucho más general, de los *equivalentes jurídicos*, al mismo tiempo que proporciona solución a otros problemas de trascendental importancia, deja al descubierto la esencia de la posesión y el fundamento de la protección posesoria.

Apasionado, como el Profesor Hernández Gil, por el tema obsesivo de la posesión, he procurado en diversas ocasiones ⁽⁴⁴⁶⁾ exteriorizar mi punto de vista, si bien fragmentaria y ocasionalmente.

⁴⁴³ Publicado en ADC, VI, 2º, 441 es.

⁴⁴⁴ Recogida en *Información jurídica*, junio de 1950, págs. 603 y 38.

⁴⁴⁵ BOHR: *On the notions of Causality of Complementarity*, en “Dialéctica”, 7-8, 1948. Y otros artículos de Pauli, Einstein, Broglie, Beisenberg, Reichenbach, Destouches, Destouches-Février y Gonthier en ese mismo número.

⁴⁴⁶ Vid. *Proceso y Forma*. 1947, págs. 59 y ss. *Contenido esencial de la Ciencia jurídica*, en “Arbor”, abril de 1949, págs. 525 y ss.

Por eso, hoy, después de un nuevo examen del problema, provocado por el resonante alegato del Catedrático matritense, no puedo sustraerme a la tentación de dar a mi tesis una formulación de conjunto. Y ya que tercio en la controversia pendiente, espero que se me permita, de paso, probar la solidez de la nueva dirección metodológica que propugno. Al fin, este mismo tema ha servido ya, en una alta ocasión histórica, para basar el reproche genial de Ihering contra la Metodología jurídica imperante en su época (⁴⁴⁷).

II. Interrogando a la experiencia.

Planteadas la pugna entre las dos teorías posesorias, el primer criterio resolutorio al que se nos ocurre acudir es la experiencia; ya que la validez de todas las teorías depende, al fin y al cabo, de su capacidad para explicar exhaustivamente los fenómenos naturales que constituyen su campo específico. Ahora bien, el caso es que cuando se intenta decidir cuál de las hipótesis contrapuestas resulta más ajustada a la realidad, surge una paradoja gravísima. Por una parte, para dilucidar si la posesión es o no un derecho habrá que definir previamente el concepto de derecho subjetivo. Esta empresa ya encierra, por sí misma, considerables dificultades; pero, tengámoslas por soslayadas y atrevámonos a suponer que sea correcta la fórmula de Ihering: “los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos” (⁴⁴⁸). A tenor de esta definición, la posesión sería, naturalmente, un derecho (⁴⁴⁹). Por otro lado, sin embargo, como la posesión forma parte de las *realidades jurídicas* (⁴⁵⁰), es también evidente que su esencia no debiera resultar acotada a priori por un concepto del derecho subjetivo. En otras palabras, la exactitud de cualquier concepto del derecho subjetivo tendrá que depender, ni más ni menos, de la actitud que se adopte frente a la posesión. Por tanto, se podría replicar a Ihering que su definición del derecho subjetivo es ilegítima, puesto que cabe asimismo aplicarla a la posesión, *que es un mero hecho*. El significado de este razonamiento es claro: la definición del derecho subjetivo prejuzgará el que se tenga la posesión como hecho o como derecho; pero, a su vez, la definición del derecho subjetivo no es indiferente a la naturaleza que se atribuya a la posesión. La antinomia no logrará evitarse mientras no se modifiquen radicalmente las concepciones metodológicas que hoy están en boga.

⁴⁴⁷ Una de las obras fundamentales de IHERING sobre la posesión lleva este título: ***La voluntad en la posesión, con la crítica del método jurídico reinante*** (trad. Posada) 1911.

⁴⁴⁸ IHERING: *L'Esprit du Droit Romain* (trad. franc. de Meulenaere; IV, págs. 317 y ss. Vid.: ***Proceso y Forma***, cifcs. 30 y ss.

⁴⁴⁹ Como afirma certeramente HERNÁNDEZ GIL (loc. cit., pág. 607). Ihering “contribuyó más en pro de la tesis de que la posesión es un derecho con su conocida definición del derecho subjetivo, que con lo que dijo acerca de la posesión misma”.

⁴⁵⁰ Cfr. HERNÁNDEZ GIL (loc. cit., pág. 609). Por la observación que hace a Planiol.

III. La configuración de la experiencia jurídica.

Hay muchos juristas que están de acuerdo en afirmar que la piedra de toque de las teorías ha de ser la experiencia. Lo malo es que nunca concreta nadie en qué consiste la experiencia jurídica. Con una inconsecuencia y una despreocupación inconcebibles, se suele eludir el problema y se da por supuesto que todo el mundo sabe de qué se trata. Sin embargo, con algo que se reflexione, se advierte en seguida la dificultad que envuelve la definición de un concepto tan poco preciso. Es fácil persuadirse de que la experiencia no puede ser invocada del mismo modo por un físico que por un jurista. Para un físico, la experiencia es una especie de encuesta o interrogatorio que se le formula a la naturaleza para indagar si las cosas ocurren en su seno con arreglo a ciertas previsiones teóricas hipotéticas. De ahí que una experiencia implique toda una serie de operaciones. En primer lugar, será preciso haber efectuado anteriormente un inventario de los hechos sobre que recae. En segundo lugar, habrá que idear suposiciones verosímiles que expliquen de qué modo un evento dado sería una consecuencia natural de otro u otros capaces de englobarlo. En tercer lugar, habrá necesidad también de representarse por anticipado los efectos que cada suposición lleva consigo. En cuarto lugar, habrá que preparar un artificio adecuado para captar estos efectos, caso de producirse. Y, por último, en quinto lugar, poner en práctica el experimento, valiéndose de dicho artificio. El resultado empírico constituirá la respuesta de la naturaleza a nuestro interrogante.

Cualificada así la experiencia, no se le ocurre a nadie hablar de la experiencia jurídica en un sentido semejante. Repugnaría. La experiencia es también aquí una *consulta* a la *realidad*, pero de otra manera. La realidad del Derecho es de un tipo peculiar que amalgama la lógica con la vida.

No hay, pues, aparentemente, ninguna posibilidad de fusión entre la experiencia física y la experiencia jurídica. Pero si abarcamos aquélla en un grado superior de abstracción, llegaremos a entrever nuevas perspectivas más alentadoras.

En efecto; como se deduce del análisis antecedente, el fundamento de toda experiencia reside en la *representabilidad* de eventos inaccididos. Es decir, en la previsión de las posibilidades empíricas, que son la consecuencia verosímil de ciertos hechos ya comprobados. En síntesis, la experiencia física reposa sobre las asunciones siguientes: 1ª. Representabilidad hipotética de una condición aclarativa de los hechos inventariados. 2ª. Representabilidad de las consecuencias inherentes a la hipótesis adoptada. Todas las demás operaciones que requiere la experimentación —inventario y corroboración empírica— se reducen, en último término, a una observación cuidadosa de la realidad física; en otras palabras: a *un nuevo inventario*. La Ciencia progresa, pues, en virtud del principio lógico *de representabilidad* meticulosamente comprobado en *minuciosas observaciones*.

A estas alturas, se comprende fácilmente la causa de la superioridad del físico sobre el jurista. El físico sabe perfectamente cómo individualizar los hechos que constituyen su campo específico de investigación. Preguntad, en cambio, a un jurista en qué consiste un hecho jurídico. Os responderá con una tautología: “Hecho jurídico es aquél que produce efectos jurídicos”. Lo cual equivale a decir: “Hecho jurídico es el hecho... jurídico”. Con este modo de proceder se explica que los progresos no sean cuantiosos. Pues bien, si no sabemos aún distinguir entre hecho y Derecho, ¿cómo vamos a resolver el problema de la posesión? La Concepción civilista de lo jurídico se encuentra atrancada en sus primeros pasos por la imprecisión de los conceptos con que se desenvuelve. Lo peor es que muchas veces esos conceptos no hubieran ofrecido dificultad si se los enfocara como Dios manda.

¡Y, otras muchas, si se hubiera tenido la valentía de prescindir de ellos.

IV. La definición del hecho jurídico como presupuesto para una caracterización de la experiencia jurídica.

Consideremos un ejemplo de lo que se ha dado en llamar hecho jurídico. El G. c. puede proporcionárnoslo en su artículo 370, que dice así: “Los cauces de los ríos que queden abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras”. Pues bien; ante este supuesto, limitémonos a preguntar sencillamente: ¿Qué hubiera ocurrido si en el C. c. no estuviera consignado este precepto? La respuesta es muy simple. **No podríamos hablar ya de un hecho jurídico.** Y no porque ese acontecimiento apareciera exento de alguna forma de regulación positiva, sino porque, sólo **podría llegar a tenerla mediante la intervención de algún acto humano.**

En efecto, suprimido el artículo 370 del G. c, la hipótesis del lecho abandonado constituiría un caso más entre los comprendidos en el ámbito de la ocupación. El cauce del río sería, entonces, -para nosotros, una **res. nullius**, y le aplicaríamos el artículo 610 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, la ocupación requiere el concurso de un acto humano. Hablaríamos, pues, en ese caso, de un acto, no de un hecho jurídico.

Consideremos ahora un supuesto ligeramente distinto, no previsto intencionadamente por nuestro C. c. Y sea, por ejemplo, el caso de un **aerolito** o piedra meteórica que cae en la tierra procedente de los espacios sidéreos. A primera vista, pudiera creerse que también aquí estábamos tratando con una **res nullius** y que el problema de su pertenencia se resolvería del mismo modo, aplicando las disposiciones relativas a la ocupación. Pero las cosas no son tan sencillas. Evidentemente, el aerolito puede caer en terreno de propiedad privada. Y en esa circunstancia, sería jurídicamente imposible la ocupación sin el previo consentimiento del propietario. Ahora bien, ese consentimiento ¿no equivaldría a una donación? Si, por el contrario, el aerolito cae en un terreno de dominio público, la solución ha de ser radicalmente distinta. Ahora no hay ya una prohibición que impida penetrar en el fundo ajeno y ocupar la cosa sin dueño. No sería, pues, desatinado acudir a las normas reguladoras de la ocupación.

Cabe imaginar todavía otros supuestos más complicados. ¿Qué ocurriría, v. gr., si el meteorito **aterrizase** justamente en el sendero por donde una servidumbre de paso viene ejercitándose? Como se ve, el vacío legal daría lugar a una serie de problemas, irresolubles sin el concurso de una teoría jurídica. Si el raro evento de la caída de un aerolito se produjese, ¿qué solución convendría adoptar? La posición abstencionista de tener el hecho por una cuestión bizantina y encogerse de hombros, podría prevalecer y estaría, tal vez, justificada **hasta el momento en que la propiedad del apronto llegase a ser discutida procesalmente.** A partir de entonces, toda inhibición resultaría locura. El Derecho, es verdad, puede prescindir de regular utopías, pero no puede volverse de espaldas a la realidad. El Juez a quien se planteara el caso, obligado a fallar por fuerza del artículo 6.º, y sobre todo por la índole de su ministerio, se vería enfrentado con el mismo problema que acabamos de enjuiciar nosotros, con la diferencia de que para él sería preceptivo tomar una decisión. Pues bien, ¿qué haría entonces? La respuesta no se haría esperar. **Debería representarse mentalmente los diversos supuestos, que son posibles e inducir luego una regla conveniente a**

todos. Sin más aclaraciones, se comprende ya que nos encontramos bajo la acción del **principio de representabilidad**. Pero no añadiremos nada sobre él mientras no concluyamos en alguna cuestión que hemos dejado pendiente.

¿Qué cualidad intrínseca o qué condición extrínseca es capaz de transformar el hecho natural de que un río cambie de cauce en un hecho jurídico? Una consideración superficial respondería que el artículo 370 del G. c, ni más ni menos. O en otras palabras, la juridicidad de un hecho sería un simple corolario de su regulación normativa. Sin embargo, una afirmación semejante no soporta el embate de una impugnación crítica. Porque, como ya hemos tenido ocasión de ver, **la ausencia de normas reguladoras no impide que un hecho natural, aunque siempre mediante un acto interpuesto, reciba el tratamiento jurídico que le corresponde en virtud de su esencia**. Y; no vale decir en descargo que ciertos hechos se encuentran implícitamente regulados, aunque no lo estén explícitamente; y que la regulación implícita es una forma como otra cualquiera de normatividad. Aun aceptada la tesis de la plenitud del orden jurídico, tan brillantemente sustentada hoy por Cossío⁽⁴⁵¹⁾, la objeción propuesta carecería del más mínimo valor. La razón es obvia. Porque a causa de que determinados hechos, pasados por alto, aparezcan de un modo automático, regulados implícitamente, mientras otros requieran una especial intervención del legislador, tiene que ser una característica peculiar que les sea inherente; es decir, una cualidad intrínseca, o esencial.

Llegamos, en esto, al punto vital del problema: ¿Cuál es la cualidad esencial a que va unida la juridicidad de un hecho? Es fácil señalarla. Si toda disciplina jurídica se haría innecesaria donde se anulase radicalmente la litigiosidad potencial, es claro que hecho jurídico y acontecimiento litigioso se superponen. Pero a su vez, como exige la realidad previa de un acto humano, entonces hay que admitir también necesariamente que todo hecho natural es, de por sí, jurídicamente inocuo.

Ahora estamos ya en condiciones de configurar debidamente la experiencia jurídica. Para ello tenemos que volver la vista a una cuestión que antes hemos propuesto.

V. La experiencia en el terreno de lo tangible.

Decíamos anteriormente que los juristas suelen definir el hecho jurídico refiriéndose, con tautología manifiesta, a los efectos que de la en pos de sí. Sería muy natural, para aclarar las cosas, exigir una explicación complementaria de lo que constituye un efecto jurídico. Cualquier jurista seguramente se las vería muy apuradas para decir algo sensato sobre esta materia. Tal vez acudiendo primero a una evasiva verbalista se limitara a decir que efecto y consecuencia jurídica eran la misma cosa. Claro que por mucho que nos complacieran sus conocimientos lingüísticos, es evidente que una definición así no conseguiría distraernos lo bastante para que olvidáramos nuestra preocupación fundamental. Por eso, le redargüiríamos instantáneamente preguntando qué descripción intuitiva podría darnos de una consecuencia o efecto jurídico. O en un planteamiento filosófico, ¿a qué ontología regional concreta había hecho alusión con el término lógico utilizado? Sólo dos respuestas serían posibles. Pero da la casualidad de que una de ellas conduce fatalmente a la otra. Vamos a verlo.

Supongamos que nuestro contendiente, siguiendo la doctrina común, afirmara que una

⁴⁵¹ Cfr. la obra de COSSÍO: *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, 1939.

consecuencia jurídica consiste y se identifica con el nacimiento, con la modificación o con la extinción de un derecho subjetivo o de una situación jurídica. Es decir, supongamos caracterizados los efectos jurídicos como las vicisitudes que puede experimentar una situación jurídica.

Dos objeciones aniquilantes podrían dirigirse contra esta tesis. La primera, que la definición seguía refugiada en el terreno de los conceptos, por lo cual sería necesario todavía hacer entrar en juego nuevas definiciones hasta dar con una *última referencia intuitiva*. Ahora bien, al mentar precisamente las nociones de derecho subjetivo o de situación jurídica, cerramos por completo el camino hacia la intuición y volvemos al punto de partida, ya que, por una parte, incidimos en el reino de las abstracciones, y por otra, venimos a parar a un nuevo concepto de hecho jurídico, sólo que más completo y sutil que el enunciado al principio. Nuestro recorrido, en efecto, ha sido éste:

Hecho jurídico = hecho natural + *efectos jurídicos*.

Efecto jurídico = cualquier vicisitud de una *situación jurídica*.

Situación jurídica = posición ante el Derecho (¿ ?).

No importa ya la fórmula que se adopte. Tanto da que hablemos de posición como de ubicación o de lugar que se ocupa. De cualquier manera que sea, *no habremos llegado aún al suelo firme de la experiencia*, sino que continuamos con los pies en el aire de la evasión metafórica. Por lo demás, persiste el vocablo *jurídico* como un ritornelo por aclarar. ¿Qué hemos de entender aquí por jurídico? ¿Querrá decir *tipificado por una norma*? Entonces hubiera sido preferible empezar por ahí y denominar hecho jurídico al hecho tipificado. Pero, en ese caso, habríamos consagrado el dogma de la omnipotencia legislativa e indentificado norma y Derecho; habríamos aceptado el absurdo de que el arbitrio del legislador, no la realidad de las cosas, es el criterio decisivo de la juridicidad y. por si esto fuera poco, todavía nos habríamos echado encima la incómoda tarea de definir la norma jurídica sin realudir la este último vocablo, porque de aludirlo, reconoceríamos ya que es *fuera de la norma* donde hay que buscar la última realidad del Derecho. Si, al contrario, identificamos lo jurídico con una forma peculiar de la conducta humana, la expresión *hecho jurídico* resulta un contrasentido notorio.

La segunda objeción es, si cabe, más decisiva. El nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo o de una situación jurídica no se producen jamás por un mero hecho, ni siquiera por un hecho tipificado en una norma abstracta (que no pasaría de una simple *recomendación* potestativamente atendible), sino que requieren la presencia de una norma coactiva de acción *irresistible* ⁽⁴⁵²⁾. Sólo la sentencia firme de un modo estable y los *equivalentes jurídicos* (o títulos ejecutivos), de un modo provisional pueden considerarse, pues, causas productoras de efectos jurídicos ⁽⁴⁵³⁾. Hemos llegado, así, a la única respuesta viable: la eficacia jurídica consiste, en

⁴⁵² *Mientras la coacción no amenace, el Derecho positivo no ha intervenido aún. El hipotético deber sentado en la norma abstracta, tiene un valor yusnaturalístico puro, si bien reforzado por la coacción psicológica dimanante de una posible sentencia condenatoria venidera. Confrontar mi Pretensión, acción y tutela formal provisoria, separata de "Foro Gallego", 7-8.*

⁴⁵³ *Sobre el concepto de equivalente jurídico vid., además del último trabajo citado, Proceso y Forma, págs. 59 y ss. Contenido esencial citado.*

último término, *en el despliegue de alguna medida de coacción*.

Reunidos ya todos los datos necesarios, estamos en condiciones de configurar adecuadamente la experiencia jurídica. Insistimos, para ello, en una distinción capital que escinde lo jurídico en dos porciones opuestas y complementarias: una, la del Derecho-Norma; otra, la del Derecho-Actividad (⁴⁵⁴). Vamos a ver, en una y en otra, cómo se manifiesta el *fenómeno jurídico*.

En el derecho material (Derecho-Norma) el fenómeno jurídico se presenta como un modelo de actuación compatibilizadora (⁴⁵⁵) como un proyecto racional para transformar un litigio potencial en *relación pacífica*. La mira total del Derecho es la paz, a cuya consecución hay que entender dirigida cada una de las normas que componen el ordenamiento positivo. El Derecho-Norma espera la compatibilización por la cooperación voluntaria de las partes. Impone deberes y cuenta con la observancia de la mayoría. De ahí que pertenezca a la órbita de las esencias. Ahora bien, en una totalidad cada parte es función del resto. Por tanto, cada aspecto parcial del ordenamiento jurídico-normativo ha de ser considerado como una emanación del conjunto. Cada fenómeno jurídico tiene una fisonomía propia que brota y depende de la estructuración lógica integral del Derecho. *El legislador puede equivocarse, pero su error no debe dañar la justicia ni deformar la realidad jurídica*. La verdadera configuración de los fenómenos jurídicos debe efectuarla el jurista mediante una aplicación científica del *principio de representabilidad*. Es decir, mediante una *representación exhaustiva del campo de posibilidades que entorna un fenómeno jurídico*, tipificado en abstracto por el ordenamiento en su totalidad, y *la comprobación consecutiva de la inadmisibilidad de los diversos supuestos menos uno o de su integrabilidad total (o parcial, con exclusión correlativa) en uno de los mismos*.

En el Derecho procesal (Derecho-Actividad), por el contrario, el fenómeno jurídico se capta y se materializa exclusivamente por su cortejo de efectos empíricos. La transformación de la realidad, que en el derecho material es puramente deontológica, es visible aquí a través de manifestaciones coactivas.

He ahí, pues, de qué modo se conjugan en el Derecho *esencia, y existencia, lógica y vida, deber y realidad*. El método, naturalmente, ha de plegarse a las exigencias de la lógica y del principio de representabilidad, por el lado de las *esencias*, y al de *corroboración empírica*, por el lado de los *efectos coactivos*. Vamos a interrogar de este modo a la realidad jurídica en el problema concreto de la posesión para ver cuál es su respuesta.

VI. El principio de representabilidad y la estructura lógica del ordenamiento jurídico.

Supongamos, por un momento, que no existen en nuestro derecho positivo los preceptos del G. c. relativos a la posesión. El título V del libro II, con sus 37 artículos, hemos de imaginar que jamás ha existido para nosotros. En estas condiciones, ¿tendría sentido hablar en nuestro derecho de posesión? ¿Qué alcance tendría ésta? ¿Qué naturaleza cabría atribuirle? La solución a estos

⁴⁵⁴ Vid. mi trabajo *El concepto de Derecho procesal y su emplazamiento en el sistema jurídico*, .separata de “Foro Gallego”, 2-3.

⁴⁵⁵ Cfr. *La teoría del objeto del proceso*, en “Anuario de Derecho Civil”, abril-junio de 1949, págs. 621 y. ss.

problemas nos permitirá ver lo que significa realmente la posesión en el seno del ordenamiento positivo, cosa que tal vez el espejismo de las prescripciones concretas haga muy difícil de precisar. Tomamos contacto, primero, con el G. p., y leemos allí las disposiciones siguientes:

Art. 337. El que con violencia o intimidación se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella. Será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda balar de 1.000 pesetas.

Art. 517. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además, de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda balar de 1.000 pesetas. Si la utilidad no fuera estimable, se impondrá la multa de 4.000 a 2.500 pesetas.

Art. 518. El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales destinadas a filar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto ele propiedad particular como de dominio público, o distrajere el curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 por cien de la utilidad reportada o debido reportar con ello siempre que dicha utilidad exceda de 250 pesetas, sin que la mencionada multa pueda balar de 1.000 pesetas.

Art. 496. El que sin estar legítimamente autorizado impidiera a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

Todos estos artículos del G. p. suponen, en definitiva, la prohibición de ciertas medidas de violencia. Ya no será posible arrebatar al poseedor la cosa que detenta o perturbarle en su tenencia pacífica sin incurrir en alguna forma de sanción punitiva. El precepto del artículo 441 del G. c, de carácter más general y aparentemente más comprensivo, resulta así ejecutoriado y puesto en práctica en supuestos concretos. En efecto; el artículo 441 se limita, en síntesis, a condenar el apoderamiento de la posesión por la fuerza. Esto mismo es lo que, si no a través de una fórmula global compendiosa, sí, al menos, casuísticamente el G. p. efectúa. En rigor existen dos maneras de tomarse la justicia por propia mano. Una consiste en satisfacer con violencia el crédito que el deudor se obstina en no hacer efectivo. La otra, en despojar al poseedor de una cosa nuestra que detenta. Al primer supuesto responde al artículo 337 del G. p. Al segundo supuesto se refieren los artículos 517 y 518 de un modo específico. Y aunque sólo tienen en cuenta el caso de bienes inmuebles, subviene al de muebles el artículo 496 al proscribir cualquier tentativa de coacción, único medio que hará posible el despojo. En resumen; como el Código penal sanciona los actos de violencia, la posesión resulta **un estado de legitimidad provisional** que sólo mediante el proceso puede ser atacado con éxito.

Esta perspectiva inicial permite descubrir un aspecto de la posesión puramente negativo, que llevaría a concebirla como un **efecto de inercia**, como un reflejo o una consecuencia del principio, **primero orden, después justicia**, que impera en el Derecho. Pero la posesión tiene aún otras facetas, accesibles desde nuevos puntos de vista. Vamos a intentar revelarlas.

Volvemos para eso al C. p. y detenemos un momento nuestra atención en el artículo 453, que define la calumnia como “la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio”. Relacionando esta definición con el artículo 80 del mismo Código y con el 1º. de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que establece la garantía del debido proceso, deducimos una consecuencia importante: la imputación de un delito ha de ser considerada irrelevante y

calumniosa hasta que medie la sentencia firme condenatoria. El artículo 456 del Código penal, al eximir de pena al acusado de calumnia que aporte la prueba del delito imputado, ha de entenderse como una aclaración redundante, ya que demostrada la realidad del hecho no es posible hablar de calumnia, pues falta el requisito de la falsedad en la imputación. Ahora bien, la *prueba* de la calumnia es aquella y sólo aquella capaz de forzar la convicción del Tribunal; el delito no queda *probado* sino desde el instante en que así lo reconozca la sentencia.

Estamos en esto ante la oportunidad para sacar conclusiones. Como es notorio, existen dos caminos o procedimientos por los cuales cabe obtener la posesión de una cosa. Un camino se orienta por los modos legítimos de adquisición. El otro, bifurcado, desciende por el terreno de la violencia hasta el delito, o da de lleno en lo delictivo atentando contra la propiedad bajo alguna de las hipótesis sancionadas por nuestro Código penal en el título XIII de su libro II; de todas suertes, acaba en una acción antijurídica prevista y penada.

Así las cosas, debemos comenzar a hacer suposiciones. Imaginemos que un propietario desposeído intenta la recuperación de la cosa. Como la posesión es un instituto jurídico autónomo —no se olvide la convención previa de no existir en el Código civil ningún precepto sobre la posesión— no cabe adquirirla, sino ilegítimamente, o bien como adyacente de un derecho. Como en este último caso desaparece la cuestión posesoria para dar lugar al problema de fondo, el propietario puede únicamente legitimar su actuación frente al poseedor alegando la antijuridicidad de su título. Ahora bien, *proceder así equivale a imputarle alguno de los hechos delictivos que conducen indebidamente a la posesión. Y esto es calumnia mientras no se pruebe la realidad- de la imputación.*

Por tanto, la presunción de inocencia que rodea y protege a toda persona antes de su condena procesal, legitima provisionalmente las situaciones posesorias y grava al que las impugna con la carga de probar su ilegitimidad.

Hasta ahora hemos estado enjuiciando la posesión como algo objetivo y despersonalizado. Conviene, para agotar las perspectivas imaginables, acomodarse también al punto de vista subjetivo.

Procediendo así, vamos a ver cómo se ofrece al poseedor su propia situación jurídica.

A este fin, podemos tener en cuenta dos hipótesis: la del poseedor no propietario y la del poseedor propietario. El poseedor no propietario encuentra perfectamente determinada su situación jurídica en virtud de la concurrencia de un doble género de disposiciones: las que prohíben la autotutela y las que regulan la prescripción. Por obra de las primeras, puede conducirse interinamente como propietario; por las segundas, llegar a serlo con sólo mantenerse en la posesión durante el plazo exigido. Para él, por consiguiente, la posesión, fuera del proceso, es una *expectativa de dominio*; dentro del proceso, una *dispensa de prueba* que engendra también una *expectativa de resolución favorable*.

La posesión para el propietario parece que debiera tener un significado distinto. En rigor, no debiera ser más que una consecuencia del derecho de propiedad. Pero esto, que sería cierto en un derecho ideal donde propiedad y posesión no pudieran ir separadas, no es lo que ocurre en este Derecho *real* con que contamos nosotros. En efecto; la terrible verdad que experimenta cualquiera que se crea propietario es sencillamente ésta: el derecho de propiedad jurídicamente puro sólo se encuentra en ciertos tratados de Derecho civil; en la realidad no se le ve por ninguna parte. Usted, por ejemplo, se afirma dueño del fundo cornelianiano; pero si yo le requiero a que justifique cumplidamente su aseveración, usted, en el mejor de los casos, se me presentará provisto de una

serie de títulos. Ahora que, naturalmente, para que usted haya llegado a ser propietario, es condición inexcusable que su causahabiente lo haya sido a su vez y también el causahabiente de su causahabiente, y así el resto de los transmitentes hasta el primero. Es posible que usted tenga algunos títulos; pero para justificar a satisfacción su derecho de propiedad, debería exhibirlos todos. Y eso no lo podrá hacer usted. Ya estoy oyendo su réplica, y me adelanto a ella; porque es precisamente lo que estaba esperando. Usted me dirá que le basta presentar los títulos de transmisión hasta agotar el término prescriptivo. A partir de ese instante no necesita justificar nada más: la prescripción se lo da todo hecho. Esta es la verdad escueta. Pero encierra una amarga lección para su optimismo. Porque me figuro que se dará usted cuenta de que invocar la prescripción como base fundamental del dominio, es remitirse a la usucapión; es decir, a la fuerza convalidatoria de la posesión ininterrumpida. Entonces, resulta incuestionable que la posesión para el propietario es, en resumidas cuentas, **un título**. Más aún: es el argumento supremo de su derecho de propiedad.

Pongámonos ahora en un punto de vista menos unilateral y más decisivo. ¿Cómo ve la posesión el Juez? No es difícil percatarse de que también para él opera como un título. Sea que legitime la acción interdictal, sea que exonere de la prueba, sea que motive la absolución del demandado, en todo caso equivale a un título. Un título que, como todos los demás, puede ser desvirtuado por otro preferente; pero, al fin y al cabo, **un título**.

Bien; hemos desplegado ante nuestra consideración la serie de aspectos parciales, que se descubren al enfocar la posesión desde otros tantos puntos de vista. No conviene, sin embargo, llamarse a engaño. Los aspectos parciales son siempre un efecto de perspectiva. Y es preciso interpretarlos en coordinación sistemática para no incurrir en una protagonización errónea en favor de cualquiera de ellos. Vamos, pues, a efectuar una interpretación así de todos los argumentos aducidos.

Pensemos, para ello, en la significación que pueda tener el hecho de que la institución posesoria permanezca indemne aunque se suprima de raíz su regulación positiva específica. Lo primero que habrá que deducir de ahí es que la posesión no es una mera creación legislativa, sino una imposición de la realidad jurídica. Subsistiría a pesar y por encima del legislador, como presupuesto indeclinable para la instauración de todo ordenamiento positivo. En rigor, la primera condición para organizar un régimen jurídico es la prohibición de la autotutela y el mantenimiento del *statu quo*. Lo cual implica ya la consagración definitiva de la posesión. Esta, pues, es una institución jurídica **primaria**, anterior, como tal, a cualquier otra que requiera una ordenación positiva.

En segundo lugar, se advierte la íntima trabazón que existe en el seno del ordenamiento jurídico, la estructura logística y la coherencia interna del sistema de normas. El legislador no es en modo alguno omnipotente. Su actuación está poderosamente limitada por una realidad indestructible que no es posible deformar con mandatos. La ley debe, por eso, ser más un producto de la investigación científica que un imperativo. Con más razón aun los conceptos y las teorías jurídicas deben nutrirse en los fenómenos indelebles, no en porciones inseguras y cambiantes de la legislación positiva.

Todos estos antecedentes nos suministran el material indispensable para resolver los dos grandes problemas que encierra la posesión: el de su naturaleza jurídica y el del fundamento de la protección posesoria. Antes, con todo, de exponer nuestra propia teoría, conviene, para justificarla mejor, hacer una exposición crítica de las concepciones prevalentes en la doctrina.

VII. *Sumaria recapitulación de las teorías posesorias.*

En una de las monografías capitales de la Ciencia jurídica alemana, clasificaba Ihering las teorías posesorias en dos grandes grupos: *absolutas* y *relativas*. Estas se distinguían por buscar un fundamento extrínseco a la posesión, mientras que aquéllas trataban de justificarla en sí misma. No sólo la clasificación de Ihering, que descansa en una base sólida, sino, incluso, su propio esquema de doctrinas, que ningún progreso sustancial ha experimentado desde entonces, pueden ser aceptados sin retoque. Seguiremos, pues, a la letra, la exposición del gran jurisconsulto (⁴⁵⁶).

1. *Teorías relativas*

La protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma, sino:

1) En la interdicción de la *violencia*

a) Savigny acentúa principalmente el motivo *jurídico privado* que asiste al *poseedor*. (La perturbación posesoria es un delito contra el poseedor).

b) Rudorff, por el contrario, se fija en el motivo *jurídico público* que asiste a la *comunidad*. (La perturbación de la posesión es un atentado contra el *orden jurídico*.)

2) En el gran principio de derecho, según el cual “nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en que fundar su prerrogativa” (Thibaut.)

3) En la *prerrogativa de la probidad*, en virtud de la cual se debe suponer, hasta prueba en contrario, que el poseedor que puede tener un derecho a la posesión tiene en realidad ese derecho (Röder).

4) En la *propiedad*. La posesión es protegida

a) Como propiedad *probable* (o posible); tal es la opinión antigua

b) Como propiedad que *empieza* (Gans).

c) Como complemento necesario de la protección de la propiedad (Ihering).

2. *Teorías absolutas*

La posesión es protegida por sí misma en atención a que:

1) Es la *voluntad* en su encarnación real (Gans, Puchta y Bruns).

2) “Sirve como la propiedad al destino universal del patrimonio, a la satisfacción de las

⁴⁵⁶ *Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria* (Posada), 2ª. edic, 1912, págs. 4 y ss.

necesidades de la humanidad por medio de las cosas y —por el poder libre que sobre ellas se ejerce— su fin es conservar el estado de hecho de las cosas” (Stahl).

VIII La explicación de una coincidencia y el problema metodológico.

A la vista de las teorías expuestas, un lector medianamente atento habrá logrado advertir el estrecho paralelismo que existe entre ellas y los resultados que hemos obtenido nosotros desde las distintas perspectivas que reclama el principio de representabilidad. **Únicamente las teorías absolutas, están al margen de nuestras previsiones hipotéticas.** Pero es fácil comprender por qué. Las teorías absolutas son de carácter apriorístico. No se relacionan con el ordenamiento jurídico positivo, sino con el concepto puro de Derecho. Por tanto, no pueden ser examinadas y criticadas a la luz del principio de representabilidad. Su valoración ha de efectuarse en el estricto campo de la Lógica, enjuiciando si la definición de Derecho las implica o no como consecuencias inevitables. En el primer caso, serían inmunes a cualquier objeción. En el segundo, afirmaciones completamente gratuitas. A su tiempo, diremos alguna cosa sobre este argumento. Ahora importa más acometer otros problemas.

Según hemos adelantado oportunamente, para poner en juego el principio de representabilidad se hace necesario realizar por su orden estas dos operaciones: 1ª. la evocación exhaustiva del campo de posibilidades que entorna un fenómeno jurídico; 2ª la exclusión de todas las posibilidades excedentes, a excepción de una o su integración total como aspectos parciales de una sola tesis. Realizada ya la primera de las operaciones, corresponde ahora tratar, a las posibilidades previstas, con arreglo a cualquiera de las dos alternativas comprendidas en la segunda. Pero antes es conveniente detenerse por un instante en ciertas cuestiones periféricas que pueden aclarar extraordinariamente donde radica la característica peculiar del método jurídico.

Todos los juristas estamos acostumbrados a ver en cada problema importante de nuestra especialidad una serie de soluciones teóricas de muy diversa índole, contrapuestas las más veces; pero, a pesar de todo, coexistentes en pie de igualdad y actualidad. En otras Ciencias, por el contrario, vienen sucediéndose las teorías, aunque no para coexistir, sino para reemplazar las unas a las otras. Una teoría posterior no es concebible si no anula o supera la precedente. La razón es bien clara, porque las teorías deben ir adaptándose progresivamente a la realidad. ¿Por qué, pues, en la Ciencia jurídica, no se han eliminado con el tiempo las teorías sobrantes? Desde luego, porque **el jurista no ha sabido poner en práctica el principio de exclusión.** Si formulaba hipótesis no era con el propósito de agotar un campo de posibilidades, sino con el de buscar nuevas explicaciones más satisfactorias. Por eso no le preocupaba **el conjunto** de las fórmulas resolutorias posibles que era capaz de prever, sino una sola nueva. Inconscientemente, es cierto, las distintas teorías iban formando el campo de posibilidades representables; pero faltaba la intención de utilizarlo con un propósito de construcción científica, **experimental.**

Es fácil comprender ahora por qué al poner en juego el principio de representabilidad se van reencontrando algunas teorías con las que ya estamos familiarizados. Cualquier hipótesis lógicamente correcta tiene que ser una de las posibilidades del campo, la cual ha de ser necesariamente reproducida al recorrer exhaustivamente las diferentes perspectivas del principio de representabilidad.

He ahí, pues, hasta que punto la acumulación de proposiciones teóricas puede significar un progreso científico serio y un alivio envidiable en la investigación jurídica. Frente a un conjunto

de teorías no caben más que dos actitudes racionales: o *integrar* o *excluir*. La exclusión exige completar previamente el campo de posibilidades- y aplicar después a cada una de las tesis que lo componen alguno de los criterios dialécticos (el *esquema logístico* o la *corroboración empírica*) o ambos juntamente, según los casos. La integración requiere la sustitución de todas las hipótesis por una más abstracta que albergue a las demás como supuestos particulares inespecíficos. Tal es la tarea que debemos- acometer ahora para resolver científicamente el problema de la posesión.

IX Crítica de las teorías posesorias

Cuando Ihering en su obra capital sobre la posesión, abordóla crítica de las teorías posesorias, hubo de colocarse en una posición sumamente inestable. Después de impugnar la teoría de Savigny, alegando que no se acomoda a ciertas realidades jurídicas (falta de protección de la “detentio alieno nomine” y de la posesión de cosas *extra commercium*; falta de delito en todos los interdictos posesorios, etc.); la de Thibaut, que exigiría extender los interdictos a todo tipo de posesión; la de Róder, inconciliable con la prohibición de probar en el proceso interdictal la ilegitimidad de la posesión; la de la propiedad presunta, porque de la en pie el problema de aclarar aún el fundamento presuntivo; y la de Gans.. ya que excluiría de protección al *malae fidei possessor*; sienta su propia tesis sobre la base de hacer ingresar la propiedad en el marco de las realidades jurídicas, e imagina que el ordenamiento jurídico positivo sólo trata de proteger al propietario, aunque ocasionalmente resulte protegido también quien no lo es. Prescindamos, como si no tuviera importancia alguna, de una anomalía escandalosa que pasa por alto la teoría de Ihering: Si los interdictos han sido concebidos en beneficio exclusivo del propietario, ¿porqué la acción interdictal no se paraliza con la exhibición de un título de propiedad? ¿No es incongruente que el propietario protegido por los interdictos se vea reducido a la impotencia cuando el poseedor de mala fe vuelve contra él sus propias armas? Esta objeción es, comparativamente, de poca monta. El argumento terminante que se opone a la viabilidad de la teoría de Ihering es muy otro. Toda la construcción del gran jurista alemán está basada en una suposición utópica, desprovista de raíces empíricas. Ihering se mueve siempre sobre un concepto “ideal” de propiedad, sin haberse percatado de su falta de contenido concreto. Ha confundido una mera representación hipotética, completamente subjetiva, con *la cosa en sí*. En efecto; para afirmar la existencia de un derecho de propiedad hay que colocarse en el punto de vista de un ser omnisciente. Para todos los demás seres, resulta imposible atribuir a nadie el carácter o la condición de propietario. La razón es patente. La propiedad es una “relación”, incognoscible por sí misma, que depende de una serie de hechos impermanentes, que tampoco se dejan entrever por sí mismos. Por eso. el ordenamiento positivo no se refiere nunca a ese derecho abstracto de propiedad, ya que no podría hacerlo con eficacia. *Se refiere a títulos tile diverso rango que legitiman una actuación en conceptode propietario*. Todos esos títulos son objeto de protección, porque sin ellos resultaría imposible el propio ordenamiento positivo. Ahora bien, no se trata de una protección dispensada a la propiedad en la cual se escude y beneficie el no propietario. Se trata de una protección imprescindible concedida a la posesión para que la vida jurídica tenga *una primera base de orden* ⁽⁴⁵⁷⁾.

Si, por un momento, paramos nuestra atención en la realidad social concreta, nos advertiremos fácilmente del sentido y fuerza de las alegaciones aducidas. Para cualquier ser no omnisciente, todas las personas que se conducen en la sociedad como titulares de derechos subjetivos los

⁴⁵⁷ Cfr. *Acción, pretensión...*, cit., pág. 12.

pueden detentar tanto justa como inicua. Al exterior, no se trasluce ninguna diferencia. Para cualquier observador, la condición de usurpador es indiscernible de la de propietario.

Así las cosas, vamos a suponer que llamamos a capítulo a los diversos poseedores y les exigimos que justifiquen cumplidamente en virtud de qué fundamento jurídico actúan como tales. Todas las respuestas obtenidas, podrían reducirse a dos clases: Unas, que justificarán la posesión documentalmente; otras, **que la justificarán por sí misma**. Es cierto que casi todos los poseedores se atribuirán carácter de propietarios; pero también es verdad que su afirmación no tiene **valor jurídico alguno**. Ahora bien, ¿y si se escudan en un título? El título sí **tiene valor** jurídico; pero no tanto que alcance el **límite** de la propiedad. **Por más títulos que presente una persona no se podrá decir jamás que sea verdaderamente** el propietario. El título no se identifica con el derecho. Si hacemos una enumeración completa de los títulos con sus limitaciones, podremos demostrar fácilmente qué hondo es el abismo que separa un título de un **derecho**. En rigor, un derecho se adquiriría en una de estas tres formas: por producción, por ocupación o por transmisión. Cualquiera de ellas carece de evidencia por sí misma, y no puede, por tanto, actuar directamente como título. Ahora bien, si la propiedad sólo se identifica con el hecho generativo, y éste se extingue en el pretérito sin dejar huellas que lo perpetúen, ¿cómo podremos hablar de propiedad a no ser como hipótesis? En el tráfico jurídico los que cuentan en definitiva como **títulos de propiedad**, son, en suma, un conjunto de títulos contractuales, hereditarios o certificativos de producción (propiedad intelectual, patentes, marcas, etc.) posesorios (**ocupación**, como **primera**, posesión excluyente y arrogativa; **prescripción**, como posesión excluyente ininterrumpida) y las sentencias. Pues bien, salta a la vista que ninguno de estos títulos justifica o supone la propiedad, por la sencilla razón de que todos ellos **valen con una serie de reservas**, mientras que la propiedad, como estado, como realidad, no las admite: existe o no. Todo título necesita pruebas complementarias de ejecución imposible. Así, por ejemplo, el título derivativo requiere la prueba **diabólica** de que todos los causahabientes hayan sido propietarios y la de que ni el titular actual ni otro alguno de sus antecesores hayan enajenado la cosa con anterioridad. La sentencia, que dota de acción frente a una o varias personas concretas, está, desprovista de la validez **erga omnes** que requeriría la propiedad y no es oponible contra terceros. Por otra parte, ¿cómo una sentencia va a identificarse con la propiedad cuando después de ella cupo, también, una enajenación? En resumen, en este derecho imperfecto de nuestra experiencia humana ningún título entraña propiedad, y a ningún titular podemos atribuir carácter de propietario. Quien hoy ha reivindicado con éxito frente a X puede mañana ser declarado usurpador frente a Y. Si pues, el derecho positivo no conoce ningún propietario, ¿cómo puede configurar los interdictos en beneficio del propietario? Si la teoría de Savigny choca con ciertas modalidades de la experiencia, la de Ihering tiene un defecto peor; ni siquiera está en la experiencia; es totalmente metaempírica.

Tampoco las teorías absolutas salen mejor libradas. En realidad, no explican **por dentro** el fenómeno de la posesión; más bien eluden el núcleo de la dificultad con una evasiva verbalista. Así, cuando se habla de que en la posesión se protege la **voluntad particular por sí misma**, porque en el reconocimiento de la inviolabilidad volitiva se basa todo el orden jurídico, no se hace más que desplazar el centro de la cuestión y perderse en contradicciones. Aunque prescindamos de la arbitrariedad que supone concebir el Derecho como “**voluntad general**”, y admitamos este principio como dogmático, la protección de la libertad individual, cuando no se apoye en aquélla, es más difícil de justificar que la posesión. Y si se dice que **voluntad general** es que se protejan las situaciones posesorias, cabe preguntar, ¿y si no lo fuera? ¿Qué quedaría entonces del carácter absoluto de la posesión? Y si la posesión se impone a la voluntad general, ¿no se desmorona esta concepción del Derecho y con ella también la teoría volunlarista de la posesión? La cuestión álgida sigue en pie aquí, pero en otra forma. Si la voluntad injusta no merece la garantía jurisdiccional,

¿por qué otorgársela a la posesión aun cuando tenga carácter ilegítimo? Y si en la posesión se protege la voluntad, ¿por qué —como inquiría Ihering— no se protege en otras situaciones en que, como tal, ha sido suficientemente exteriorizada?

Una objeción similar podría dirigirse a la teoría de Stahl. Aunque se reconozca que con la posesión se defiende un interés económico peculiar, muy distinto de la propiedad e independiente de ella, queda por saber con qué fundamento se hace esta excepción. La teoría de Stahl, que de la tan importantísima cuestión pendiente, resulta, pues, impredicativa.

X La solución científica al problema de la posesión.

La inconsistencia de las teorías préndenes nos fuerza a realizar un nuevo escrutinio en los hechos. Para efectuarlo científicamente no debemos perder de vista los requerimientos del principio de representabilidad. Por eso, como primera medida, necesitamos saber si es una teoría, absoluta o una teoría relativa la que haya de dar resuelto el problema de la posesión. Decidiremos esta alternativa en cuanto sepamos a ciencia cierta si el ordenamiento jurídico podría o no prescindir de la protección posesoria. Bien; pues procedamos a averiguarlo.

A primera vista, parece que la posesión no es una institución jurídica absolutamente imprescindible. Uno concibe sin esfuerzo un ordenamiento positivo del que se haya extirpado la pura relación posesoria. A este fin, bastaría con que el Estado se atribuyese o hiciera ingresar en el dominio público todos aquellos bienes sobre los cuales no se formulase ninguna reivindicación basada en un título. Con esto, naturalmente, ya no podría hablarse de mera posesión con valor jurídico, puesto que la protección jurisdiccional recaería sólo sobre los títulos. Pero, claro, a la hora de profundizar más en esta hipótesis van saliendo a la luz los efectos destructivos que acarrearía. En primer lugar, sería totalmente inaplicable a los bienes muebles. En segundo lugar, para llevarla a cabo se requeriría una mutación revolucionaria del ordenamiento actual, bien pasando automáticamente al dominio público o al patrimonio estatal todos los inmuebles hasta que los particulares interesados no exhibiesen títulos posesorios legítimos; bien abriendo los poderes públicos una información sobre la situación jurídica de cada finca. Todo esto, en verdad, sería dificultoso y grave; pero no irrealizable; pero no terrible. Lo verdaderamente desastroso sobrevendría después. Al desaparecer la posesión se desvanecería con ella una institución jurídica de aspecto paradójico y hasta, si se quiere, de aparente injusticia; pero, en cambio, de tan trascendental importancia que con ella volaría, hecho añicos, el ordenamiento positivo. Como es manifiesto, se hace referencia a la prescripción. Comenzamos ahora a vislumbrar la gravedad de la situación planteada, a pesar de que no hemos salido aún de la orilla. Si nos adentramos un poco, las cosas se complican todavía más. En rigor, las citadas leyes antiposesorias no acabarían por sí mismas con la posesión. De hecho, los poseedores sin título no quedarían, sin más, “raídos de la faz del planeta”. Su posesión continuaría hasta el formal despojo. Y entonces, y entretanto, por virtud de las disposiciones penales mencionadas anteriormente, su situación, aunque ilegítima e inestable en el fondo, seguiría amparada por el ordenamiento jurídico. No por la vía directa del interdicto: pero sí por la indirecta de la sanción penal al acto agresivo. Por tanto, aun sería posible hablar del hecho de la posesión como *interés jurídicamente protegido*.

Llegamos así, al convencimiento de que para abolir definitivamente la institución posesoria sería preciso también terminar con la prohibición de la autotutela. con el delito de coacción —al menos en su forma actual— y con el de calumnia. Y en este punto, creo que cualquiera echa las manos

a la cabeza y se rinde a la evidencia de que la posesión es una institución absoluta, tan esencial como el propio ordenamiento jurídico. Hace falta, pues, explicarla desde una teoría también absoluta. Y he aquí: ***La posesión es un valor jurídico, uno de tantos equivalentes de la propiedad, que se tutela, como los otros, precisamente por la imposibilidad de proteger de un modo directo la propiedad en sí misma.*** En resumen, si se protege la posesión es porque fe propiedad no puede ser protegida. Intentaremos una demostración experimental, dentro del tipo de experimentos que son posibles en la ciencia jurídica.

Un ilustre escritor americano (Watson Davis) y un gran matemático (Edward Kasner) han popularizado una denominación singular dada a un instrumento inexistente: el “matescopio”. Han llamado así, ni más ni menos, a toda la ciencia matemática, que permite, como un instrumento de alta precisión, sondear los más hondos enigmas del Universo. Pues bien, si me perdonan la inmodestia, ya también he descubierto un aparatito similar, puramente imaginario, desde luego; pero que permite realizar delicadísimos y decisivos experimentos. Hasta ahora no había pensado nunca en la conveniencia de ponerle un nombre, mas ya que surge la eventualidad, voy a hacerlo. Le llamaré, si a ustedes no les parece mal, ***detector jurídico***. Yo a la verdad, he utilizado ya el ***detector jurídico*** varias veces (⁴⁵⁸); pero lo voy a describir y emplear una vez más por si alguno de ustedes no lo conoce o no está enteramente convencido de su importancia.

El detector jurídico es una especie de receptor y proyector cinematográfico, que constituye un verdadero alarde técnico. Puede registrar y proyectar en el acto, en su pantalla maravillosa, tanto ***lo que hace ahora*** una persona cualquiera que usted indique, como ***todo lo que ha hecho*** en su vida. Pues bien, con el auxilio de este aparatito no me costará nada demostrar que si la propiedad pudiera ser tutelada en sí misma, sobrarían muchas instituciones jurídicas que son ***un mal menor***.

En efecto; supongamos que en todos los Juzgados tenemos un ***detector jurídico***. El primer efecto que produciría allí sería el de hacer inútiles todos los instrumentos probatorios. En caso de litigio, el Juez lo decidiría comprobando en la pantalla cinematográfica si las afirmaciones del actor eran verdaderas, sin tener siquiera que oír al demandado. ¿Qué necesidad habría ya de documentos, de testimonios, de peritos, de presunciones? Los hechos, los verdaderos hechos, serían ya inmediatamente visibles. Del mismo modo, ¿qué necesidad tendríamos también de la prescripción como límite de la prueba? ¿Qué necesidad, asimismo, de prohibir ***a priori*** la autotutela? El triunfo cierto e inexorable de la razón sería bastante para el mantenimiento del orden y se podría autorizar la realización de la justicia por propia mano sin temor a que la Sociedad degenerase en un caos. Nadie, o casi nadie, se lanzaría sin derecho a la acción directa, teniendo, como tendría, la certeza de una sanción penal. Así las cosas, ¿qué quedaría de la posesión? Un mero recuerdo histórico. ***Sólo la propiedad estaría jurídica mente protegida.*** La simple posesión sería inconcebible y en todas partes se la trataría como una usurpación: con extremo rigor punitivo.

Como habíamos anunciado, el ***detector jurídico*** trae una prueba irrefutable de nuestra afirmación anterior. Si la propiedad pudiera ser protegida por sí misma, no sería necesario rodear a la posesión de una barrera defensiva. Y quien dice la propiedad, dice todos los demás derechos subjetivos presuntos. Todos los que no estén en la experiencia jurídica. En el Derecho ***experimental*** e imperfecto, que utilizamos por el momento hasta que no se construya mi ***detector jurídico***, los derechos subjetivos materiales no cuentan más allá de la hipótesis. Lo único que cuenta son los títulos. Los títulos son ***valores relativos*** que, con más o menos probabilidad, ***representan*** los hechos generativos de las obligaciones jurídicas “ideales”. Son signos ***sensibles***, unidades y

⁴⁵⁸ Vid. op. últimamente cit., págs. 5 y ss.

categorías de la experiencia humana, dotados de la protección jurisdiccional. En ellos se resume, pues, el campo de la experiencia jurídica. En el Derecho positivo nada hay, por consiguiente, a su exterior. Cuando las leyes, refiriéndose a las buenas relaciones entre las partes, imponen el cumplimiento de una obligación sin prueba, se remiten al *fuero de la conciencia*, no al ordenamiento jurídico *compulsivo, real*. Sólo también por contraposición a esta verdad material última, puramente hipotética, hemos hablado nosotros de *equivalentes jurídicos* (⁴⁵⁹). Por ío demás, toda *legitimidad*, de cualquier clase que sea, ha de refugiarse inexorablemente en esos *títulos de valor*. La *posesión* es uno más entre todos.

⁴⁵⁹ *El concepto de equivalente jurídico, ha sido empleado alguna vez con cierta aprensión de su alcance. Por eso, quiero llamar la atención acerca de un punto concreto. Los equivalentes jurídicos son los medios de hacer ingresar* el Derecho “ideal” en el marco de la experiencia jurídico-positiva.. Requieren, pues, cierta perceptibilidad, empírica, cierta materialidad. Requieren también una dosis de eficacia coactiva, una garantía jurisdiccional inmediata, aunque sea de carácter provisional.*

II

PLEITO SOBRE ASTROLITOS

(UNA PRUEBA PRÁCTICA DE LA FECUNDIDAD DEL EMPIRIOCRITICISMO JURÍDICO) ⁽⁴⁶⁰⁾

I

Hace bien poco tiempo, en un artículo *sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico* ⁽⁴⁶¹⁾, dejé deslizar, entre afirmaciones gravísimas, una casi sin importancia, pues ni era esencial a la argumentación, ni la solución adoptada tenía pretensiones dogmáticas. Por raro que parezca, las tesis fundamentales de que me hice responsable, que implican nada menos que un cambio radical en la concepción de lo jurídico, no han suscitado (que yo sepa) ninguna repulsa razonada. Y, en cambio, esa simple cuestión periférica ha motivado, no sé por qué, la disconformidad de algunos civilistas. Mi extrañeza ante esta anomalía no tiene límites. Pero seguiré la corriente y me acomodaré a las 'circunstancias, defendiéndome en el terreno en donde se me ataca. Para que reine la claridad desde el principio, transcribiré, como primera medida, el pasaje que ha ocasionado los reproches. Dice así:

“...Sea, por ejemplo, el caso de un *aerolito* o piedra meteórica que cae en la tierra procedente de los espacios sidéreos. A primera vista pudiera creerse que también aquí, estábamos tratando con una *res nullius*. y que el problema de su pertenencia se resolvería, del mismo modo, aplicando las disposiciones relativas a la ocupación. Pero las cosas no son tan sencillas. Evidentemente, el aerolito puede caer en terreno de propiedad privada. Y en esa circunstancia «sería jurídicamente imposible la ocupación sin el previo consentimiento del propietario. Ahora bien, ese consentimiento ¿no equivaldría a una donación? Si, por el contrario, el aerolito cae en un terreno de dominio público, la solución ha de ser radicalmente distinta. Ahora no hay ya una prohibición que impida penetrar en el fundo ajeno y ocupar la cosa sin dueño. No sería, pues, desatinado acudir a las normas reguladoras de la ocupación.

Cabe imaginar todavía otros supuestos más complicados. ¿Qué ocurriría, v. g., si el meteorito aterrizase justamente en el sendero por donde una servidumbre de paso viene ejercitándose? Como se ve, el vacío legal daría lugar a una serie de problemas, irresolubles sin el concurso de una teoría jurídica. Si el raro evento de la caída de un astrolito se produjese, ¿qué solución convendría adoptar? La posición abstencionista de tener el hecho por una cuestión bizantina y encogerse de hombros, podría prevalecer y, estaría, tal vez, justificada *hasta el momento en que la propiedad, del aerolito llegase a ser discutida procesalmente*. A partir de entonces, toda inhibición resultaría locura. El Derecho, es verdad, puede prescindir de regular utopías, pero no puede volverse de espaldas a la realidad. El Juez a quien se planteara el caso, obligado a fallar por fuerza del art. 6.” y, sobre todo, por la índole de su ministerio se vería enfrentado con el mismo problema que acabamos de enjuiciar nosotros, con la diferencia de que para él sería preceptivo tomar una decisión. Pues bien, ¿qué haría entonces? La respuesta no se de la esperar. *Debería representarse, mentalmente los diversos, supuestos, que son posibles e inducir luego una regla conveniente a todos*”. ⁽⁴⁶²⁾.

Es patente, a cualquiera, a la vista de la última proposición, cuál es la finalidad que el caso concreto ejemplificado desempeñaba en la argumentación total. Lo que se trataba de poner al descubierto con él era *la esencia del razonamiento jurídico* cuando no existiera una regulación

⁴⁶⁰ *En un trabajo muy reciente. A. D'ORS ha puesto en duda la fecundidad práctica de mis teorías jurídicas (Vid. Anuario de Filosofía del Derecho, I, 302). Una aplicación concreta, demostrativa de lo contrario, puede ser este mismo artículo.*

⁴⁶¹ *Vid. en ADC, VI, 2º., 441 ss.*

⁴⁶² *Op. cit., 445.*

legal explícita y específica. Pero como al buen perdedor no le duelen prendas, y ya que la solución propuesta por mí ha sido cuestionada y controvertida, debo dedicar a este problema un breve estudio independiente, pues el *pleito* surgido no tiene espera y ni siquiera cabe aguardar a que se localice un astrolito para discutirlo. De paso, quiero aprovechar esta oportunidad para evidenciar ante quienquiera que mi concepción empiriocrítica del Derecho no sólo no es intrascendente para la práctica, sino que sus características fundamentales son el *realismo* y la *fecundidad* en los casos concretos. Uno de ellos se encargará de demostrarlo a su tiempo; pero me parece de inmediata necesidad exponer ante el lector no informado en qué consiste el *empiriocriticismo jurídico*.

II

Si quisiera definirlo en forma pintoresca, diría, -ni más ni menos, qué el empiriocriticismo jurídico es una cruzada de exterminio contra todos los inobservables que padece la Ciencia del Derecho. Lo difícil es, en cambio, indicar con toda precisión en qué consisten los inobservables. Son enemigos demasiado solapados y escurridizos para dejarse capturar fácilmente. De cualquier manera, hay que intentar una descripción, sea como sea, pues, si no, se hará imposible apresar a ninguno.

Para comenzar, puede valer esta fórmula: “Toda relación jurídica que no sea evidenciable de algún modo ante un Juez de última instancia, constituye un “inobservable” y no puede ser tomada como base de construcciones teóricas”. Aunque semejante afirmación pudiera parecer inofensiva, no lo es en ninguna forma. Como no trato de sorprender la buena fe del lector, voy a poner al descubierto algunas de sus más serias complicaciones. Así, por ejemplo: ...Casi todas las teorías de los privatistas se fundan en los *supuestos de hecho normativos*, como si éstos fueran directamente asequibles a un ser no omnisciente. Si la Ley dice: “Para el caso de haber ocurrido el evento *A*, debe hacerse *B*”, el privatista no duda en edificar por completo sus especulaciones sobre las hipótesis de la Ley, como si éstas fueran un *dato* seguro y no un auténtico e impenetrable enigma. Alucinado por las apariencias, el privatista ignora que está elaborando una colosal utopía. Y en tanto, le pasa inadvertida la verdadera realidad del Derecho...

Algo semejante le sucede al legislador. Cree a ciegas que a través de las prescripciones legales moldea a su gusto, la realidad jurídica... y vive satisfecho acariciado por ese sueño. Pero la realidad sigue su curso impasible, encerrada en sus propias y adecuadas normas.

Sería tal vez hermoso —o aun acaso poético— que el legislador y el privatista tuvieran razón. Pero es el caso que la Ciencia no se contenta con poesías. Y aunque la doctrina dominante se dedique a cultivar la *poesía jurídica*, hechos patentes, hechos incontrovertibles no le dejan ninguna esperanza ni escapatoria.

En efecto; enfrentando a la teoría dominante con la experiencia se descubre una impresionante contradicción. Véase, si no, en síntesis, la *communis opinio*, a través de ¡a interpretación tal vez más lúcida:

“Toda norma contenida en la ley es una voluntad general, abstracta, hipotética, condicionada a la verificación de determinados hechos, los cuales, por regla general, pueden producirse un número indefinido de veces. Siempre que se verifica el hecho o el grupo de hechos previstos por la norma, se forma una *voluntad concreta de ley*, en cuanto en virtud de la voluntad general y abstracta nace una voluntad particular que tiende a actuarse en el caso dado. Así, a cada estipulación de compraventa corresponde la formación de una voluntad concreta de ley, en virtud de la cual aquel determinado comprador debe tener la cosa, aquel determinado vendedor debe recibir el precio. A todo acto lícito corresponde la formación de una voluntad concreta de ley, por virtud de la cual aquella determinada persona en daño

de la cual fue realizado el acto culposamente, debe ser resarcida del daño. La muerte de todo individuo, combinada con la relación de parentesco entre el difunto y determinadas personas, o con una manifestación de última voluntad de aquél, hace nacer una voluntad concreta de ley, en virtud de la cual los derechos expectantes del difunto pasan a los herederos. Si un cónyuge cómele excesos o sevicia en daño del otro cónyuge, da lugar a que se forme una voluntad concreta de ley, en virtud de la cual el inocente podrá pedir la separación. Como se ve, todo derecho subjetivo no es sino una voluntad concreta de ley *subjetivada*, es decir, considerada desde el punto de vista de aquel que puede pedir su actuación”, (463).

Es realmente una lástima que una página tan brillante se haya escrito en vano. Chioventa —y tras él cuantos profesan creencias análogas— se ha delado apresuradamente en su propia trampa. Ha ideado una rica sucesión de metáforas; pero lo ha hecho con tal convencimiento que ha llegado a otorgarles objetividad, *a personificarlas*. El error proviene de una inconsciente adoración de las palabras. Inicialmente, a título de símil, se habló de una cierta *voluntad* de la ley. Pero, por desgracia, se creyó después en el *carácter real* de la voluntad legislativa. Personificada la Ley, todo lo demás era bien sencillo: la Ley actuaría como un ser racional, omnisciente, ubicuo. Que ocurre la hipótesis prevista en la norma; bueno, pues se forma una voluntad concreta de ley tendente a actuarse en el caso dado. Que una ley dice: “el que ocupe una *res. nullius* se hace propietario de la misma”, entonces, automáticamente, sin más que porque la ley lo quiera, el ocupante se hace propietario. Que otra ley establece: “el que matare a otro será castigado como homicida”, pues, aunque nadie intervenga para calificar el hecho (¡pasemos por alto el castigo!), desde el momento de la comisión del crimen hay un homicida en el mundo. ¡Si fuera verdad tanta belleza! Lo malo es que no hay nada de eso. La Ley es una serie de proposiciones inertes, un conjunto de “signos del pensamiento”, cuya existencia y sentido se alcanzan sólo cuando una mente las interpreta. La Ley no puede querer nada; ni, desde luego, es capaz de operar mecánicamente ese fenómeno de “calificación automática” de los hechos en que sueñan la casi totalidad de los juristas. En rigor, las disposiciones legales son nada sin *alguna persona* que vivencie y dé sentido íntimo al conjunto de símbolos que las componen. Ahora bien, es un hecho psicológico que la interpretación no es plenamente unívoca. Esto ya, de por sí, propone un problema importante: si la Ley debe tener un sentido único, ¿a quién corresponde fijarlo? Pero prescindiré ahora de esta cuestión, para plantear otra todavía más grave.

Muchas personas pueden leer e interpretar las leyes. En esencia, sin embargo, desde el punto de vista subjetivo hay tres posiciones interpretativas distintas. En primer lugar, la de personas imparciales, ajenas a los hechos; después, la de los mismos interesados; por último, la del Juez que conozca de una cuestión litigiosa relativa a esos hechos. Evidentemente, la primera clase de interpretación no es constitutiva de derechos, ni tiene valor vinculante; tampoco es realista porque presupone una serie de “inobservables” y se asienta sobre el vacío. La segunda especie de interpretación puede tener valor social, si los interesados están de acuerdo; pero está privada de valor jurídico, ya que la opinión de las partes no es Derecho. La tercera interpretación, en *última instancia*, es, sí, Derecho y experiencia jurídica, aunque solamente cuando se pone en ejecución en el caso concreto. Trataré de demostrar lo que digo.

Supongamos que una persona “desinteresada” interpreta un texto legal, y sea, a título de ejemplo el art. 486 del CC:

“El usufructuario de una acción, para reclamar un predio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarla y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia de! ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada, el usufructo se limitará a solo los frutos, quedando el dominio para el propietario”.

⁴⁶³ CHIOVENDA: *Instituciones de Derecho Procesal civil* (Gómez Orbaneja), I, 1948, pág. 2.

Si consultamos la interpretación desinteresada de cualquier civilista nos encontraremos con que **prescinde enteramente de la cuestión de hecho**, como si la de Derecho pudiera “aislarse” de aquélla. Ahora bien, todos los conceptos jurídicos están ligados a los hechos en forma inexorable y no soportan sin falseamiento ninguna amputación. El CC. habla de usufructuarlos; pero en la realidad no hay usufructuarlos, sino personas que se comportan como tales con o sin título. Habla de “derecho a que se faciliten ciertos medios de prueba”; pero, ¿cómo hacer efectiva esta supuesta obligación? Es muy fácil enunciar principios so color interpretativo. Ahora bien, ¿qué contenido tienen afirmaciones desprovistas de toda realidad? ⁽⁴⁶⁴⁾.

Cuando son las partes quienes interpretan la norma, si no están de acuerdo, sus razonamientos carecen de valor, pues su misma contradicción le impide tenerlo. Si están de acuerdo, y aplican de consuno la Ley, no es en virtud de ésta por lo que sus actos tienen cierta eficacia, sino en virtud de su propia autodeterminación: abstraída la Ley, podrían obtener el mismo resultado.

Cuando, finalmente, el Juez interpreta la Ley, no se encuentra, en realidad, con un problema de mera captación de sentido, sino con el problema de descubrir tras la insinuación iniciada e interrumpida de la Ley el fondo preciso y acabado de la experiencia jurídica. Toda cuestión de hecho se resuelve siempre, por eso, en una **valoración de títulos**, pues éstos son para el Tribunal —enteramente ciego a los hechos— la única experiencia posible. Las cuestiones de Derecho no constituyen en verdad un tema de interpretación, sino de **investigación de la realidad jurídica**. No se trata de indagar la **mens legis**, puesto que la Ley no tiene sentido con independencia de la mente que la refleja; ni, tampoco, la **mens legislatoris**; ya que la Ley es justamente el medio de impedir que la voluntad del legislador dé soluciones directas al conflicto litigioso surgido y trae consigo, en consecuencia, una pretensión de objetividad que el recurso a una **opinión o autoridad** frustraría. El Juez se vale de la Ley como punto de partida; pero la Ley no le deslinda el pensamiento, aunque sí le da una incitación a pensar y el tema para que investigue. Ahora bien, hacer pensar no es condicionar el pensamiento. El Juez tiene que internarse en el Derecho por virtud de su propio esfuerzo mental, dejando en seguida detrás las **intenciones, significativas** inconcretas e implícitas que la Ley contiene, hasta llegar a una **decisión**. Entonces consuma su obra. Y el Derecho se habrá hecho realidad en el ¡paso concreto.

III

A su paso por el espacio cósmico, viene sobre la tierra cada día alrededor de una tonelada de materia. Un número impresionante de pequeñísimos astrolitos está incesantemente cayendo sobre nuestro planeta. Un cálculo aproximado, y no precisamente por exceso, permite llegar a una cifra global de unos treinta y seis millones de meteoritos diarios. Y esto, limitando el cálculo a las magnitudes negativas, a la magnitud cero y a las cinco primeras positivas. No obstante, como la mayoría de los aerolitos tienen una masa insignificante (58 miligramos, por término medio), y se reparten casi uniformemente por toda la tierra, pasan, por lo general, inadvertidos, de suerte que el hallazgo de un meteorito es un acontecimiento que se produce muy rara vez. En toda la superficie de la península el número probable de grandes astrolitos caídos por año no es mayor que

⁴⁶⁴ Cfr. *LOIS: Pretensión, acción y tutela formal provisoria* (separata de “Foro Gallego”, 7-8).

dos (⁴⁶⁵).

Resulta, pues, difícil que sobrevenga pleito sobre la atribución de un astrolito. A pesar de todo, vamos a suponer que una piedra meteórica se convierte en cosa litigiosa. Imaginaremos, conforme al método de la *verificación representativa*, qué posibilidades pueden presentarse; después enjuiciaremos las soluciones que conviene adoptar.

Teniendo en cuenta solamente las hipótesis que interesan al Derecho civil, es necesario considerar la condición del bólido según el régimen jurídico de los bienes sobre que haya caído. Hay, en esencia, tres supuestos diferentes, a saber:

a) Bienes de dominio público.

⁴⁶⁵ *El dato empírico que nos sirve de base es muy simple y su comprobación está al alcance de cualquiera, un observador descubre, por término medio, unos diez astrolitos por hora. Como, a partir de la tercera magnitud pasan inadvertidos bastantes meteoritos, y ya, desde la quinta, son imperceptibles a simple vista; como, además, su número aumenta a razón de 2,5 por magnitud, es posible establecer las relaciones siguientes:*

Astrolitos vistos10
Inadvertidos1/7 de 3^a. magnitud
 1/2 de 4^a
 5n de 5^a: “
Todos desde la 6^a. “

Por tanto, de las cinco primeras magnitudes, no es exagerado calcular que inciden en el casquete esférico visualizado por el observador unos 30 astrolitos por hora. Ahora bien, la relación entre el casquete esférico visualizado y el área de la esfera en que se da el fenómeno se expresa por la fórmula:

$$\frac{4 \pi R^2}{\pi (r^2 + h^2)} = \frac{4 R^2}{r^2 + h^2}$$

Y habida cuenta de que la altura media a que se ven los astrolitos es de unos 85 kms. y de unos 80° el ángulo de visión eficaz, podemos, tras resolver un triángulo rectángulo, calcular en concreto los valores de la relación anterior

$$\begin{aligned} A &= 85 \text{ kms.} \\ B &= A \operatorname{sen} 50^\circ = \log A + \log \operatorname{sen} 50^\circ \\ C &= A \operatorname{sen} 40^\circ = \log A + \log \operatorname{sen} 40^\circ \end{aligned}$$

Por tanto,

$$\begin{aligned} 1,92942 + 1,88425 &= 1,81367; \text{ antlog. } 65,11 \\ 1,92942 + 1,80807 &= 1,73749; \text{ antlog. } 54,63 \end{aligned}$$

Y entonces:

$$\frac{4.6460^2}{54^2 \cdot 20^2} = \frac{166926400}{3316} = 50339 ; 50339 \times 30 = 1510170$$

Rodeando las cifras, tenemos que, hasta La 6^a. magnitud, inciden cada hora sobre la esfera terrestre un millón y medio de meteoritos, que hacen un total de unos 36 millones por día. De todas suertes, de cierta magnitud caen sólo un par de miles por año.

b) Bienes de propiedad privada.;

c) Bienes en cotitularidad.

Pasaré revista a cada uno de los tres supuestos.

a) La característica del dominio público, que ha dado tanto que discutir a los administrativistas, es, justamente, la ausencia de toda atribución de titularidad: No existe nadie que pueda arrogarse la propiedad de la cosa y atribuirse una posesión excluyente. El dominio público es un nodominio; pero no una *res nullius*, ya que no es susceptible de ocupación. En modo alguno ejerce el Estado la propiedad sobre los bienes de dominio público; se limita a garantizar el orden en el disfrute común. Por tanto, si un aerolito cayese en un terreno de dominio público nadie podría oponerse legítimamente al acto de la ocupación. A falta de norma específica reguladora, se trataría de un bien carente de dueño, apto para ser apropiado (CC. arts. 609, 610).

b) Pero si el astrolito cayese en terreno de dominio privado, la solución no podría ser tan simple. En primer lugar, se ofrece el supuesto de una finca cercada. Es incuestionable que, en ese caso, la condición jurídica del inmueble impide la ocupación, como no medie la aquiescencia 'del propietario. La "cosa: no es *ocupable*, porque se interpone una facultad dominical que impide el acceso hasta ella. Por lo demás, con el previo consentimiento del propietario, ¿qué diferencia habrá entre *ocupar* el astrolito o tomar los frutos de un árbol? Una verdadera ocupación no puede depender de la venia antecedente de alguien.

Otra hipótesis, aparentemente muy distinta, es la de una finca abierta. Por lo general, se estima que es lícito penetrar en un fundo ajeno no cercado. Aunque tal apreciación presenta ciertos puntos vulnerables, no hay inconveniente en admitirla a efectos de la cuestión actual. Según esto, parece natural sostener que es apropiable un astrolito que se ve caer o que se encuentra en una finca ajena a la que cabe tener acceso. Al menos, uno creería de sentido común este criterio. Pero el sentido común es sumamente engañoso. La razón está muy a menudo en pugna con él y termina siempre por derrotarlo. Como se ha de comprobar en seguida, el caso de *ahora* es una demostración irrecusable de mi tesis. Y constituye también una prueba clara del postulado empiriocrítico de que la norma es incomprensible sin una *evocación adecuada* de la experiencia.

En efecto; para la teoría dominante la Ley se interpreta *hacia dentro* examinándola en sí misma y en sus relaciones con otras leyes. Se da solución a un caso determinando la norma aplicable y operando luego siempre con ella. Para el empiriocriticismo jurídico el sentido de la Ley no se busca hacia dentro, sino *hacia fuera*: mediante un análisis y representación de la experiencia. Si se aceptase la doctrina privalista común, el bólido caído en una finca abierta sería considerado, sin más, como una *res nullius* y, por tanto, declarado *ocupable*. La solución correcta, revelada sólo bala el método empiriocrítico, tiene que ser distinta. Porque *los hechos mandan*. Que al fin, es ésta la razón suprema. Sin transición, voy a intentar convencer a los disidentes (⁴⁶⁶).

Si dejamos de enfocar directamente el supuesto de hecho, tal como quedaría estampado en una norma, y nos atenemos, según el punto de vista empiriocrítico, a la estricta realidad observable, se verá que las cosas cambian enteramente de fisonomía. Supongamos, para confirmarlo, que una

⁴⁶⁶ *La primera concepción interpretativa que tiene enlace lógico con la experiencia es la de la teoría egológica del Derecho, original de Cossio, el genial yusfilosófico argentino. Sería injusto no reconocer aquí la deuda enorme que para con él tiene la Ciencia jurídica y, en concreto, también el empiriocriticismo, que, en cierto modo, prolonga y enraiza algunas de las tesis egológicas.*

persona —Tirio— presencia la caída de un astrolito o que se lo encuentra por casualidad al atravesar una finca ajena no cercada. Cabe imaginar la conducta de Ticio a través de dos alternativas diferentes. En un caso, Ticio se apodera subrepticamente del bólido y se lo lleva consigo. Gayo —titular del inmueble— no adquiere, entonces, información alguna del hecho y, no existiendo litigiosidad potencial, no hay tampoco problema jurídico pendiente. En la misma forma que el astrolito, podía Ticio haberse llevado cualquier otra cosa. En otro supuesto, Cayo llene noticia directa o indirecta del acto de ocupación —ha estado presente o se lo han notificado testigos. Si Cayo no se opone a que la ocupación se verifique, presta su consentimiento implícitamente y permite que se presuma una donación. El auténtico problema jurídico surge cuando Cayo formula contra Ticio demanda reivindicatoria, que podría fundar, por ejemplo, en el art. 353 del CC: “La propiedad de los bienes da derecho por accesión **a todo lo que** ellos producen, o **se les une** o incorpora natural o artificialmente”. El art. 369 del mismo cuerpo legal, admitiendo la accesión del árbol arrancado y transportado por la corriente de un río prueba que la accesión se produce aunque la unión sea meramente circunstancial —**de superposición**, por así decirlo. (Cuando el árbol no sea reconocible (irreivindicabilidad!!) vale en la práctica como una **res nullius** y sin embargo no es ocupable. ¿Qué diferencia hay con un meteorito?). Ahora bien, cuando Cayo recurre a la accesión, **da por supuesto que el trozo de mineral que Ticio ha recogido en su finca tiene una procedencia extraterrestre**. Y entonces libera al demandado de la prueba **diabólica** de que se trata de un astrolito. En rigor, Cayo cumple con acreditar que Ticio se ha apropiado de un trozo de mineral yacente en su fundo. Por presunción, todo lo que se encuentra sobre la superficie de un inmueble pertenece a, su propietario. Frente a esta alegación de cuyo, corresponde a Ticio probar que la cosa litigiosa no es un mineral corriente, sino una piedra meteórica. Pero esto, que ya es algo, no es aún bastante. También hay que probar que el astrolito constituye una **res nullius**, que no ha sido ocupada con anterioridad por el dueño del terreno. Si fuera posible evidenciar que la ocupación del aerolito se efectuó inmediatamente después de su caída, quedaría, sin más, de manifiesto su condición de **res nullius** y sería admisible la ocupación. Pero no hay modo de distinguir un astrolito acabado de caer de otro que lleva bastantes y aun muchos años en el suelo. La única forma de identificarlos sería el testimonio. Si alguien aseverara que presencié el descenso del astrolito y que vio luego cómo Ticio se apoderaba de él... Parece que en ese caso toda duda estaría de más y que la cuestión jurídica se presentaría clara. El mal radica en que semejante declaración testifical no merecería crédito alguno. Por razones obvias. El astrolito, una de dos, o se precipitó sobre la tierra de noche o en pleno día. Si de noche, no merece ninguna confianza cualquier intento de localización o identificación, pues sabido es que la ubicación de un punto luminoso en la noche es psicológicamente imposible. Si de día, las dimensiones del bólido tendrían que ser considerabilísimas para hacerse visible y entonces con su enorme peso y la velocidad del impacto se enterraría profundamente y serían precisos para dar con él trabajos de extracción especiales. Y, ¿cómo efectuarlos sin consentimiento del propietario? El Derecho no puede admitir que se adquiriera la propiedad por un acto ilícito. En resumen, que cuando el bólido es identificable no es posible ocuparlo y cuando se podría ocupar no es identificable. Por virtud de esta especie de **relación de incertidumbre**, la hipótesis de la caída de un astrolito termina por convertirse en un caso de hallazgo de un astrolito. Y con eso, vamos de mal en peor; porque, al encontrar la piedra meteórica, no se sabe cuánto tiempo llevaba en la finca, ni mucho menos, si el propietario ha tomado posesión de ella o no. Por presunción lógica debe admitirse que sí, pues menguados estaríamos si quisiéramos exigir la toma de posesión particular de cada fragmento de tierra que exista en un fundo. Y como, por otra parte, resultaría absurdo singularizar el caso del astrolito hasta el punto de afirmar que para apropiárselo hay que tener conciencia de que lo es, no cabe eludir la conclusión de que mientras yazga en dominio privado, habrá que deferírselo al propietario. Tal solución ha sido patrocinada por la Jurisprudencia extranjera en el único caso litigioso de que tengo noticia. Con motivo del hallazgo del meteorito Willamette (U. S. A.) se

produjo pleito entre el descubridor (que lo había extraído secretamente) y el propietario del terreno (la Oregon Iron Steel Company). que fue resuelto en favor del último por la Corte Suprema de Oregón ⁽⁴⁶⁷⁾.

c) Cuando el terreno en que se encuentra el bólido está poseído en régimen de cotitularidad (condominio, usufructo, servidumbres que permitan el acceso, etc.), los razonamientos anteriores no siempre son aplicables. El del usufructo es el *caso crítico*. Si un usufructuario descubriese un astrolito, ¿por qué no iba a poder ocuparlo? Al parecer, no hay motivo alguno para justificar una negativa. Sin embargo, si el meteorito *estaba ya* en la finca al iniciarse el usufructo debe ser reintegrado con ella al titular del nudo dominio. De lo contrario se pasaría *de un mero disfrute* a la adquisición de algo que *no es producto del predio*. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el usufructuario puede demostrar que la caída del astrolito ha sido posterior a la iniciación del usufructo? Con los datos allegados hasta el momento, *no se puede brindar una solución*. La doctrina común no es capaz de darla tampoco, a no ser deslizándose a la arbitrariedad, porque carece de un criterio explícito acomodado al caso. La dirección empiriocrítica, en cambio, proporciona suficientes principios resolutivos para obtener una decisión plenamente lógica. Hela aquí.

Por el principio de la verificación representativa, la investigación del Derecho, que tienen que llevar a cabo tanto el Juez como el Legislador —si bien con distintos grados de libertad—, supone la enumeración exhaustiva de las posibilidades que ofrece cada problema jurídico y la exclusión dialéctica de todas menos una. Los criterios de exclusión son varios; pero en este instante no interesa considerar más que alguno determinado.

Se dice, generalmente que la Justicia, como virtud moral consistente en *dar a cada uno lo suyo*, es el norte supremo de la juridicidad. Pero la Justicia, definida así, aparece subordinada al conjunto de normas que deslindan *lo de uno de lo de los demás*. Una condición intrínseca, consecuente al ordenamiento, no puede valer como principio inspirador de la totalidad de los ordenamientos. Cae un astrolito, la más auténtica *cosa de nadie* que puede existir, ¿a quién debe ser adjudicado? El criterio del *suum cuique* no es aplicable, *porque está precisamente por fijar*. He aquí por qué la Justicia no puede ser la norma capital de una Política del Derecho. El supremo principio del Derecho debe encerrar en sí pautas suficientes para resolver con lógica y congruencia *todos* los problemas jurídicos. Debe ser como una especie de *norma inagotable* de donde todas las demás normas deriven. Para el empiriocriticismo jurídico este criterio-supremo es el de *máxima pacificación*. Brevemente, puede ser formulado así: “De todos los posibles *títulos de atribución*, aquél debe ser preferido que albergue menos motivos de litigio”.

Resulta evidente que el principio de máxima pacificación es de carácter *proyectivo, programático*, porque está implicado en la esencia y fin del Derecho. Entonces, es notorio también que su *medida concreta* no puede ser otra que la *experiencia*. El principio de representabilidad, prefigurando la experiencia, es la *forma de aproximación* que permite ponerlo en juego. Pero, en lugar de entretenernos con descripciones abstractas, vamos *a ponerlo en práctica* para hacerlo inmediatamente intuíble. El caso a discutir, sigue siendo el mismo.

Igual que en los cuentos de hadas, cuando los pretendientes se disputan la mano de la princesa y ésta pasa revista a las cualidades de cada uno para decidir a quién debe aceptar, del mismo modo podemos imaginar que comparecen ante nosotros los pretendientes al astrolito y que cada uno exhibe los *títulos* en que apoya su pretensión. Prescindiendo de todas las personas niveladas en el

⁴⁶⁷ Vid. WATSON: *Entre los planetas* (Segers), 1948. 157.

anonimato, que no pueden alegar entre sí *preferencia alguna*, se destacan en seguida como reclamantes:

- 1) El descubridor del astrolito.
- 2) El propietario, del predio en que ha caído.
- 3) El usufructuario del mismo (también aplicable a enfiteuta y arrendatario), y
- 4) El Estado.

Oiremos a cada uno, como buenos Jueces, para saber qué puede aducir a su favor.

El descubridor alega que gracias a él el astrolito es el centro del interés de todos. De no haber sido por su informe, el bólido no pasaría de ser una *pedra enterrada*.

El propietario se funda en que habiendo caído en su finca y soportado él los riesgos del impacto, es natural que se aproveche, en compensación, de las ventajas que pueda proporcionarle el astrolito.

El usufructuario recurre a la teoría de la ocupación. Estando en la actualidad en el disfrute del terreno, es el único que puede legítimamente apropiarse el meteorito. Además retuerce el argumento del propietario: el riesgo más inmediato a él le afecta.

Finalmente, el Estado se parapeta en la doctrina del *dominio eminente* y en el interés científico del astrolito.

En justicia, el astrolito no se debe a nadie y cualquier solución que se adopte no puede ser calificada de inicua. Pero, ¿cuál de todas dará lugar a menos litigios? ¿Cuál es la más sencilla, más practicable, más limpiamente discriminatoria y más segura, por tanto? Es aquí donde hay que consultar a la experiencia, poniendo en juego el principio de representabilidad.

Ahora bien, la experiencia descarta al descubridor, por la enormidad de problemas que tal atribución implicaría, con otras tantas fuentes de litigio. El Estado está en una situación parecida. Si el astrolito lleva caído bastante tiempo en la finca, ¿cómo no presumir la ocupación por el propietario, por el usufructuario, por el arrendatario o por el enfiteuta? ¿Cómo, además, arrogarse la propiedad del bólido sin contradecir las disposiciones relativas a la ocupación? ¿No es, por otra parte, evidente que la adjudicación al Estado tendría, de hecho, escasa efectividad, y que daría lugar a constantes ocultaciones y fraudes? Tampoco la delación al usufructuario sale mejor librada. Por la sencilla razón de que, como se ha visto, no podría llevarse a cabo sin distingos. Y cada uno de ellos contiene siempre una incitación a litigar. Así pues, de todas las soluciones simplistas, la que se pronuncia por el dueño del terreno es la más jurídica y adecuada. Tiene, por lo demás, en su apoyo otro principio fundamental de Política del Derecho: el principio de mínima regulación, pues la adjudicación al propietario puede hacerse sin condicionamiento alguno, en una sola norma, al paso que las otras soluciones habrían de ser necesariamente objeto de deslindamiento y limitación. (Por ejemplo, no se podría permitir al descubridor penetrar en la finca cercada para ocupar el astrolito, ni al usufructuario apoderarse del que ha caído antes de comenzar el usufructo).

IV

Mientras hice previsión de hipótesis y acopio de datos empíricos he ido acumulando argumentos

contra una interpretación demasiado simplista del Derecho. Para casi todos los privatistas el problema del astrolito quedaría reducido a una mera calificación jurídica: ¿Constituye una *res nullius*, un caso de accesión o un tesoro oculto? Tras una toma de posición abstracta frente a un hecho previamente “disecado” y *desarraigado de su realidad* aplicarían los preceptos correspondientes al CC. y asunto terminado. Pero la complejidad enmarañada del problema, no habría sido ni siquiera vislumbrada de ellos. Después de todo lo expuesto —y aun parcamente expuesto— recién se empieza a comprender cuán necesitado está el Derecho de un tratamiento científico que traiga el orden a su amorfo campo de posibilidad. *Se empieza a comprender*; porque las soluciones enumeradas aún no son, ni con mucho, completas. Cabe todavía, acudiendo a criterios eclécticos, asignar el astrolito al descubridor y al propietario, por partes iguales o en diversa cuantía; al propietario y al usufructuario; a éste y al descubridor; a los tres; al Estado y a cualquiera de ellos; a todos juntos... Pero, a tenor del principio de mínima regulación, cuanto más complicada la norma, tanto menos satisfactoria. Cuanto menos obvia y directa la solución, tantos más litigios en perspectiva. Acogemos, entonces, la candidatura del propietario y la justificamos con el art. 353 del CC... o con otro cualquiera que nos lo permita. Pero, ¿y si la Ley fuera un estorbo para la realización del Derecho? Con la estrecha y mezquina visión de la Ley que propugna la teoría dominante, esto puede ocurrir y ocurre, por desgracia, con excesiva frecuencia. Para el empiriocriticismo jurídico, que coloca la Ley en su verdadero plano y hace del Juez un auténtico investigador, tal hipótesis resulta imposible. El Legislador, al expresar su pensamiento, habrá tenido que acudir a una serie de términos jurídicos, utilizados generalmente a tenor de los conocimientos científico-jurídicos vigentes en/ su época. Pero esos términos traducen, de ordinario, *ideas*, no *conceptos*. La idea, según la Lógica empiriocrítica, es una “intención significativa”, una “alusión al objeto captada intuicionalmente”, mientras el concepto supone una *comprensión racional por la integración articulada de los diversos componentes primarios que en la representación total Iva descubriendo el análisis*. Entre idea y concepto media una relación análoga a la que hay entre conocimiento vulgar y conocimiento científico. Como, las más de las veces, el Legislador no ha realizado el acotamiento conceptual de los términos jurídicos empleados, su significado está solamente entrevisto. Tras su investigación científica, al Juez puede ir definiéndolos conceptualmente. El hecho de que la Ley se encuentre, así *abierta* a la investigación y no deba ser manejada a ciegas, no implica ninguna inseguridad o falta de garantía para los justiciables. Al contrario, la máxima garantía que pueden tener éstos, es la sumisión de los Tribunales al *método jurídico*, a la *verificación representativa* de los conceptos. La Ciencia jurídica, por su parte, ve, de este modo, frente a sí nuevas esperanzas. Tiene la misión de colaborar con los Jueces en la tarea de ir definiendo gradualmente los conceptos jurídicos. Pero, sobre todo, le corresponde decidir de antemano lo que debe ser legislado como Derecho.

ÍNDICES

(En los índices que aparen seguidamente, la paginación citada corresponde a la edición original de 1959)

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LOS AUTORES CITADOS

A

Arkermann: 21.
Adam:126.
Aftalion: 57, 65, 67.
Agustín, San:92, 202.
Altavilla: 122.
Alvarez Turienzo: 186.
Alfer: 122, 176.
Amor Ruibal: 84, 102, 103, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 229.
Anoel: 311.
Anderson: 304.
Aquino, Santo Tomás de: 53, 95, 202, 203, 204, 205, 206, 211, 225, 226, 267, 268, 272, 273, 275.
Aristégui: 62.
Aristóteles: 15, 38, 53, 106, 197, 198, 253, 288.
Arnold: 162.
Arquitas: 187.
Áster: 41.
Astrana Marín: 106.
Autricuria, Nicolás de: 267.
Ayer: 19, 22.

B

Bacon: 300.
Ballini: 43.
Báñez: 209.
Barcia: 59.
Barcia Trelles: 209.
Beceña: 315.
Becker: 311.
Bell: 20, 71.
Beltrán de Heredia: 206, 209.
Benavente: 179.
Bentham: 131, 312.
Bergson: 28, 29, 65.
Betti: 77, 88.
Bianca: 216.
Bluntschli: 304.
Bobio: 299.
Bochenski: 17, 28, 120.
Bodenheimer: 117, 166, 177, 178.

Bohr: 356.
Bonola: 20.
Brentano: 54.
Bridgman: 19.
Broglie: 356.
Brun: 78.
Bruns: 373.
Bninschvigc: 23.
Buda: 43.
Burón: 79.

C

Cabral de Moneada: 231.
Calderón de la Barca: 111.
Cardozo: 123, 124, 125, 126.
Carnap: 19, 22.
Carnelutti: 143.
Cases, Les: 120.

Castan: 80, 88.
Castro: 55, 77, 87, 88.
Cathrein: 93, 94, 96, 187, 225.
César: 111.
Cicerón: 47, 111, 199, 200, 201.
Cohén, M. R.: 88, 127, 160.
Cohén, F. .S.: 107.
Colunga: 95.
Comte: 149.
Corsano: 132.
Cortés, Donoso: 118.
Corts Grau: 56, 132, 231.
Cossio: 57, 59, 62, 63, 65, 66, 72, 73, 74, 77, 121, 135, 136, 140, 163, 231, 258, 262, 297, 309, 362, 395.
Croce: 23, 24.
Coudert.

CH

Chiovenda: 389.
Christol: 304.

D

Dante: 24.
Darwin: 43.
David: 142, 145.

Davis. Watson: 381
Dekkers: 310.
Descartes: 38, 54.
Destouches: 356.
Destouches-Febrier: 356.
Diez-Alegría: 209.
Dilthey: 36, 37, 63.
Dusi: 77.

E

Ehrlich: 117, 123, 163.
Eichmann: 77.
Einstein: 21, 342, 356.
Eliade: 44.
Eliasberg: 91.
Eliás de Telada: 57.
Emerson: 177.
Engels: 165, 166.
Enneccerus: 77.
Erismann: 91.
Esquilo: 269.

F

Faraday: 294.
Fechner: 57.
Fernández Alvar: 95.
Fernández de la Mora: 262.
Fraga: 209.
Francisci, De: 142.
Frank: 110, 127, 160, 161, 162.
Frege: 18.
Friedmann: 167.
Fuenteseca: 140.
Fur, Le: 132.

G

Galán: 37, 92, 216.
Galle: 291.
Galileo: 24.
Gans: 373, 376.
García Gallo: 136, 137, 140.
García Maynez: 19, 83.
García Morente: 16, 59, 62.

García Olano: 57, 65, 67.
Gierke: 77, 323. ,
Giuriati: 111, 129.
Goethe: 47, 49, 56.
Goldenweiser: 168.
Gómez Arboleya: 54, 140, 141
Connard: 44.
Gonseth: 356.
Gorphe: 91, 111, 122, 129.
Grocio: 213, 214, 215.
Guggenheimer: 25.
Guidi: 43.
Gurvitch: 78, 86, 90, 145, 14», 149.
Guthrie: 53.
Gutteridge: 142, 144.

H

Haines: 123.
Hale: 168.
Hall: 25.
Hammurabi: 10.
Hartmann: 31, 32, 33. 61.
Heck: 88.
Hegel: 38, 54.
Heidegger: 26, 27, 44, 51, 99,101.
Heráclito: 187.
Hernández Gil: 355, 356, 357.
Heisenberg: 21, 258, 356.
Hesíodo: 187.
Hessen: 25, 37.
Hilbert: 21.
Hippel: 132.
Hobbes: 177, 213, 215, 216, 268.
Hoche: 91.
Holmes: 80, 114, 158, 159. 160, 231.
Holzaminer: 98, 112.
Hornero: 187.
Horacio: 198.
Husserl: 29, 30, 53, 63.
Hutcheson: 126.

I

Ibáñez de Aldecoa: 62, 77.

Ihering: 105, 106, 111, 170, 176, 356, 357, 372, 373, 376, 379.

Isábal: 80.

J

Jacobi: 300.

Jaimes Freyre: 121.

Jaspers: 26, 27, 309.

Jellinek: 77, 116, 117, 120.

Jelusich: 111.

Jensen: 43.

Jenofonte: 188.

Jevons, Stanley: 342.

Josserand: 78.

Jouffroy: 38, 39, 40.

Joyce, James Every: 10

K

Kaden: 142.

Kant: 15, 25, 31, 38, 54, 74, 92, 277.

Kantorowkz: 85.

Kasner: 381.

Kelsen: 77, 82, 87, 134, 135, 146, 183, 256, 257, 258, 304, 308.

Kirchmann: 308.

Klein: 91.

Koschaker: 132.

Kohler: 134.

Kleist, Von: 246.

Kraft: 134.

L

Lask: 88, 231.

Lavelle: 61.

Leclerq: 231.

Legaz: 48, 57, 78, 88, 132, 142, 143, 168, 179, 208, 231, 290, 296, 299.

Leibniz: 38, 102.

Leonardo: 24.

Lemaitre: 85.

Lenin: 275.

Leverrier: 291.

Lévy-Bruhl: 310.

Lissarrague: 57.

Loevinger: 127.

Lundstedl: 149, 150, 151, 152, 153, 156.

Luño Peña: 132, 187, 209, 231.

LL

Llarnbías de Acebedo: 132.

Llewellyn: 126, 162, 168.

M

Mach: 342.

Maggiore: 296.

Maihofer: 57, 62.

Malinowski: 185.

Manigk: 231.

Manresa: 79, 80.

Maquiavelo: 268.

Marbe: 91.

Maritain: 25, 29.

Marsilio de Padua: 268.

Martínez Paz: 86.

Martín, Isidoro: 129.

Martins: 29.

Marx: 165, 166, 177, 275.

Mathis: 132.

May: 21.

Mayer: 88.

Menger: 170, 176.

Menéndez y Pelayo: 198.

Menzel: 231.

Mercier: 25, 57.

Merton: 86.

Messineo: 77, 142.

Messner: 231.

Miaja: 209.

Michelson: 20.

Miguel, De: 60.

Mira y. López: 130.

Mitteis: 139, 140.

Molina: 208, 209.

Mondolfo: 177.

Moor: 231.

Moreto: 115, 122.

N

Nácar: 95.

Nart: 338.
Natorp: 190.
Negre: 43.
Nietzsche: 177.
Nipperdey: 77.

O

Oekham: 267.
Ogburn: 168.
Olgiati: 231.
Olivecrona: 149, 150, 153, 155, 156.
Orestano: 140.
Ors, Alvaro: 87, 132, 162, 163, 199, 201, 208, 386.
Ors, Eugenio: 15, 16.
Ortega: 48, 52.

P

Pablo, San: 94, 95, 97, 101, 102, 105, 228.
Page, De: 77.
París: 22.
Pauli: 21, 356.
Peano: 18.
Perelman: 25.
Petisco: 95.
Petrazyki: 91.
Planck: 20.
Planiol: 357.
Platón: 15, 37, 53, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195.
Poincaré: 21.
Poltiz: 91.
Pound, Roscoe: 149, 150, 156.
Protágoras: 46, 188.
Puchta: 373.
Pufendorf: 216, 217.
Puig Brutau: 80, 160, 179.

R

Radbruch: 88, 103, 112, 143, 144, 183, 311.
Raeymaeker: 25, 61.
Recaséns: 57, 58, 62, 65, 66, 73, 88, 222.
Reichenbatfh: 22, 356.
Renard: 231.
Renner: 167.

Rickert: 89.
Riezler: 91.
Ripert: 231.
Roberts, Gecil: 265, 266.
Rodee: 304.Roder: 373, 376.
Rodríguez Valcarce: 127.
Roger Peyre: 105.
Rommen: 231.
Rotondi: 77.
Rousseau: 273, 274.
Roy, Le: 29.
Royo Villanova: 116.
Rudorff: 373.
Ruggiero: 76.
Ruiz del Castillo: 304.
Ruíz Giménez: 44.
Ruñes: 22.
Russell: 17, 18, 19, 20, 33, 117, 118, 177.
Rutherford: 20.
Ryffel: 231.

S

Sánchez Agesta: 304.
Sánchez Román: 79.
Sancho Izquierdo: 55, 57.
Sarfati: 142.
Sauer: 304.
Savigny: 132, 133, 373, 376, 379.
Scíacca: 17.
Scio: 95.
Schlick: 22.
Schmitt: 132, 133, 148, 216, 281, 292.
Schweitzer: 43.
Seagle: 310, 312.
Séneca: 198.
Shakespeare: 47, 51, 106, 107.
Shelley, 299.
Sócrates: 52, 53, 188, 189, 295.
Sola Cañizares: 142, 144, 145.
Solari: 132.
Soto: 209.
Spencer: 93.
Spinoza: 177.

Stadmüller: 231.
Stahl: 373, 379.
Stamler: 92, 93, 103, 11, 166, 167.
Stein: 147.
Sternberg: 85, 90, 103, 135, 231.
Suárez, P. Francisco: 53, 54, 84, 210, 211, 212, 213, 235, 280, 282.
Suzuki: 43.
Szilasi: 49.

T

Tacchi Venturi: 43.
Takakuso: 43.
Tarski: 19.
Tierno Galván: 34.
Timashef: 156, 179.
Thibaut: 132, 373, 376.
Torres Amat: 95.
Tovar: 53.
TRUYOL: 202, 231.

V

Valverde: 79, 80.
Vázquez, Gabriel: 209, 211.
Vázquez de Menchaca: 209.
Vecchio, Del: 55, 74, 78, 93, 132, 144, 186, 187, 231.
Vera: 104.
Verne, Julio: 282, 283, 284.
Vico: 213.
Vilanova: 57, 65, 67, 77.
Vinogradoff: 81, 181, 315.
Vitoria: 206, 207.
Wilson: 116.
Windelband: 53, 71, 187, 188, 199.
Windscheid: 133.
Wittgenstein: 33, 34.
Wolff: 132.
Wolff: 231.
Wright: 231.

W

Wahl: 61.
Wagner: 168.
Watson: 397.

Weber: 168, 184.

Weinberg: 22.

Wéllman: 182.

Whitman: 46.

Whitehead: 20, 29, 30, 31.

Wilsón: 74.

Y

Yntema: 144.

Z

Zaremba: 19.

Zenón de Elea: 290.

Zubiri: 53, 74.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS

Abogados: 114.
— Su selección: 129.
Abuso de poder: 178.
Acatamiento de las Leyes: 115.
Accesión: 396.
Acción: 322.
Actio adimplendi contractus: 108.
Actualidad del Derecho: 284.
Adjudicación originaria: 233, 329.
— Sus criterios: 350.
Alteración y vida social: 179, nota.
Alteridad: 232, 179.
Ambición de poder: 177.
Anarquía: 178.
Arrendamiento:
— Su definición: 333, 336.
— Su naturaleza: 319.
— Urbano: 279, 319.
— Su regulación científica: 336.
Astrolitos: 360, 385.
Autodefensa: 248.
— Arbitraria: 249.
Axioma de la libertad: 331.
Budismo: 43
Capacidad de imposición: 174.
Capacidad informativa: 129.
Causa petendi: 110.
Ciencia: 48.
— Como previsión de eventos futuros: 122.
— y función legislativa: 317.
— y Filosofía: 39, 48.
Ciencia jurídica: 75, 88, 231, 291.
— y Derecho positivo: 76, 86.
Misión de la—: 86.
— Como fuente del Derecho: 87.
— y ser del Derecho: 88.
Argumentos contra la posibilidad
de la — : 303.
Ciencia de la Legislación: 299.

Su fundamento: 302.
— y Ciencia jurídica: 308.
Necesidad de una— : 316.
— y voluntarismo jurídico: 265, 290, 317.
El método en la—: 318.
Círculo de Viena: 20.
Clasificación:
— De las concepciones de la Filosofía: 17.
— De los entes: 61.
— De las objetos: 62.
Requisitos de toda—: 61.
Coacción jurídica:
Base de la—: 115.
— y fuerza del hábito: 117.
— y conciencia de valores: 117.
— y religión: 118.
Codificación:
La polémica por la—: 132.
Conducta:
— Como objeto egológico: 65.
Experiencia de la —: 72.
— Judicial: 126.
— Como problema jurídico: 72.
Conciencia del Derecho: 104.
— Efectos de la—: 105.
— Función de la—: 111.
Contrato:
Su noción: 334.
— Como título: 335.
— De arrendamiento: 279, 319.
— De trabajo: 175, 288.
Cosa juzgada: 313.
Coordinación ético-imperativa : 179.
Crítica:
— Del pensamiento: 24.
— De las concepciones de la Filosofía: 35.
— De la teoría de los objetos: 66.
— De las teorías sobre el Derecho positivo: 76.
— De la génesis del sentimiento jurídico: 92.
— Del desprecio a las formas procesales: 111.
— Del positivismo sociológico: 155.
— De la teoría iusnaturalista tradicional: 217.
— De la concepción sociológica del Estado: 253.

- De la concepción keiseniana del Estado: 256.
- Del voluntarismo jurídico: 265.
- De la inestabilidad de las Leyes: 279.
- Del pragmatismo jurídico: 300.
- De los argumentos oponibles a la Ciencia legislativa: 303.
- De la distinción entre derechos reales y personales: 320.
- De concepto tradicional de propiedad: 323, 376.
- De la legislación arrendaticia urbana: 337.
- De la concepción dominante sobre el hecho jurídico: 360.
- Crítica de las teorías posesorias: 376.
- De la teoría civilista de la interpretación: 387.
- Crinología: 122.
- Costumbre:
 - Como explicación a la obediencia del Derecho: 116.
 - Como fuente suprema del Derecho: 133.
 - Como único Derecho positivo: 184.
- Cultura:
 - y Naturaleza: 89 ss.
- Derecho como producto de la—: 88.
- Ciencias de la—: 64.
- Crítica de la teoría culturalista del Derecho: 89.
- Deber ser:
 - Ámbito lógico del—: 72.
 - Crítica de la concepción del Derecho como mero deber ser: 80.
 - La negación del deber ser y su inconsistencia: 51.
- Concepto y *ratio essendi* del—: 253.
- Decálogo: 97.
- Declaración de los Derechos del Hombre: 273.
- Defensa del Derecho: 105.
- Definición :
 - De la Religión: 42.
 - De la Literatura: 46.
 - De la Filosofía: 51.
- Condiciones de definibilidad: 66.
- Concepto de la—: 66.
 - Del Derecho positivo: 76.
 - Del Derecho Natural: 232.
 - Del Derecho en general: 77, 232, 248, 321.
 - Matemática del Derecho: 326.
- Denegación de justicia: 247.
- Denominación como acto lógico: 35.
- Derecho:
 - “Ser” del—: 57.

Verdad jurídica y “ser” del—: 59.

- Como conducta: 70, 82.
- Como objeto mundanal: 73.
- Como producto de cultura: 88.

Repulsa cristiana del—: 111.

- Como instrumento de paz: 112.
- Como medio de control social: 149.
- y Estado: 256.
- y fuerza: 270.
- y coacción : 114.
- y pasiones: 121.
- y espíritu del pueblo: 133.
- y autoridad: 308.

Impersonalidad del —: 260.

Derecho Natural:

Su importancia: 184.

Equivocidad de su definición: 184.

Formación del concepto de —: 184.

Noción vulgar del mismo: 180.

Concepción griega del—: 187.

Concepción .socrática del—: 189.

- Platónica: 190.
- Aristotélica.
- Estoica: 198.
- Ciceroniana: 199.
- Agustíniana: 201.
- Tomista : 203.
- Vitoriana: 206.
- Suareana: 210.
- Graciana: 213.
- De Hobbes: 215.
- De Pufendorf: 216.
- De Amor Ruibal: 217.

Método aproximativo al concepto de—: 223.

Primer principio de—: 225.

Carácter empírico del—: 229.

Derecho Natural. Esencia del: 230.

Derecho positivo:

- Qué es: 76.
- Crítica de las diversas caracterizaciones del—: 78.
- Como sistema de normas: 77.
- Como “resultado”: 82.
- Como combinación de normas y actos: 84.

— y ciencia jurídica: 80.
— Como método para ejecutar y dictar sentencias: 88.
— Como “ontología jurídica”: 132.

Derecho comparado:

Definición del—: 142.

Sus aportaciones: 143.

— y paz: 144.

Derecho de obligaciones: 320.

Derechos reales: 320, 332.

Derecho subjetivo: 357.

Desafuero y Derecho: 239.

Deslinde de la Filosofía: 51.

Dictados: 286.

Disposición informativa: 128.

Dominio público: 394.

Economía:

Su definición: 168.

— y Derecho: 165.

— y Ciencia legislativa: 344.

Efectividad del Derecho: 129.

Emociones y errores judiciales: 111.

Ente:

Su noción: 61.

Ser y—: 61.

Empiriocriticismo jurídico: 356.

Epistemología:

— Jurídica: 297.

— Como esencia de la Filosofía: 19.

Equivalentes jurídicos: 356.

Escuela:

Histórica: 132.

Viena: 134.

Escuela Escandinava: 150.

— Materialista-histórica: 165.

— Española de Derecho Internacional: 209.

— Jusnaturalista: 131. 213.

Estabilidad del Derecho: 84, 90, 280.

Estado:

— e individuo: 251.

Modo de investigar el concepto de—: 252.

Concepto sociológico del—: 254.

Concepto jurídico del—: 255.

— y Derecho: 256.
 Origen del—: 254.

Existencia:
 Su noción: 68, 70.
— y experiencia: 69, 74.
— y relaciones: 70.
— Jurídica: 328.

Experiencia:
— De los actos humanos: 72.
— Jurídica: 358.
— del Derecho: 72. 321.
— e Historia: 145.
— Política: 306.
— En Ciencia legislativa: 341, 348.
— Zen: 43, 45.

Evidencia social: 328.

Filosofía:
— Acotación de la—: 15.
— Como Lógica: 17.
— Como Epistemología: 19.
— Como Historia: 23.
— Como Metafísica: 24.
— Como intuitiva comprensión de la vida y de la conciencia: 27.
— Como síntesis universal: 29.
— Como investigación ontológica de problemas no del todo solubles: 31.
— y Religión: 42.

Filosofía y Literatura: 45.
— y Ciencia: 48.

Acceso a la—: 35.

Esencia de la—: 50.

Definiciones tendenciosas de la—: 41.
— y dogmatismo: 41.

Filosofía del Derecho:
 Su problematicidad y trascendencia: 13.
— y Ciencias jurídicas: 55.
 Caracterización de la—: 205.
 Su contenido: 297.

Fin del Derecho e investigación científica: 154.

Fraude a la Ley: 80, 85, 175, 346.

Fuentes del Derecho: 80.
 Ciencia jurídica como—: 86.

Fuerza y Derecho: 270.

Fundamentación de las sentencias: 107,123.

Hecho y Derecho: 147.
Hecho jurídico: 360.
Hipertrofia legislativa: 10, 290, 316.
Historia :
— Como esencia de la Filosofía: 23.
— Determinación histórica de la esencia de la Filosofía: 37.
— De la Filosofía del Derecho: 298.
— De las concepciones iusnaturalistas: 187.
— Del Derecho: 131.
— Como su Filosofía: 134.
— y formación jurídica: 135.
— y experiencia: 141.
Definición de la—: 136.
Cometidas que se arroga la—: 137.
Valor de la—: 139.
Historicismo filosófico: 37.
Ideas:
— Simples primarias: 60, nota.
— En la lógica empírico-crítica: 402.
— Innatas: 92.
 Teoría platónica de las—: 190.
Ideología: 308.
Ideología jurídica: 151.
Igualdad jurídica: 325.
Indulto: 251.
Inobservables: 387, 390.
Interferencia: 328.
Interpretación:
 Su concepto: 87.
— De la Ley: 381, 395.
— De un texto paulino: (Rom. 2, 12) 94.
Intervencionismo estatal: 271.
Intuición como método de la Filosofía: 27.
investigación científica: 299.
— En el Derecho: 300.
— En la Ciencia legislativa: 302.

Jueces:
Como conciencia viva del Derecho: 113.
Como autómatas deshumanizados sujetos a la Ley: 121.
Influencia de su método de selección en el Derecho: 129.
— y realismo jurídico.
— y legislación científica: 318.

Juicios:

- Su verdad: 59.
- De valor: 151.

Jurisprudencia:

- Como fuente del Derecho: 80.
- Como práctica contra Ley: 81.
- Sociológica: 150.
- y Filosofía jurídica: 297..
- y seguridad jurídica: 313.
- y legislación científica: 314.
- Estado actual de la—: 315.

Justicia:

- Conmutativa: 281, 285.
- Distributiva: 234.
- Concepto de la—: 398.
- Como propensión al misticismo: 151.
- Teoría platónica de la—: 192.
- Lagunas del Derecho: 84.

Ley:

- Como contrapuesta a naturaleza: 97.
- De conservación de poderes: 332.
- De economía jurídica: 340.
- De mínima regulación: 340.
- Natural: 96, 188, 196, 200, 203, 210, 219, 230.
- Eterna: 202, 210, 218.
- Crisis de la—: 316.
- Leyes extrínsecas al Derecho: 149. 169.
- Leyes científicas del Derecho: 317.
- Libertad: Como antinómica del poder: 270.

- Jurídica: 325.

Limitación :

- Del poder: 272.
- De la libertad: 325.

Literatura:

- Su concepto: 40.
- y Filosofía: 45.

Lógica:

- Como esencia de la Filosofía: 17.
- y cuestiones filosóficas: 33.
- y Derecho: 234.
- Lógica jurídica: 317. 325, 351, 365.

Lucha por el Derecho: 113.

Materialismo histórico: 165.

Mens legis: 391.

Mens legislatoris: 391.

Metafísica:

Como esencia de la Filosofía: 24.

Repudio de la—: 22. 180.

Método:

En la Ciencia Legislativa: 318. 348.

— De exclusión: 337.

— Figurativo: 343.

— Interpretativo: 389.

Monopolios:

— Jurídicos: 321.

— De residuo: 288.

Motivación de las sentencias: 123.

Su forma latente: 126.

— y factores desconocidos: 128.

Pereza y—: 127.

Complejos emocionales y—: 127.

Naturaleza:

Como contrapuesta a ley: 97.

Como contrapuesta a cultura: 89.

— Jurídica : 319.

Neopositivismo lógico: 19.

Nominalismo: 267.

Norma de compatibilización: 86.

Norma de cortesía: 158.

Norma jurídica:

— y actos “humanos: 84.

Esquema de la—: 157.

— y fin del Derecho: 158.

Esencia de la—: 258.

— Como esquemas de interpretación: 257.

— e investigación científico-legislativa: 302.

Normativismo : 321.

obediencia a las leyes: 114.

Sus causas: 115.

Su base religiosa: 118.

Objetos:

Teoría de los—: 57, 61.

— Ideales: 64.
— Naturales: 64.
— Culturales: 64
Objetos Metafísicos: 65.
Finalidad de la teoría de los—: 66.
Crítica de la teoría de los—: 67.
Las Ciencias y el estudio de los—: 69.
Ocupación: 394.
Ocupación total: 176.
Ontología:
— Del Derecho: 57, 62.
Noción de la—: 58.
— y Epistemología: 58.
Oposiciones como sistema de selección: 129.
Opus legis: 95.
Órbita de titularidad: 326, 328.
Orden de prelación de títulos: 147.
Pasiones y realización del Derecho: 121.
Pereza como factor determinante de resoluciones judiciales: 127.
Personificación del Poder: 180.
Plan Nacional de la Vivienda: 294, 347.

Poder:
— De espera: 171.
— y Derecho : 177. 114.

Política:
— Económica: 169.
— Del Derecho: 11, 276, 292.

Esencia de la—: 292.
Concepto de la—: 304.
— Legislativa: 302.
Argumentos contra la—: 303.
— y Ciencia del Derecho: 308.
— Como técnica: 305.
— Como Filosofía de la práctica: 305.

Posesión: 355.
Práctica en contrario: 80.
Pragmatismo: 150.
Precario: 108.
Preferencias adjudicativas: 332.
Prescripción:
— y sentimiento jurídico: 103.
— Como límite temporal de la prueba: 104.

Esencia de la—: 381.
Pretensión: 322.
Previsión de sentencias: 123.
Principio:
— De representabilidad: 50, 359, 366.
— De exclusión: 50, 141, 375.
— Epistemológico del Derecho: 328.
— De *tertium non datur*; 355.
— De complementaridad: 356.
— De autonomía de la voluntad: 391.
— De máxima pacificación: 399.
— De mínima regulación: 400.
Problemas:
— Filosóficos: 32, 51.
— Jurídicos: 83.
Problematicidad de la Filosofía del Derecho: 13.
Progreso científico: 299.
— y Derecho: 300.
Propiedad:
Su concepto: 322, 332.
— Como variable lógica: 324.
— Como hipótesis: 324.
— Como resultante funcional del Derecho: 333.
Proposiciones: 19, 21.
Proposiciones jurídicas: 151.
 Verificabilidad de las—: 157.
Psicología jurídica:
 Como Ciencia: 91.
 Misión en el futuro de la—: 131.
Realidad jurídica: 357.
 Investigación de la—: 391.
Realismo jurídico: 158.
— y Escuelas filiales: 162.
Rebelión: 250.
Relaciones:
Como objeto de la Lógica: 19.
Relaciones como objeto característico del conocimiento científico: 50, 69.
Como limitación de las Ciencias jurídicas: 57.
— De coincidencia: 70.
— De compatibilización: 232, 365.
Religión:
Su concepto: 42.
— y Filosofía: 41.

— y Derecho: 111.
— y conciencia del Derecho: 118.
Revolución:
 Su concepto: 262.
 —Del silencio: 294.
Res nullius: 360.
Sanción jurídica: 329.
Sedición: 250.
Seguridad jurídica: 282.
 Como causa de evolución jurídica: 310.
 Concepto de la—: 311.
 Sus condiciones: 312.
— y cosa juzgada: 313.
 — y Derecho jurisprudencial: 314.
 — y Ley: 315.
Selección de Jueces y Funcionarios: 129.
Sentencias:
 Sus móviles reales: 123.
 y conciencia del Derecho: 107.
 y precedentes: 313.
 — y fuentes litisdecisorias reales: 124.
Sentido:
— Del Ordenamiento: 85.
— De la Justicia: 102.
— De las normas jurídicas: 257.
Sentimiento jurídico:
 Su concepto y origen: 92.
 Como idea innata: 92.
 Como producto de la experiencia: 93.
Sentimiento jurídico como “razón en activo”: 102.
Como juicio de valor: 104.
Valor del—: 103.

Ser:
 El problema del—: 58.
 — En general: 59.
 Indefinibilidad del—: 60.
 Demostrabilidad del—: 61.
 — Del Derecho: 57.
 — y Ciencia jurídica: 88.
Simplificación del Derecho: 9.
Sociología jurídica:
 Su caracterización: 143.

Supuesta incompatibilidad entre lo sociológico y lo jurídico: 146.
Modo de definir la—: 149.
Balance de la—: 180.
Teoría:
— Ecológica: 62. 82.
— De los objetos: 61.
— Realista del Derecho: 162.
— Pura del Derecho: 257.
Teoría matemática de las relaciones entre Economía y Derecho: 171.
— Matemática de la normatividad: 325.
Thora: 98.
Títulos :
Su noción: 233, 321, 371, 164.
Su función: 324.
— De evidencia social: 328.
— Primario: 148.
Definición de—: 383.
Usos jurídicos de las Comunidades melanésicas: 185.
Valoración de títulos: 391.
Valores:
Como objetos culturales: 66.
— En objetos metafísicos: 71.
— Jurídicos: 376.
Realidad de los—: 163.
Verdad jurídica: 81, 59.
Verdad y falsedad: 158.
Voluntad general: 273.
Voluntad de la Ley: 389.
Voluntarismo jurídico: 267. 316.

ÍNDICE GENERAL SISTEMÁTICO

Prólogo	7
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA FILOSÓFICO JURÍDICO	9
II. CARACTERIZACIÓN DE LA FILOSOFÍA:	
1. La esencia de la Filosofía, según los grandes filósofos modernos	11
A) Doctrinas que reconducen la Filosofía a una Ciencia particular	12
a) La Filosofía como Lógica	12
b) La Filosofía como Epistemología	13
c) La Filosofía como Historia	16
B) Doctrinas que conciben la Filosofía como un como cimiento autónomo	17
a) La Filosofía como Metafísica	17
b) La Filosofía como intuitiva comprensión de la vida y de la conciencia	19
c) La Filosofía, síntesis universal	20
d) La Filosofía, investigación mitológica de problemas no del todo solubles	21
e) La negación del conocimiento filosófico	22
2. El acceso a la Filosofía	23
3. Lo que no es la Filosofía	26
a) Filosofía y Religión	27
b) Filosofía y Literatura	29
c) Filosofía y Ciencia	30
4. La esencia de la Filosofía	32
III. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO	35
5. El Derecho como materia del filosofar	35
a) La cuestión sobre el ser del Derecho	36
b) Convocación a capítulo de los saberes sobre el Derecho	47
6. A) El Derecho desde las Ciencias jurídico-positivas	48
B) El mensaje de las Ciencias universales del Derecho	56
* La Psicología jurídica	56
1ª. El sentimiento jurídico	57
2ª. La conciencia del Derecho	64
3ª. Las bases psíquicas de la obediencia al Derecho	65
4ª. El juego de las pasiones en la realización del Derecho	77
5ª. Las aptitudes personales que condicionan el curso de lo jurídico	78

** La Historia del Derecho	80
*** El Derecho Comparado	96
**** La Sociología del Derecho	88
***** El Derecho Natural	109
7. Recapitulación general sobre el ser del Derecho y definición del mismo	136
8. Triple aproximación intuitiva al sentido dramático del Derecho	141
I. Desafuero y. Derecho	143
II. Una pequeña llama	157
III. Estabilidad y actualidad del Derecho	165
9. La Filosofía jurídica	173
10. La Ciencia de la Legislación	175
a) Consideraciones introductorias	175
b) La lucha por la seguridad jurídica	181
c) El método operativo en la Ciencia de la Legislación	186
EPÍLOGO	207
APÉNDICES:	209
I. <i>Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico</i>	
I. Una exposición de motivos	211
II. Interrogando a la experiencia	211
III. La configuración de la experiencia jurídica	212
IV .La definición del hecho jurídico como presupuesto para una caracterización de la experiencia jurídica	213
V. La experiencia en el terreno de lo tangible	214
VI. El principio de representabilidad y la estructura lógica del Ordenamiento jurídico	215
VII. Sumaria recapitulación de las teorías posesorias	217
1. Teorías relativas	221
2. Teorías absolutas	221
VIII. La explicación de una coincidencia y el problema metodológico	222
IX. Crítica de las teorías posesorias	223
X. La solución científica al problema de la posesión	225
II <i>Pleito sobre astrolitos</i>	
(Una prueba práctica de la fecundidad del empiriocriticismo jurídico)	229
ÍNDICE DE AUTORES	241
ÍNDICE ALFABÉTICO DE MATERIAS	251
ÍNDICE GENERAL	265

**ESTE LIBRO, EDITADO POR
PORTO Y CÍA. - EDITORES
AZABACHERÍA, 5
SANTIAGO DE COMPOSTELA
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL 2 DE MAYO DE 1959
EN LA IMPRENTA MORET, LA CORUÑA**

DEPOSITO LEGAL

C - 48 - 1959