

# FUNDAMENTOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

FOTOCOPIADORA  
C.E.D.  
CARPETA: 520  
FOLIO: 5 S/F  
D/F 76



52000005

ASDE EDICIONES PREVIAS

1

340.12  
COI  
85774



BIBLIOTECA

85774

CAPITULO PRIMERO

FILOSOFIA Y FILOSOFIA DEL DERECHO

I

Objeto de toda filosofía es la interpretación de la existencia humana, y su tarea consiste propiamente en mostrar al hombre cuál es y dónde yace el sentido de su vida. Como se comprenderá, los puntos de partida de los distintos filósofos para la realización de esa tarea han sido diversos: puede serlo la consideración de la estructura de la naturaleza o de su evolución, como en muchos sistemas filosóficos de la Antigüedad o en la filosofía vitalista de Bergson; puede serlo también la persona humana y su aspiración a la felicidad, como en la moral antigua, o sus lazos morales, como en el sistema de Kant; puede serlo también el proceso histórico, como ocurre en Hegel, en Marx y en la "filosofía positiva" de Auguste Comte. Pero el objetivo final es siempre el mismo.

Hay todavía otro elemento que enlaza los diversos sistemas filosóficos, a saber, el punto de partida de su interpretación del mundo, que es el saber y el conocimiento. La interpretación filosófica del ser no tiene lugar sobre la base de una revelación divina, como en la teología, ni en las legendarias metáforas del mito; el fundamento de la interpretación filosófica es el autoconocimiento del hombre y la investigación del mundo que lo rodea.

Con ello la filosofía se presenta en estrecha relación con la *ciencia*, pues objeto de la ciencia es el conocimiento metódico del hombre y del mundo en que vive. La filosofía tiene que partir de los resultados de la ciencia. No es casual que en la cultura de Occidente la filosofía y la ciencia estén unidas desde el principio, y que sus tablas genealógicas se remonten a los mismos antepasados, a saber, los filósofos jonios de la naturaleza. Filosofía y ciencia están unidas del modo más profundo, y en último término sólo se separan por la limitación propia de toda actividad humana. Pues el impulso básico de la investigación científica, de la pregunta por el *ser* del hombre y del mundo, es la inquietud por conocer el *sentido* de ese mundo; la filosofía es la madre de la ciencia, aunque en el proceso



e la cultura humana ésta se haya separado de aquélla y haya conseguido una existencia propia.

Pero, además, la filosofía es siempre un paso más allá de la ciencia. Ciencia es conocimiento susceptible de prueba, justificable lógicamente; conocimiento de la naturaleza, de la historia, del espíritu humano. La ciencia no quiere ni puede más que afirmar lo que existe, y cuando sus métodos de conocimiento acaban se resigna a ello. La filosofía aspira a más: aspira a decidir acerca del sentido o sinrazón del mundo conocido. Por eso tiene que rebasar a la ciencia tomar del conocimiento científico puntos de apoyo para realizar su tarea específica, consistente en añadir, al conocimiento, la interpretación. Con ello completa a la ciencia al devolverle su sentido humano; pero también por ello la filosofía es siempre una operación osada que presupone lo que todavía no ha sido objeto de descubrimiento metódico ni es posible aún demostrar y acaso ni se sea nunca.

La diversidad de fines de la filosofía y de la ciencia justifica que la primera se vea siempre obligada a inspirarse necesariamente en la ciencia. El problema del sentido del mundo no se plantea sólo al científico, sino también, incluso más acuciantemente, al hombre de acción y al hombre que sufre. El hombre se ve llevado ante la pregunta del "¿por qué?" no sólo por lo que sabe, sino también por lo que sufre y hace; estas circunstancias le plantean incluso esa pregunta de un modo más enérgico, amargo y urgente. La propia vida, la situación en la que el hombre se encuentra, es el primer punto de partida de la filosofía; el sereno conocimiento, la situación científica en la que se encuentra el investigador no es sino el segundo. Uno y otro impulsos se suceden en la historia. Junto a un filósofo como Kant, que parte de determinados problemas filosóficos, hay pensadores como Karl Marx o Rousseau, cuyo impulso filosófico procede de la situación social del hombre en su época. Actualmente, el existencialismo se contrapone del mismo modo a una amplia ontología imaginada en las ciencias. Pero este hecho no elimina la relación existente entre filosofía y la ciencia, pues también para el filósofo que parte de la situación real del hombre, el saber de su época es un medio para orientarse y lo utilizará para llevar a cabo y justificar su interpretación del mundo.

Ambos elementos, el objetivo y el camino metódico de la filosofía hasta más allá de la ciencia, obligan a repetir constantemente la arriesgada empresa de la

filosofía, la interpretación de la vida. La situación desde la cual el hombre se enfrenta con los datos básicos de su existencia es distinta para cada generación; el conocimiento científico es un proceso infinito que aporta constantemente a la consideración del hombre nuevos hechos y nuevos puntos de vista. Por eso no basta nunca lo que aporta la tradición filosófica; el proceso del conocimiento y la conformación de la existencia humana replantean constantemente la tarea filosófica, aunque no se trate más que de poner de manifiesto el valor de viejos conocimientos en un mundo que es nuevo cada momento. Este hecho no significa sin más la renuncia escéptica a verdades absolutas, o la admisión de un impenetrable caos como verdadera naturaleza del mundo. Podría, en efecto, ocurrir que existieran elementos constantes en el mundo del hombre, fenómenos fundamentales de constante reaparición; pero el hombre tiene que experimentarlos en cada caso por nuevos caminos vivenciales y gnoseológicos, y por eso aquellos fenómenos presentan una faz nueva para cada humanidad. La tarea cognoscitiva y hermenéutica del espíritu no se agota nunca; lo único que puede anquilosarse es la energía necesaria para abrazarse a esa tarea y resolverla.

## II

La filosofía del derecho tiene en común con la filosofía general la naturaleza fundamental de su problemática; también ella pretende en última instancia proceder a una interpretación y obtener de ésta fines para la acción.

Pero a diferencia de la filosofía general, la filosofía del derecho abarca sólo una sección relativamente reducida del mundo del hombre. Su objeto no es todo el ser humano, sino sólo los órdenes sociales que el hombre se da a sí mismo; fuera de su problemática está todo el terreno de lo puramente personal, centro verdadero de la vida: a la filosofía del derecho sólo interesa el macrocosmos de la vida social. Es natural, empero, que pese a esa limitación de su objeto la filosofía del derecho no pueda cumplir su última tarea - la de la interpretación - sin apoyarse en la filosofía general y sin tomar de ella sus perspectivas: es inimaginable una filosofía del derecho que careciera del fundamento de una filosofía general. En último término, filosofía del derecho y filosofía tienen que

2

1520

05

coincidir. La tarea específica de la filosofía del derecho no puede consistir sino en establecer un enlace entre su especial objeto - el orden jurídico - y la filosofía; tiene que hacer suyos los especiales problemas de un determinado ámbito de la vida y llevarlos hasta el punto en que esos problemas desembocan en la problemática general del filósofo. Su papel es, pues, de mediadora entre un determinado sector de la actividad humana y la interpretación general de la vida del hombre; en eso se parece a la filosofía del arte, a la filosofía de la técnica y a otros ámbitos análogos de la reflexión humana, dotados de funciones mediadoras. (1) Esta mediación es necesaria, porque la vida jurídica muestra poseer una legalidad propia, característica y exclusiva, y da lugar a una problemática especial que no puede ser resuelta por simples deducciones a partir de premisas filosóficas. Por ello, y bajo pena de desconocer los fenómenos de la vida, errando sin penetrar en ellos, la filosofía del derecho no puede limitarse a ser un apéndice deductivo de la filosofía general; más bien hay que cubrir con ella la necesidad de una disciplina mediadora que gracias a un especial conocimiento de la vida jurídica descubra las cuestiones filosóficas que dicha vida suscita, haciendo así - por una parte - fructífero el derecho para la filosofía, y fecunda - por otra - la filosofía para el derecho. Subjetivamente hablando, esa disciplina debe llevar al jurista desde su trabajo profesional hasta el punto en que se encuentra ya ante cuestiones básicas de la vida y sobre las cuales debe tomar decisiones espirituales, y debe descubrir para el filósofo la problemática del objeto que espera interpretación filosófica. Con eso queda también indicado el especial valor educativo de la filosofía del derecho.

Una disciplina como ésta puede ser acogida desde dos puntos de vistas: 1º. Puede considerar los problemas del derecho partiendo de una determinada interpretación filosófica. Así tratada, podría calificarse acertadamente de "teoría del derecho y del estado sobre base filosófica", según la expresión escogida por el gran filósofo del derecho del conservadurismo prusiano, Friedrich Julius Stahl, para titular su filosofía del derecho. 2º. Pero puede también obtener su punto de partida en la contemplación misma del derecho, poniéndose luego en marcha hacia las cuestiones filosóficas.

(1) Cf. Rothacker, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, Handbuch der Philosophie, II, p. 19. De entre las exposiciones más antiguas merece destacarse Stahl, *Rechts- und Staatslehre*, §§3-5.

Para cumplir su tarea procediendo de esa segunda manera, tiene que conseguir dos cosas: ante todo, apresar el fenómeno del derecho en sus rasgos esenciales y permanentes, y mostrar luego en qué momentos ese fenómeno vital entra en contacto con otros fenómenos capitales de la vida humana, y de qué modo. Procediendo así, la filosofía del derecho acabará por tropezar con las cuestiones fundamentales suscitadas por el ser humano, cuestiones que constituyen siempre el tema del pensamiento filosófico.

Pero en este camino surge una dificultad especial. Como toda filosofía, también la filosofía del derecho tiene que proceder superando a la ciencia y basándose en ella; en este caso se tratará de la ciencia que se ocupa del conocimiento del derecho, es decir, de la jurisprudencia. Pero entonces resulta que la relación entre ciencia y filosofía es en este terreno especialmente problemática. Tal como hoy es, y a diferencia de otras ciencias, la jurisprudencia resulta muy poco apta para constituir el punto de partida de una consideración filosófica. Lo que la filosofía del derecho necesita es una ciencia del derecho como fenómeno de la vida social; lo que en cambio ofrece la ciencia del derecho es la exposición de un determinado orden jurídico positivo, y, por si ello fuera poco, la exposición suele estar trazada teniendo en cuenta la aplicación práctica de aquella positividad jurídica. Tres momentos lógicos caracterizan toda ciencia del derecho: el atender a un orden jurídico concreto e históricamente único, es decir, a una concreción irrepetible e individual en el marco del infinito proceso social; se trata por tanto de una disciplina *ideográfica* en el sentido de la clasificación rickertiana. En segundo lugar, el ser *dogmática*, en cuanto que se limita a exponer el contenido significativo - o, mejor, el contenido imperativo y coactivo - del citado orden jurídico en su conexión sistemática; en esto la jurisprudencia se parece a la teología, que realiza lo mismo respecto de una determinada revelación religiosa, y esta analogía ha sido repetidamente subrayada tanto desde un punto de vista crítico como desde un punto de vista analítico. (2) Por último, es una ciencia *práctica, aplicada*, pues la aludida exposición dogmática tiene lugar al servicio de la solución de litigios sociales concretos o para aclarar dudas acerca de comportamientos sociales concretos. No ofrece, pues,

(2) Cf. por una parte Kantorowicz, *Kampf um die Rechtswissenschaft*, y por otra parte Rothacker, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, Handbuch der Philosophie, II, p. 22.

esta ciencia, la doctrina del derecho como mero fenómeno social, la fenomenología del derecho, en una palabra, que necesita la filosofía del derecho. Tampoco la historia del derecho puede llenar esa laguna sino bajo ciertas condiciones. La historia del derecho ofrece una exposición del proceso y evolución de las instituciones sociales en particular y del desarrollo del pensamiento jurídico-científico. Como ciencia histórica que es, atiende también a concreciones individuales y únicas, y las considera en su sucesión en el tiempo - el derecho romano en la época de los clásicos, o el derecho sajón, por ejemplo, en el siglo XIII, tal como lo expone el Espejo de Sajonia. Como toda historia, interesa a la consideración filosófica primordialmente como depósito de materiales, como exposición de las posibilidades del hombre. A cargo de la filosofía del derecho queda en cambio la tarea de elaborarse ella misma la fenomenología del derecho con los elementos que le ofrecen la ciencia del derecho positivo y la historia del derecho. Para realizar esa tarea tendrá que apelar, además de a las disciplinas propiamente jurídicas, a otras que no lo son, especialmente a la sociología y a la historia política y económica.

Se trata, pues, para la filosofía del derecho, de elaborar y presentar explícitamente el fenómeno del derecho, como tipo de fenómeno social, obteniéndolo de una multitud de datos individuales y únicos, aislándolo del flujo del proceso histórico que nos es conocido. No basta para ello construir inductivamente un concepto general empírico del derecho sobre la base de las manifestaciones externas de éste; no basta, esto es, con un concepto cuyas notas pueden encontrarse en toda organización jurídica histórico-concreta. Tales ensayos conducirían sólo a conceptos generales y formales, ejemplo de los cuales puede ser la definición del derecho dada por Somló.<sup>(3)</sup> Según ésta, el derecho es un complejo de "normas de un poder supremo, generalmente obedecido, amplio y real": el "poder jurídico". Tal definición tiene sin duda la ventaja de poder subsumir sin grandes dificultades bajo su esquematismo todo orden jurídico imaginable. Pero es inaprovechable para la problemática filosófica. Es puramente formal, e inadecuada por lo tanto para revelar las cuestiones a que puede ampliarse el pensamiento filosófico para elaborar progresivamente aquellos problemas.<sup>(4)</sup> La filosofía del derecho tiene, así, la necesidad de buscar un

(3) Juristische Grundlehre, p. 105; análogamente Jellinek, Allgemeine Staatslehre, p. 333.

(4) Más detalles sobre esto en *infra*.

concepto del mismo que sea *intencional*, que exprese el *contenido esencial* del derecho. Un tal concepto no puede conseguirse sino explicando el *tipo ideal* del orden jurídico, aislándolo de la plenitud intuitiva de la historia. La filosofía del derecho no puede, pues, construir un concepto genérico de notas generales, sino que tiene que caracterizar el derecho en su "tendencia general por el caso que más característicamente exprese la cosa en sí, es decir, por el caso ideal".<sup>(5)</sup> Su tarea consistirá consiguientemente en estudiar tanto las normas de manifestación cuanto el contenido significativo<sup>(6)</sup> del orden jurídico. La posibilidad misma de una tal conceptualización tiene su base lógica en el hecho de que la conceptualización genérica no es la única forma posible de conceptualizar;<sup>(7)</sup> en el caso que nos ocupa contamos también con la justificación de que a través de todos los cambios del proceso histórico y de toda la diversidad de las aspiraciones humanas, destacan pese a todo ciertas tendencias fundamentales y permanentes del hombre y ciertas identidades de las condiciones naturales en las que se desarrolla la vida. Hay ciertas "tendencias de sentido fundamentales",<sup>(8)</sup> y hay ciertas constantes en los datos naturales. Esto tiene como consecuencia que también en el proceso social, pese a toda la individualidad de las concreciones históricas, puedan reconocerse ciertos fenómenos primitivos, interconexiones y estructuras que reaparecen constantemente con ropajes diversos. La consideración de la vida social confirma lo que ya enseña la mera consideración biológica, a saber, que la vida del hombre - pese a todas las formaciones estrictamente individuales - tiene lugar en un marco dado. Sus posibilidades de conformación y plasmación concreta no son evidentemente ilimitadas. Esto es lo que hace posible una explicitación de los tipos fundamentales del orden social.<sup>(9)</sup> Entre esos fenómenos primitivos u originarios de la coexistencia humana hay que contar el derecho, cuyos rasgos esenciales y cuyo contenido significativo básico son objeto de la consideración filosófico-jurídica.

(5) Cf. Troeltsch, Der Historismus und seine Probleme. Gesammelte Schriften, pp. 19-20.

(6) Cf. también Schönfeld, Rechtsperson und Rechtsgut. Festsetzung und Bedeutung der "Rechtsperson" (en el sentido partidario de una metodología de la "comprensión" en el sentido de Troeltsch).

(7) Cf. Troeltsch, loc. cit., p. 36.

(8) Cf. Spranger, Lebensformen, II, p. 392 (trad. esp. Rev. de Sociología).

(9) Cf. Vierkandt, Gesellschaftslehre, pp. 19-20; Troeltsch, loc. cit., p. 20.

3

520

05

## III

Mientras la ciencia progresa y nos descubra nuevas relaciones y nuevos hechos, el intento de analizar la esencia de los fenómenos sociales primitivos - y uno de ellos es el derecho - tendrá que ser repetido constantemente. La situación no es diversa de la característica de la filosofía general, que tiene que renovar constantemente su intento de interpretación del mundo de acuerdo con la cambiante posición de las ciencias. Hay épocas, por lo demás, favorables a estas empresas, y otras en las que la pregunta que se interesa por las estructuras fundamentales pasa a segundo término, y aquellos objetos problemáticos, por así decirlo, se pierden de vista. Una de estas últimas épocas es el siglo XIX. El siglo XVIII había tenido en cambio una de esas doctrinas generales: (10) el derecho natural, que era al mismo tiempo una teoría de las estructuras sociales fundamentales. Una tal teoría quedó de momento perdida para la ciencia del siglo XIX, con el naturalismo y el historicismo que acompañaron los enormes descubrimientos de ese siglo acerca del hombre. El historicismo dirigió la mirada hacia las creaciones históricas individuales, aficionándose a su peculiaridad y a su diversidad y desinteresándose de lo típico en su atención a lo diferencial. Precisamente esto puede aplicarse, sin paliativo, a la escuela histórica del derecho; pero el estudio histórico de la economía política nos presenta también el mismo aspecto. Y en cuanto se alzó por encima de la descripción intuitiva de las instituciones históricas concretas, el historicismo se interesó por los procesos históricos y no por las estructuras permanentes. Según la formulación de Freyer, buscó la esencia de las cosas en su evolución misma. El concepto de "evolución", de proceso necesario de las cosas, es plenamente característico del siglo XIX; como agudamente ha visto Nietzsche, el siglo XIX se sentía "justificado por ese concepto de su sometimiento fatalista a lo fáctico". (11) También el naturalismo se presentó como evolucionismo, como darwinismo; a diferencia del mecanicismo del siglo XVII, no influyó en las ciencias sociales como estímulo para buscar leyes inmutables, dando, por así decirlo, un modelo del cuerpo social, sino también como estímulo para la

(10) Ver sobre esto Troeltsch, loc. cit., p. 16. Estudio fundamental: E. Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, pp. 88 y ss.

(11) Wille zur Macht (La voluntad de poder, trad. esp. Aguilar), núm. 5.

interpretación evolucionista de la vida social y para la investigación de las leyes de esa evolución. Este aspecto del historicismo halla característica expresión en una "historia general del derecho", como la que por ejemplo imaginaba Joseph Kohler. A todo ello añadió el siglo XIX el monismo en los métodos y en los procedimientos explicativos. (12) También el monismo tenía que perjudicar necesariamente la investigación de conexiones permanentes, pues todo monismo oculta la básica diferenciación y característica de los fenómenos fundamentales de la vida humana, y en vez de ellas suscita la tendencia a reducir todos los fenómenos a una causa única. La doctrina schopenhaueriana de la voluntad es en el terreno filosófico la expresión más acabada de esa actitud ante las cosas. La tendencia en cuestión encontró su más sólida base en los sorprendentes descubrimientos de la psicología de la época, que parecieron permitir una derivación y explicación de las más elevadas motivaciones del hombre a partir de los instintos primitivos. Nietzsche ha sido el primero en dominar magistralmente este método de análisis; la escuela psicoanalítica lo ha utilizado sistemáticamente, incluso para explicar fenómenos sociales. (13) Todo esto - y nuestra enumeración no incluye más que los motivos más importantes que mueven la ciencia de ese gran siglo - significaba una ampliación gigantesca de nuestros conocimientos; eran los primeros pasos decisivos más allá del marco del racionalismo, aquel marco en el que no cabían básicamente más que "reflexiones y motivos individuales" del hombre, (14) pasos que, por encima del siglo XVIII, enlazaban de nuevo con los antiguos. En esos conocimientos se basan la imagen del hombre y la imagen del mundo de nuestros días, tan distintas de la estampa racionalista.

Pero las gigantescas perspectivas abiertas por aquellas investigaciones apartaron al principio la idea de que existan legalidades permanentes; todo se presenta en un flujo infinito evolutivo, en el que las viejas estructuras del hombre y de su sociedad, aquellos fenómenos originarios de la vida, eran irreconocibles. Desapareció la imagen tradicional del hombre esencialmente determinado por la razón; desapareció la creencia en la creación inicial. Desapareció el derecho natural y la legalidad eterna de la teoría económica clásica. A esta situación

(12) Cf. sobre esto la exposición de Hartmann, *Ontologie*, p. 231.

(13) Cf. Freud, *Totem und Tabu, Das Unbehagen in der Kultur*.

(14) Troeltsch, p. 47.

corresponden los principios desarrollados por el siglo XIX para la conducta práctica, basados en la idea de que el hombre se encuentra sometido a una evolución de leyes propias. Y en cuanto la filosofía acepta esa evolución, pide al hombre que la asuma y la consume: esto es lo que hizo Karl Marx con la doctrina de la revolución del proletariado, así como Nietzsche lo hizo con la del superhombre que debía consumir el nihilismo de la Edad Moderna y superarlo al mismo tiempo; en la misma línea puede colocarse a Spengler. Si la filosofía, en cambio, declaraba absurda la evolución, como en el caso de Schopenhauer, proponía al hombre la plena inhibición respecto de la vida. La actitud emprendedora y reformista del siglo XVIII, que quería conformar la vida y la sociedad según ciertos principios, retrocedió ante la idea de la sumisión al proceso histórico; la divisa de Spengler - *ducunt fata volentem* - es característica de toda la época.

Pero desde hace ya tiempo, en las concepciones científicas impera una situación diversa. Era natural que, al descubrir en el siglo pasado la complejidad, la estratificación del mundo y del hombre gracias a su gigantesca ampliación de los conocimientos positivos históricos y naturales, la ciencia pusiera en tela de juicio todas las ideas tradicionales y colocara unilateralmente en primer término los nuevos conocimientos y puntos de vista. Los recientes descubrimientos eran de importancia indiscutible. Pero cuanto más fueron ordenándose, cuanto mayor distancia y perspectiva adquirió respecto de ellas la investigación, tanto más empezó a quedar claro que pese a todo el enriquecimiento y a que las cosas resultaban ser mucho más complicadas de lo que creyó el mismo siglo XVIII, quedaban confirmadas ciertas ideas tradicionales básicas. Así volvieron a percibirse los elementos eternos del mundo y de la vida. (15)

No se puede detallar aquí ese proceso, y tendrán que bastar algunas alusiones. Lo primero que se hundió fue el monismo metodológico y el predominio unilateral del método científico-natural, pues se mostró inadecuado para el estudio de los fenómenos de la vida histórica y social y fue parcialmente superado en las mismas ciencias de la naturaleza. Piénsese en las discusiones de Bergson en *L'Evolution créatrice*. Pero, concretamente, la transformación más llamativa es quizás la de la psicología - o mejor, los fundamentos de la psicología

(15) Cf. Heimsoeth, *Geschichtsphilosophie*, 1948, pp. 44, 51.

“comprensiva”, dominio de las ciencias del espíritu y no de la naturaleza -, con el descubrimiento de la estructura estratificada de las tendencias y de los sentimientos humanos, con la investigación fenomenológica de la conciencia. Con ello ha vuelto a ponerse de manifiesto la estructura y la articulación de la vida espiritual y anímica, con su interpretación de componentes de diversa naturaleza, frente a la consideración puramente monística. (16) Y así, aunque en realidad todo presenta nueva faz, nos resulta posible volver a defender concepciones más antiguas. Probablemente resultará característico de cuanto estamos exponiendo el que un libro como *La experiencia moral elemental* de Nohl pueda sostener la doctrina de Platón acerca de la estructura del alma humana. Pero también en las ciencias sociales se ha producido un fenómeno análogo, aunque por vías independientes. A este respecto hay que destacar ante todo el desarrollo de la sociología, pues cuando Simmel y Vierkandt intentan desarrollar de nuevo una *estática*, por así decirlo, de la vida social, se encuentran ya en el fondo en contraposición al evolucionismo historicista de Comte, o, por lo menos, más lejos de él que del punto de vista iusnaturalista. En la misma dirección se mueve la economía política. Aquí hay que citar ante todo los fundamentales trabajos de Eucken que, por lo menos para la ciencia alemana, han significado la reinstauración de la teoría ahistórica frente a la consideración puramente histórica. Sus tipos ideales de orden económico se basan en la idea de que, pese a toda evolución y a todos los cambios, hay ciertas estructuras básicas que se presentan eternamente y poseen una legalidad claramente reconocible.

Los puntos de vista de la ciencia contemporánea han encontrado su expresión más inequívoca en la doctrina de la estructura estratificada de todo el ser: del mundo y del hombre. (17) Según ello, siempre están obrando simultáneamente modos de ser totalmente diversos desde el punto de vista estructural, pero no sin relación entre ellos, sino de tal modo que la capa superior descansa en la inferior, la utiliza, le da forma y depende al mismo tiempo de ella, que la determina. Así se dan, por ejemplo, en el hombre, las capas de lo espiritual y lo anímico basadas en la existencia orgánico-corporal, lo cual a su vez se basa en una capa de

(16) Cf. por ejemplo la estratigrafía de la personalidad ofrecida por Rothacker, o la doctrina de Lersch sobre la estructura del carácter.

(17) Cf. sobre esto N. Hartmann, *Ethik*, pp. 503-504. *Problem des Geistigen Seins*, pp. 57 y ss.; Jaspers, *Philosophie*, I, pp. 104-105, 167 y ss.



B 0 0 0 5

procesos químico-materiales. En el proceso de la vida se interpenetran diversas entidades identificables en sí mismas. Cada una de estas capas tiene su propia realidad, pero todo el conjunto está a su vez dominado por una estructura propia. Estas ideas imponen la necesidad de considerar el ser con métodos muy diversos, adecuados a las diversas capas objeto de estudio: imponen el pluralismo en los métodos y en la conceptualización.(18) Además, explican el deseo de rehender las estructuras permanentes que se manifiestan en las diversas capas.

Este cambio de la actitud científica se ha manifestado ya hace tiempo en la ciencia alemana del derecho y ha repercutido en un aumento del interés por las estructuras y conexiones esenciales permanentes del derecho, nuevo interés que manifestó ya antes de las grandes sacudidas a que las catástrofes políticas han sometido a nuestro orden jurídico. La investigación fenomenológica de Reinach sobre el concepto del derecho.(19) la de Erich Kaufmann sobre el concepto de legalidad, los estudios de Leibholz sobre la representación y los trabajos jurídicos-filosóficos y dogmático-jurídicos de Gerhart Husserl,(20) así como los

de W. Schönfeld, se mueven en esa dirección. La investigación de datos permanentes de importancia jurídica ocupa el primer término en todos esos trabajos. Al mismo tiempo ha disminuido la influencia de la filosofía neokantiana en la ciencia del derecho. En cuanto que esta filosofía propone como tarea fundamentalmente filosófica la aclaración del *pensamiento humano* sobre las cosas (en lugar de la aclaración de las cosas mismas), viendo su propio fin en el descubrimiento de las *últimas condiciones lógicas de nuestro pensamiento* sobre el mundo (las cuales no son ya ulteriormente justificables), aleja, en su relación al derecho, de los fenómenos morales y reales de la vida social, fenómenos que constituyen el contenido del orden jurídico. Lo que la filosofía neokantiana descubre son conceptos universales máximos y relaciones puramente lógicas dentro del orden jurídico; queda en cambio completamente fuera de su campo de visión la cuestión de cuál puede ser el contenido de la esencia del derecho.(21) En el mismo sentido obra la excesiva contraposición de ser y

Cf. N. Hartmann, *Ontologie*, pp. 8 y ss.; Jaspers, *Philosophie*, I, pp. 104-105, 167 y ss., 186 y ss. *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1913. *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, 1925; *Recht und Welt*.

Típicos son a este respecto los trabajos de Kelsen y - en sus premisas - la filosofía del derecho de Rudolf von Ihering. Para una discusión en detalle me remito a los apéndices I y II. En general, cf. por ejemplo F. v. Kries, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921.

deber entre los neokantianos. Se basaba en una injustificada limitación del concepto de ser al ser real (causalmente investigable), y ha quedado superada por las investigaciones ontológicas, especialmente por las de Nicolai Hartmann.(22)

Con ello se nos presenta la tarea de retrotraernos hasta una consideración del contenido del derecho según sus rasgos esenciales imperecederos. Para ello tenemos que empezar por considerar el derecho tal como se presenta a nuestra experiencia como fenómeno irreducible y sustantivo de la vida social.

El concepto de derecho - cosa ya puesta de manifiesto por las investigaciones de los neokantianos, especialmente por las de Stammler - no es una última categoría formal de nuestro pensamiento que tuviera la misión de ordenar contenidos de conciencia, sino que significa un fenómeno originario o primitivo de la vida social. Aquel concepto sólo puede aclararse describiendo este fenómeno en sus rasgos esenciales. En este sentido nuestra investigación es una investigación fenomenológica.(23) La primera parte de este estudio está dedicada a cumplir esa tarea fenomenológica. Tiene en cuenta los fundamentos psicológicos y los condicionamientos sociales del derecho, con objeto de poner de manifiesto la situación del fenómeno del derecho en el todo del mundo social. Pero luego de esta primera tarea surge la cuestión ulterior de si no intervienen en la creación del derecho ciertos otros elementos del ser humano, y, en caso afirmativo, la de qué importancia tienen para el derecho tales elementos. Se trata de la cuestión ya aludida en el prólogo de si en la creación jurídica podemos proceder arbitrariamente o si tropezamos en ella con determinada legalidad de naturaleza moral u objetiva. La aclaración de esta otra cuestión es objeto de la segunda parte del libro, que se enfrenta con el escepticismo moral, que niega una parte de aquellos elementos extrajurídicos - a saber, los éticos, en su existencia misma. De los puntos de vista así conseguidos la tercera parte de este libro obtiene ciertas consecuencias que afectan a la teoría del derecho positivo y a la metodología de la ciencia jurídica. La observación final recoge, por último, la pregunta inicial: ¿qué sentido debemos reconocer al derecho?

(22) Cf. Nicolai Hartmann, *Ontologie*, pp. 57 y ss.

(23) Cf. la exposición de Vierkant, *Gesellschaftslehre*, 2a. ed., pp. 19-20, y de Del Vecchio, *Filosofía del diritto*, p. 3.

## PRIMERA PARTE

EL DERECHO COMO FENOMENO  
DE LA VIDA SOCIAL

## CAPITULO II

SENTIDO Y FORMAS DE MANIFESTACION  
DEL DERECHO

## I

Como obra que es del hombre, el derecho no puede entenderse sino partiendo de intenciones humanas. Comprendemos la naturaleza reduciendo sus fenómenos a una causa suficiente; comprendemos concreciones espirituales cuando aprehendamos su "contenido en sentido": su sentido. Entre toda circunstancia interpretable como causa y el contenido mismo de una creación espiritual, media siempre la acción creadora del espíritu humano; por más determinado que esté el hombre por las circunstancias en su obrar y en su crear, nadie se atreve a establecer una simple determinación causal entre las circunstancias objetivas y una determinada creación espiritual; (1) siempre yace entre ambos datos una intencionalidad humana, fundada en la voluntad y en las tendencias del hombre. Para comprender la peculiaridad del derecho como fenómeno social hay que buscar, por lo tanto, la específica intencionalidad (2) que persigue el hombre con el derecho. No se puede entender el derecho sino por su sentido típico. (3)

(1) Bergson ha expuesto este punto brillantemente en el primer capítulo, por ejemplo de *L'evolution créatrice*.

(2) "Intencionalidad" debe entenderse según el sentido corriente de "intención" en el castellano conversacional, no en el sentido de la teoría tradicional del conocimiento. (El término traduce el alemán *Zielsetzung*. - N. del T.)

(3) Con este punto de partida me opongo a la doctrina de Stannler y a la llamada teoría pura del derecho, tal como está principalmente representada por Kelsen, y que pretende concebir el derecho sobre la base exclusiva de su forma lógica. Cf. sobre esto apéndice I.

El sentido general del derecho queda determinado por el hecho de que el derecho es un *orden obligatorio en las relaciones sociales* que se dan dentro de un grupo humano, y por la existencia de ese grupo. (4)

Para la comprensión de la peculiaridad del derecho es importante, ante todo, subrayar que existen muchos tipos de orden - incluso de orden entre hombres - aun prescindiendo de expresiones como "el orden de la naturaleza" y de la idea de un orden metafísico de las cosas, de los valores morales, etc. También las reglas de un juego deportivo, las de una danza, las de la disposición de las tropas para una operación militar o la de masas humanas para una manifestación, todas representan un orden determinado entre los hombres.

Es rasgo común a todos los órdenes el fijar la posición relativa de cada uno de los miembros que abarca. Ello puede ocurrir incluso materialmente - es decir, en el espacio - dando un lugar en él a cada uno de dichos miembros ordenados; en este sentido puede hablarse del orden de las localidades en un teatro, o del orden de los puestos en una cabalgata o procesión; pero hay también ordenaciones no espaciales, como por ejemplo las reglas de un juego. Ahora bien: el orden, como tal, es siempre una entidad ideal; lo que ocurre es que el orden espacial se presenta intuitivamente en el espacio, mientras que en un orden no espacial no es así. El primero ordena las cosas en el espacio, el segundo ordena relaciones que no son de naturaleza espacial. El orden jurídico pertenece a la segunda categoría: es el orden ideal que ordena relaciones espirituales no espaciales, a saber, relaciones sociales. Desde el punto de vista ontológico, el orden jurídico pertenece, pues, al *ser ideal*, exactamente igual que los teoremas de la matemática o de la lógica. (5)

No se debe confundir el orden jurídico con la idea que de él se hacen los hombres. Se da derecho, el derecho existe como orden social, aunque en un momento determinado nadie piense en el derecho, al modo como una sonata de Beethoven existe, aunque en un momento determinado nadie la esté pensando (6) ni interpretando.

(4) Esto debe concebirse como una mera definición lógica del derecho - v. Del Vecchio, *Fil. del dir.*, p. 225 - o como "concepto genérico empírico" - v. Landsberg, *Einf. in die phil. Anthropologie*, p. 15 -, no como una descripción esencial, que no puede obtenerse sino del contenido del derecho.

(5) Cf. sobre el problema del ser ideal en general: N. Hartmann, *Ontologie*, pp. 185, 244. Sobre el carácter ontológico del derecho, véase *infra*.

(6) Sobre esto, Husserl, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, pp. 6 y ss. También es una incorrecta interpretación del carácter ontológico del derecho la de Isay (*Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 29), según la cual el derecho es "la totalidad de las decisiones". Sería como decir que una sonata es la totalidad de sus ejecuciones.

5

520 02 520 05

El orden jurídico tiene, además, el carácter de un orden *permanente*. Pretende, en efecto, regular las relaciones sociales que ordena definitivamente, "de una vez para siempre".(7) Lo que determina el derecho aspira a ser inmutable; el derecho aspira a conseguir la plena confianza del hombre. Más adelante consideraremos detenidamente este rasgo esencial del orden jurídico.

Por último, el orden jurídico será generalmente un orden *abstracto*, es decir, un orden que no se refiere a una situación determinada, única en el tiempo y en el espacio, sino que regula en forma general casos típicos que se dan siempre, aunque irregularmente, en la vida social. El derecho de compra estatuido por el Código Civil alemán, por ejemplo, no se refiere a la compra de un libro efectuada por el magistrado X en la librería Y tal o cual día, sino a todas las compras. Tales, por lo menos, el caso de las leyes y de los preceptos consuetudinarios admitidos como derecho por ciertos ordenamientos jurídicos.

La norma se refiere a hechos abstractos, no a hechos concretos. Es éste un rasgo extraordinariamente esencial. El orden jurídico no se interesa por individualidades, sino por lo típico: no por el comerciante García, sino por el comerciante en general, por aquel que tiene unos ingresos de 1.551 a 1.750 marcos, etc. Lo que la ley contempla son relaciones típicas que se repiten. Ciertamente la ley regula la vida social, pero sin aferrarla más que en forma abstracta y típica. No todo ordenamiento jurídico es, sin duda, abstracto en ese sentido. Hay regulaciones jurídicas más concretas, como ocurre, por ejemplo, cuando dos estados concluyen un tratado para regular una cuestión de indemnizaciones o de fronteras pendientes entre ellos. En estos casos nos encontramos con una regulación jurídica que afecta a una relación social única, y la regula permanentemente.

El derecho es en última instancia un orden que no resulta de las cosas mismas.(8) El orden jurídico no es idéntico ni a los órdenes que encontramos en la naturaleza inerte, como el sistema natural de los elementos o las estructuras cristalinas, ni a los órdenes que encontramos en el ámbito espiritual, en el mundo de los valores, como, por ejemplo, la contraposición entre verdad y mentira, la pureza y fealdad. El derecho es más bien un orden basado en la decisión

Husserl, *Welt und Recht*, pp. 122-123.

Aunque hasta cierto punto esté prefigurado en ellas; cf. cap. V.

voluntaria y en prescripciones humanas. El derecho es un orden coactivo cuya constrictión descansa, empero, en último término, en su concordancia con normas éticas.(9)

A tal título se dirige el derecho a la voluntad humana. Decisiones volitivas humanas lo realizan. El orden jurídico no se produce automáticamente en la realidad, como una ley natural, sino sólo mediante las decisiones humanas que lo concretan, lo aplican y le dan vigencia en la realidad concreta. Si llamamos normas a esas proposiciones dirigidas a la voluntad humana, podemos decir que el orden jurídico consta de normas; y en la medida en que esas normas se nos presentan como debidas, el derecho es un orden del "deber ser".(10) Más tarde nos ocuparemos detalladamente del problema de cuál sea el fundamento de la fuerza coactiva del orden jurídico;(11) por el momento podemos limitarnos a comprobar que la norma jurídica parte de autoridades socialmente reconocidas; especialmente en tiempos históricamente remotos, el prestigio que posibilita a la autoridad esa función descansa principalmente en una autoridad del grupo a que pertenecen y de sus dioses, pero también en ideas mágicas; más tarde parece basarse principalmente en nociones éticas y en vínculos religiosos de naturaleza más elevada.

Por su carácter de orden el derecho se opone a todas las situaciones que significan desorden y arbitrariedad, y ante todo se opone a la guerra en su forma extrema de lucha total con todos los medios, a la lucha política interna violenta: la guerra civil y la revolución. En situaciones tales los hombres se desprenden de todo lo que los ata; el derecho pierde su poder y reinan el caos y la arbitrariedad, la violencia sin norma. Por eso la revolución permanente puede ser una forma de vida, pero no puede transformarse en un orden jurídico.

Al preguntarnos por el sentido específico y por el ámbito de aplicación del orden jurídico, se nos presentan ante todo las siguientes finalidades: seguridad y paz, justicia, igualdad y libertad. El orden jurídico es el orden de la paz. Así

(9) Emge niega al orden jurídico, como orden coactivo, el carácter de un auténtico deber-ser (*Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, XVII, p. 552). No puedo compartir esa concepción, que el propio autor fundamenta con una hipótesis excesiva; *ibid.*, pp. 549, 559.

(10) En este sentido son inobjetables las afirmaciones de la teoría pura del derecho. Sólo que esta teoría contrapone el deber-ser a un concepto de ser demasiado estrecho. Cf. la breve, pero acertada precisión de Husserl, *Rechtskraft*, etc., p. 41.

(11) Cf. cap. VII.

nos lo muestran sobre todo sus comienzos. La paz y el derecho son coetáneos y simultáneos; el derecho aporta la paz, y la paz es el presupuesto del desarrollo del derecho. En todo lugar en el que se desarrolla, el derecho sustituye la lucha violenta por una solución pacífica. El procedimiento jurídico se sitúa en el lugar del "ayúdate tú mismo". En este sentido puede decirse que la eliminación del poder personal es el principio y el fundamento permanente del orden jurídico. El principio del desarrollo del derecho, entre los germanos, los romanos y los griegos, y también entre los árabes, es la paulatina superación de la venganza de la sangre. Ésta queda por de pronto limitada a determinadas formas,<sup>(12)</sup> y luego es sustituida por contratos de indemnización cuyo cumplimiento es ineludible. Incluso el moderno derecho privado, en cuya aplicación estamos tan lejos de la idea de litigio violento, se reduce parcialmente en sus fundamentos históricos a dichos contratos. El precedente histórico del moderno derecho a la indemnización de daños es a su vez un sustitutivo de la venganza. Problema capital en el estudio del desarrollo jurídico medieval es la superación del desafío;<sup>(13)</sup> el desarrollo de la paz de Dios o de la tregua de Dios y la elaboración del proceso de posesión en el derecho canónico, están determinados por aquel desarrollo. Y es típico que este último derecho declare que lo que se ha conseguido por la fuerza debe ser restituido antes siquiera de discutir la situación jurídica. El desarrollo del derecho imperial común empieza en Alemania con la "Paz Eterna" de 1495.

*El orden jurídico-estatal* de la vida política coloca en el lugar de la lucha violenta por el poder, un orden pacífico que liga los litigios políticos a determinadas formas sin violencia. A menudo es resultado de un acuerdo final que concluye anteriores pugnas violentas. El orden de la república romana fue el resultado de las luchas entre el patriciado y la plebe. El moderno derecho constitucional democrático nace de las guerras civiles inglesas, luchas en las que se habían opuesto la corona y la burguesía, la alta iglesia y las iglesias libres. Así sustituye la guerra civil por la lucha electoral regulada por el derecho. La historia de los estados totalitarios de la edad presente nos muestra que, a la inversa, cuando se abandona aquella constitución se ciernen la persecución, la conjura, la revolución, esto es, la lucha violenta por el poder. Nos muestra, pues, esa

(12) En esto ve también Horvath el "germen del pensamiento jurídico" (*Rechtssoziologie*, p. 149, nota 2).

historia, el desarrollo en sentido inverso. El mismo hecho se registra en la historia del imperio romano: con el fin de la constitución republicana empezó una lucha armada por el poder, y como Augusto no creó ninguna constitución estatal que pudiera regular la sucesión, la lucha volvió a empezar a la muerte de cada príncipe.

El observador moderno apreciará con especial claridad en el *derecho internacional* la conexión que existe entre paz y derecho. El problema central de éste consiste en crear y garantizar la paz. Lo que hasta ahora había conseguido el derecho internacional - y hasta eso se encuentra hoy en peligro - era una cierta formalización de la guerra: la restricción a distintas formas en la declaración de guerra, el respeto de determinados límites en las operaciones bélicas mismas, así como el respeto de las poblaciones civiles. Siempre se luchó por la reducción del derecho de guerra a determinados motivos. Desde hace aproximadamente una generación ha empezado una fase caracterizada por el Pacto Kellog. De lo que se trata ahora es de eliminar la guerra misma, sustituyéndola por un procedimiento jurídico. La lucha por la paz y la lucha por la implantación del derecho están, pues, aquí, indisolublemente unidas.

Pero también el moderno *derecho laboral* nos presenta análoga imagen. Este derecho intentó ligar las luchas entre los obreros y el patronato a determinadas reglas (por ejemplo, no reconociendo a todas las huelgas el carácter de legalidad) y limitarlas favoreciendo los contratos colectivos de tarifa y creando a veces instituciones para facilitar el acuerdo entre las partes en litigio. Se aspira a sustituir en la medida de lo posible la lucha económica con huelgas y *lock-outs* mediante un procedimiento jurídico. Aquí, también, se trata de imponer la ayuda del derecho en sustitución del "ayúdate tú mismo".

Una mirada a la estructura interna del orden jurídico basta para confirmar ese resultado de la consideración histórica. El objetivo del derecho es la solución pacífica de conflictos de intereses. Uno de los méritos del antiguo derecho romano estriba precisamente en haberlo visto así con claridad. Con razón se desarrolló sobre su base la teoría jurídica de la llamada jurisprudencia de intereses.<sup>(14)</sup> Dirimir litigios es la tarea básica del juez, el objetivo primero del

(13) Cf. por ejemplo Thieme, *Friede und Recht im mittelalterlichen Reich*, Leipzig, 1945.

(14) Cf. por ejemplo Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 112, p. 17. (Del mismo autor, *El problema de la creación del derecho*, trad. castellana, Barcelona, Ariel, 1961 - N. del T.)

6

520 . 03

orden jurídico general y, a menudo, de los contratos y tratados particulares. Así se determina a sí mismo el objeto del derecho (objeto, no objetivo), el ámbito de los procesos y acaeceres sociales ordenados por el derecho. El orden jurídico interviene cuando existe un conflicto de intereses del que debe participar la comunidad (grupo) porque aquel conflicto puede llegar a ser un peligro para la paz en su seno, aunque el conflicto mismo se haya producido entre individuos. Cuando las Naciones Unidas prevén en sus estatutos un procedimiento jurídico internacional para todos los litigios "the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security", expresan un principio característico de la formación del derecho. Del mismo modo empieza a orientarse el desarrollo de los demás ámbitos jurídicos. En este punto entra en contacto y establece su límite el ámbito del derecho con y respecto de los hábitos del uso y de la costumbre sociales. También el hecho de que la existencia jurídica queda plenamente cumplida y satisfecha con sólo que se la realice mediante el comportamiento *externo* - a diferencia de lo que ocurre con la exigencia moral - está en relación con aquel hecho. Sólo la acción lenta, y no la mentalidad violenta, rompe la paz social.

El segundo objetivo del orden jurídico es la *seguridad*. La seguridad que proporciona el derecho se basa en su *inviolabilidad*. Lo que está dispuesto legalmente queda fuera del alcance de la arbitrariedad; ni el que pone el derecho al que apela a él pueden lesionarlo. El derecho tiene que ser permanente; el individuo puede confiar en él. Se puede contar y calcular con el derecho como con una magnitud fija sustraída a toda transformación. El hombre puede ordenar su vida según el orden jurídico permanente, y puede disponerla bajo su protección.<sup>(15)</sup> Ya antes hemos subrayado la tendencia del derecho a la permanencia. Esa tendencia se ha manifestado siempre en documentos y en leyes. Especialmente clara es, a este respecto, la lengua de los privilegios feudales; siempre se subraya en esos textos que la concesión, el privilegio, debe ser firme y seguro, e impuesto al respeto de todos. Así leemos, por ejemplo en la confirmación de un privilegio de la ciudad de Frankfurt: "... y por lo tanto, con meditado ánimo, buen consejo y recto saber..., han renovado con su consentimiento a ellos y a sus descendientes, las cartas, gracias y libertades... y todos los

demás derechos y costumbres, viejos y nuevos, y los han confirmado y mejorado por fuerza de esta carta y con la plenitud del poder imperial romano en mis palabras, y quieren que verdaderamente quede todo como aquí está escrito, y disfrutarlo sin ser perturbados por otros. Y por eso ordenamos a todos y a sus príncipes, espirituales y mundanales, condes, barones, caballeros, mozos, jueces, dignatarios, burgomaestres, consejeros y comunidades y a todos los súbditos y dignidades nuestras y del Imperio, por esta solemne carta, que respeten, protejan y defiendan a los citados jueces, consejeros y burgueses... de Frankfurt en las dichas gracias y libertades, por la autoridad nuestra y del Imperio".<sup>(16)</sup>

Pero también en el derecho contractual destaca ese rasgo. Así se distinguen claramente la fase de negociaciones no vinculantes y la de propio contrato con fuerza jurídica. La obligación no se constituye sino en esta segunda fase; sólo con ella está asegurada la relación objetiva; se sabe lo que hay que hacer y lo que no se debe hacer, y lo que con seguridad puede esperarse de otro. Ya no hay posibilidad de volver atrás; el contrato se sustrae ya a la arbitrariedad de las partes; se puede y hay que contar con él. Lo mismo puede decirse del precepto legal publicado, pues ata a los mismos gobernantes que lo promulgan. La moderna teoría del derecho ha estudiado repetidamente y con razón este problema de la autovinculación del legislador.<sup>(17)</sup>

En el antiguo derecho, este efecto está ligado a la solemnidad de la forma, a gestos acaso, y a las fórmulas pronunciadas; la palabra convertida en fórmula ata al hombre como ata a la divinidad en la oración y a fuerzas sobrehumanas en la frase mágica. Así pueden añadirse a la fórmula jurídica la apelación a la divinidad y el juramento sacral. Mitteis ha mostrado ese trasfondo en la arcaica forma romana de la *sponsio* contractual, y en el derecho medieval la deuda jurada tenía efectos especialmente intensos. Todo esto está en conexión con la inviolabilidad de las obligaciones jurídicas aceptadas. La palabra corriente no puede suscitar la tremenda acción de constricción propia de la obligación jurídica. Hacían falta formas especiales, alusivas y de afecto conocido, y hasta los mismos dioses velan por la seguridad de la palabra dada.

En C. A. Emge, *Sicherheit und Gerechtigkeit*, pp. 8 y ss., se encontrará un profundo estudio del factor de permanencia en lo existente, en la continuidad, como fenómeno vertebral de la existencia humana.

(16) De la confirmación de los privilegios de Frankfurt en 1414 por Segismundo: *Pacta et Privilegia*, 1728, pp. 256-258.

(17) Cf. por ejemplo Somló, *Juristische Grundlehre*, p. 308.

Pero hay documentos contractuales que destacan expresamente la inviolabilidad del contrato concluido. En los antiguos contratos egipcios (demóticos) de compraventa se lee: "Has dado; mi corazón se satisface con ese dinero. Yo te he dado, te pertenece. He recibido de ti su [de la cosa] precio en plata, todo él, sin que quede resto. Mi corazón está satisfecho. Por esta razón no tengo palabra alguna que dirigir contra ti, ni podrá hacerlo ningún hombre. Tuya es desde el día de hoy por los tiempos de los tiempos, y ni yo ni nadie discutiré desde hoy sobre la cosa. Alejo de ti a todo aquel que en mi nombre o en nombre de otro se te oponga por ella [por la cosa]". (18) Aunque las fórmulas se precisan y afinan, la misma idea básica de ese formulario se encuentra en los documentos de compra de griegos y romanos, así como en los medievales. El comprador debe tener la cosa para siempre; nadie debe discutirsele, ni el vendedor ni sus herederos deben poder perturbarle en su propiedad; todos renuncian eternamente a la cosa. (19) En todas esas cláusulas se expresa claramente que el tratado tiene que tener efecto eternos e inviolables. En el negocio moderno han desaparecido esas fórmulas solemnes. Y no siempre precisamente en beneficio del derecho. El derecho romano carece de dignidad; se ha hecho demasiado barato y no seduce ya a la fantasía de los hombres. El hecho es, en efecto, que por la naturaleza del hombre - también del hombre moderno - los actos solemnes le hacen más profunda impresión y se insertan más sólidamente en su memoria que negocios cotidianos sin especial formalidad o conversación absolutamente informales. La forma especial y la dignidad adecuada son oportunas para prestarle e imprimir en su espíritu la eficacia definitiva y vinculadora del acto jurídico. El militar sabe muy bien por qué mantiene la formalidad del juramento a la bandera, aunque toda la teoría jurídica moderna le dice que la ceremonia carece de relevancia en la relación jurídica del soldado. Por la misma razón no debería prescindir el orden jurídico de esas exterioridades en las que se basan gran parte de su acción y de su vigencia fácticas.

Por eso esa solemnidad se ha mantenido parcialmente en los instrumentos jurídicos internacionales:

"S. M. el rey de Prusia..., S. M. el rey de Baviera, etc..., concluyen una alianza eterna para la protección del territorio federal", decía el preámbulo de la

(18) Cf. Rabel, *Haftung des Verkäufers*, pp. 38-39.

(19) Cf. *ibid.*, pp. 39 y ss.

Constitución del *Reich* alemán, basada en un tratado. También en los documentos constitucionales en los que un pueblo se da su ley fundamental se subraya frecuentemente la inviolabilidad y eterna permanencia del derecho. El rasgo más saliente del llamado derecho natural como derecho *Kat exochn* en su permanencia a través del cambio de los tiempos. La declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano califica de imprescindibles e inalienables los derechos fundamentales.

En la moderna teoría del derecho, este rasgo esencial se presenta y destaca como principio de la *seguridad jurídica*. La jurisprudencia de intereses lo fundamenta con razón en los "intereses de continuidad y estabilidad" humanos, que se oponen a toda modificación arbitraria de las disposiciones jurídicas existentes. La seguridad jurídica supone que derechos, posiciones de poder y de posesión una vez fundadas, (20) tienen que subsistir sin que nadie las discuta ni perturbe, y que las decisiones jurídicas, una vez formuladas, deben ser mantenidas. Al servicio de la seguridad jurídica están todas las instituciones que precisan y mantienen los derechos existentes, como los registros públicos, la exigencia de escritura, etc., instituciones procesales como la firmeza de sentencia, o jurídico-privadas como la constrictividad del tenor literal de una declaración, o la precisión de un comportamiento conocido en el tránsito jurídico.

En la seguridad del derecho se basa en gran parte su benéfica acción. El hombre aspira siempre a crear situaciones e instituciones duraderas bajo cuya protección pueda vivir; el hombre quiere sustraer su existencia a un cambio permanente, dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarse del asalto constante de lo nuevo. El derecho tiene que ofrecerle esta certeza, esta calculabilidad.

En conexión con esto se encuentran dos fenómenos históricamente documentables.

El primero es la gran importancia del curso del tiempo, de la tradición, para la firmeza del derecho. Lo que subsiste durante mucho tiempo tiene para el hombre un carácter de seguridad digna de confianza, y es precisamente aquello que busca en el derecho. (21) Cuanto más duradera es la persistencia de un

(20) Cf. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 413 (trad. castellana, *Economía y Sociedad*, Méjico, Fondo de Cultura Económica).

(21) Georg Jellinek ha intentado desarrollar todo el derecho a partir de esa circunstancia en el marco de su teoría de la fuerza normativa de lo fáctico. Cf. *Allgemeine Staatslehre*, 3a. ed., pp. 337-339 (trad. castellana, *Teoría general del Estado*, Madrid, Victoriano Suárez, 1914-1915).

7

1520 05

erecho, tanto más capaz será de realizar su tarea de dar seguridad jurídica, tanto más seguros se sentirán los hombres bajo su protección. Un derecho apenas nacido, no es, por así decirlo, derecho; sólo lo que existe desde hace generaciones se siente realmente como orden duradero. (22) La escuela histórica del derecho lo había visto así con razón. Una frase de Thomas, uno de los amigos de Jacob Grimm, recoge en cierto modo una típica actitud de jurista: "Siempre me inclino a conservar, y siempre considero la destrucción como una impiedad, caso disculpable por la necesidad, pero nunca justificable". La historia de los grandes pueblos jurídicos está presidida por un rasgo conservador-tradicionista. Los romanos han desarrollado su derecho partiendo de los modestos comienzos de la legislación de las Doce Tablas; los jurisconsultos romanos se esforzaban penosa y angustiosamente por mantener la continuidad de la tradición; siempre que resultaba posible, lo nuevo se enlazaba con ideas y costumbres antiguas. Y así en el fondo no fue un error el concebir más tarde como tradición, como *ius* sin más, lo que fue el viejo *ius civile* de las leyes, el *ius honorarium* de los pretores y la obra de la ciencia clásica. Todo estaba enlazado por la tradición. En ningún punto se adivinaba una reforma básica que hubiera hecho la rama de lo viejo, colocando en su lugar algo plenamente nuevo. Un paralelo claro, en el ámbito del derecho político, con la temerosa política de Augusto, que luchaba casi miedosamente con la tradición. La experimentación jurídica no empieza hasta la fase final, influida por el helenismo. El mismo rasgo se presenta en la historia inglesa. El moderno parlamentarismo inglés nació del estado feudal medieval; el *common law* inglés se sigue de la Edad Media a través de un ininterrumpido desarrollo jurídico. Se evitó la recepción del derecho romano. No hay duda de que también aquí se ha hecho trabajo de complementación hasta de renovación en el derecho. Pero nunca se ha realizado una reconstrucción nueva. El rasgo parece haberse trasladado también a los juristas norteamericanos. Ellos han recibido el *common law*, el cual ha sido aceptado incluso en los mismos territorios españoles y franceses - con la excepción de Luisiana -, y la institución americana lleva ya en vigor más de cinco generaciones. En Alemania, sólo las generaciones anteriores a la Revolución francesa han conocido una tal constitución mental jurídica. Era el "viejo y buen derecho" tan

Cf. Riezler, *Rechtgefühl*, p. 127.

tenazmente defendido por los estamentos de Wurtemberg, por auténtico sentimiento jurídico, contra los intentos de la corona por crear un orden nuevo sin atender al viejo, de la nada, por así decirlo, y basándose en la plenitud de poder de la monarquía. Esto fue lo que levantó al barón Von Stein contra los reformistas príncipes de la federación renana. Desde aquella época no hemos vuelto a disfrutar de los beneficios de instituciones duraderas.

¡Qué transformaciones han tenido lugar desde la Revolución francesa! Piénsese en las disposiciones principales de las diputaciones del Reich, con su redistribución del territorio y del poder, en la disolución del orden social feudal, en las transformaciones consecuentes a la instauración de la economía industrial, en la injusticia de 1866, la primera guerra mundial y la caída de las monarquías, en el nacionalsocialismo, en la segunda guerra mundial y en el derecho de ocupación. A ello se añade la actividad siempre creciente de la administración moderna, la cual reforma, interviene, modifica y transforma casi constantemente. No es éste un clima en el que puedan florecer el derecho ni la seguridad jurídica.

Pues ésta es la segunda experiencia histórica aludida. Transformaciones frecuentes - ya estén bien fundadas y materialmente justificadas, ya sean convulsiones violentas que afectan al derecho - son desfavorables al desarrollo del derecho, pues impiden que se produzca aquel sentimiento de protección y confianza que constituye el ideal de la seguridad jurídica. Cuando el derecho existe está expuesto a la intervención - por bien fundada que esté - de la legislación, aquel sentimiento no puede constituirse ni subsistir caso de que existiera. Tal fue el destino de los viejos estados-ciudades griegos en su tardío desarrollo; carecían ya de seguridad jurídica. Por eso tampoco existe seguridad jurídica sino en plazos limitados en el continente europeo desde la Revolución francesa; por eso falta a los pueblos continentales, a diferencia de lo que ocurre en los anglosajones, el sentimiento de la seguridad jurídica, y por eso es tan difícil fundar realmente un estado de derecho en el continente.

En esto se funda parcialmente el antagonismo entre el derecho y la administración. (23) La administración quiere ir de acuerdo con el curso de los tiempos; quiere modificar, adaptarse rápidamente a nuevas situaciones. La

(23) Husserl lleva razón cuando no considera realización del derecho más que la sentencia judicial, y no el acto administrativo; éste último se limita a moverse en el marco del orden jurídico. Cf. *Rech und Welt*, p. 149.

administración es flexible, no se siente atada, y está dominada por ideas de utilidad. El derecho tradicional es frecuentemente para ella una limitación molesta. La administración es progresiva, y el derecho es conservador. Por eso, siempre que avanzan la administración, el acto y el pensamiento administrativos, retrocede el derecho. El estado moderno ofrece en todas partes preocupantes ejemplos de este fenómeno, incluso en Inglaterra y en América. Es en este contexto característico el lamento de Roscoe Pound: "Pronto vamos a llegar a una administración del derecho realizada por comisiones de competencia vagamente definida, ilimitadas en su libre capacidad de estimación y muy escasamente inhibidas por la intervención propiamente judicial.(24)

Por otra parte, y como es natural, el tradicionalismo supone cierto peligro de rigidez y enquistamiento. Como el derecho se orienta a persistir idéntico en el cambio de lo demás y a conservar lo existente, siempre está amenazado por el peligro de anticuarse demasiado rápidamente respecto de la mutable vida, y de hacerse consiguientemente injusto. Por eso el arte de los grandes pueblos jurídicos ha consistido no simplemente en conservar rígidamente su derecho, sino en seguir desarrollándolo sin rupturas, poniéndolo a la altura de las modificaciones de la realidad mediante prudentes ampliaciones o reformas, eliminando formas e instituciones anticuadas o transformándolas y creando otras nuevas. Si no se procede así, se presenta en un momento u otro aquella situación en la cual ley y derecho se heredan como una enfermedad, y el derecho recibido se siente como una carga y una tradición sin sentido, como fue el caso en Francia en el siglo XVIII.(25)

A todo eso hay que añadir otra circunstancia. El derecho se apoya en una autoridad social; el derecho necesita, para ser perfecto, el poder que se ponga a su servicio. Pero, por otra parte, como el derecho está a su vez al servicio de la seguridad de lo existente, la relación entre el poder y el derecho se invierte muy fácilmente, y no es el poder el que sirve al derecho, sino el derecho el que conserva ante todo las relaciones de poder existente. Orden, paz y seguridad, no son sólo rasgos esenciales del derecho, sino que también pueden ser intereses

(24) *En El espíritu del "Common law"*, trad. castellana, Barcelona, Bosch (s. a.).

(25) Cf. la excelente descripción de Tocqueville, *L'ancien régime et la Révolution*, que muestra sobre todo con total claridad cómo los viejos privilegios de la nobleza se habían hecho absurdos al no tener ya aquella ninguna función política.

del poder. Por de pronto, el derecho presta al poder el servicio que es sin más su organización clara y firme. Pero también como orden que garantiza la paz interior y la seguridad puede ser el derecho un instrumento de la conservación del poder,(26) y tal ha sido innumerables veces en la historia.(27) Franz Oppenheimer ha explicado el origen de todo orden jurídico estatal en general como la conservación de un dominio de clase una vez conquistado.(28) Probablemente es esto exagerado dicho tan generalmente.(29) Pero la descripción es exacta para muchos hechos histórico-jurídicos; y siempre existe el peligro de que el orden jurídico se convierta en instrumento de los poderosos, el peligro, esto es, de que el derecho no sancione más que lo que los poderosos deseen. No hay ningún orden jurídico que esté realmente libre de ese peligro. Y no se trata de pretensiones arbitrarias bajo la presión del poder - aunque también estos casos son en la historia del derecho más frecuentes de lo que los juristas gustan de confesar -, sino de que los intereses de los poderosos se imponen ya en la elaboración misma del derecho, antes de su aplicación.

Es por lo tanto comprensible que la teoría del derecho - y especialmente la aguda teoría moderna -(30) haya repetidamente concebido el derecho como simple expresión de las relaciones de poder en una sociedad, como poso de las decisiones del poder, limitándose a aceptar el hecho. Pero precisamente en la contradicción que siempre han suscitado esas interpretaciones, así como en la oposición que suscita el enrigidecimiento y la cristalización del poder en el derecho, se manifiesta el hecho de que el hombre espera del derecho algo más que orden y seguridad, cualquiera que sea el contenido de éstos.(31) Aunque, según la clásica formulación de Goethe, el estado consiste exclusivamente en que la propiedad esté cierta y segura, los hombres han preguntado siempre además si está poseída con justicia.

(26) Cf. Spranger, *Lebensformen*, 2, p. 79 (trad. castellana, *Formas de vida*, Buenos Aires, Revista de Occidente argentina, 1946).

(27) Karl Marx ha visto exclusivamente en el derecho una expresión del dominio de clase.

(28) *System der Soziologie*, II, pp. 239 y ss.

(29) Cf. la crítica de Vierkandt, *Gesellschaftslehre*, 2, p. 471.

(30) Así el positivismo, en sus diversas formas, y la jurisprudencia de intereses y la teoría pura del derecho.

(31) Hay sin duda en todo derecho materias en las que sólo la idea de orden desempeña un papel: por ejemplo, la regulación del tráfico, o las disposiciones sobre la edad. Cf. Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, p. 49. En estos casos lo que importa es "el mero estar decidido" el punto. El "cómo" de la decisión es indiferente.

8

520 05

Así se manifiestan otras dos tendencias que ya hemos citado al principio: la tendencia a la realización de valores morales. En primer lugar está la justicia. (32)

Ya las más antiguas ideas, que ponen en relación el derecho con la divinidad, muestran el enlace entre derecho y justicia. Al adorar a las diosas Themis y Diké, los griegos manifiestan no sólo el carácter sacro del derecho, sino también su carácter moral. Aún más intensamente ha tenido lugar la moralización del derecho entre los judíos. Por eso puede aparecerse Dios como protector del derecho, y por eso puede exclamar el salmista: "El Señor es justo y ama la justicia" (11,7), frase que milenios más tarde recogerá en su introducción el prego de Sajonia. Pero también en otros ámbitos culturales se nos presenta la idea de que la divinidad exige que se imponga derecho en razón de la justicia. Que mi ley irradaie en el país, como lo manda Schamach, el gran juez del cielo de la tierra", se dice en el preámbulo del código de Hammurabí.

También el ethos del juez, que maneja el derecho y lo realiza, se presenta desde siempre unido con la justicia. Los ejemplos de esto son innumerables. "Qual iustice under law", se lee en la fachada de la Supreme Court americana; el juez de la Atenas clásica juraba juzgar según las leyes del pueblo de Atenas según su más justa convicción, (33) y Feuerbach dice en el discurso de Isbach:

"La desobediencia es sagrado deber del juez cuando la obediencia sería una traición a la justicia a cuyo servicio se encuentra."

Ya este hecho debería bastar para considerar escépticamente la afirmación que la creación del derecho tiene exclusivamente lugar para fijar y robustecer el interés de clase.

Pero también habla en contra de esa idea la consideración precisa de la historia del derecho. En todo momento vemos también en ella motivos morales que intervienen junto con los otros. Cuando los pretores ofrecen toda una serie de tipos de acción nuevos cuidadosamente elaborados, cuando los juristas romanos de la edad clásica desarrollan con detalle las consecuencias de la *bona*

Por lo demás, no debe exagerarse la contradicción entre justicia y seguridad jurídica. En la justicia no se encuentra el rasgo de previsibilidad, es decir, de seguridad. Cf. *infra*, p. 125. Emge, en *Sicherheit und Gerechtigkeit*, se propone reducir los dos motivos a una raíz común: la exigencia de tratamiento legal. Pero no lo consigue sino porque se basa en un concepto formalista de justicia.

Cf. Lipsius, *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*, I, p. 152.

*fides* o de la prohibición del *dolus*, actúan movidos por el deseo de una decisión justa en el caso particular. Cuando se estudia detalladamente el desarrollo del moderno derecho civil en cualquier país de cultura, lo que se encuentra es exclusivamente el intento, constantemente renovado, de conseguir una decisión equitativa para casos en constante variación. Considérese el desarrollo de la jurisprudencia alemana dirigida por la idea de la apariencia de derecho, por ejemplo, en el tema de eliminación de la impugnación en la fundación de sociedades: no se podrá hallar otro motivo que el de conseguir una solución equitativa del caso particular. Sería tarea fecunda la de estudiar en qué sentido la moderna jurisprudencia del continente ha completado o renovado las leyes: creo que en todos los casos se daría con el mismo motivo moral.

No sólo, pues, el poder, su fundamentación y su transformación desempeñan un papel en el desarrollo del derecho. En este punto estamos acostumbrados a asumir demasiado categóricamente el punto de vista ofrecido por la experiencia del derecho político propiamente dicho. En el desarrollo del derecho han intervenido también motivos morales, por lo menos en la misma intensidad que los motivos de dominio de clase. En el desarrollo del derecho contractual romano la idea de la *bona fides* ha mostrado ser, según la precisa expresión de uno de los principales romanistas alemanes una fuerza creadora. (34) Partiendo de esa base y de la prohibición del *dolus*, el derecho contractual romano ha conseguido en el curso del tiempo una fundamentación totalmente nueva. La jurisprudencia medieval y moderna han seguido adelante con esa idea: sus huellas se encuentran en todo punto del derecho privado moderno. Junto a la justicia y a la equidad aparecen pues aquí otras ideas morales: fidelidad y honestidad. Una gran parte del trabajo de la moderna ciencia civilista consiste precisamente en determinar cuáles son los deberes que resultan de esos valores fundamentales del derecho privado en el marco de las leyes y para el caso particular.

Si se pasa al campo del derecho público, también se observa que en la construcción del orden jurídico intervinieron fuerzas morales. El derecho procesal, a medida que se desarrollaba, iba situándose cada vez más bajo la influencia de motivos morales. Sus fundamentos son la independencia y la

(34) Cf. Kunkel, *Festgabe für Paul Koschaker*, I.

justicia del juez. Lo mismo ocurre con el derecho penal y con el derecho administrativo. En estos campos se presenta ante todo la idea moral del respeto a la personalidad. Esta idea se da también en otros ámbitos jurídicos. Ya en el antiguo derecho nórdico se encuentra, en el contexto de la paz jurídica, el concepto de "santidad del hombre", esto es, la inviolabilidad del sujeto que se mantiene en la paz jurídica. (35) Con esta institución se mienta sólo todavía el respeto por la vida del sujeto; pero la historia del derecho público está atravesada por la lucha por la *libertad*. Cuando aparece por vez primera la idea de una limitación jurídica del poder del estado - en las ciudades-estados de Grecia - ello ocurre porque se quiere hacer frente a la arbitrariedad y colocar en su lugar la ley justa, el *nomos*. La idea de justicia - contradicción de la arbitrariedad - está aquí ligada desde el primer momento con la idea moral de la libertad personal y política. En la constitución de la república romana se sorprende la acción de los mismos motivos, y la capa alta romana no ha superado nunca plenamente la pérdida de la libertad.

La misma imagen se aprecia en el desarrollo moderno del derecho público. Al principio de ese desarrollo está la declaración de los derechos del hombre. Se exigen para todos los hombres la *libertad* y la *igualdad*. "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness." (36) Sobre la base de esas ideas se ha realizado toda la evolución jurídica del estado moderno en el derecho constitucional y el administrativo. En ellas se basa la democracia; en ellas se basa el estado de derecho. Todo el derecho administrativo se mueve bajo la idea de la libertad y la del respeto a la persona del ciudadano. La grandiosa jurisprudencia del Conseil d'État francés está dominada por el esfuerzo de trazar cada vez con mayor precisión la frontera entre los intereses de una administración eficaz y útil y los de la libertad personal. En el ámbito jurídico anglosajón ese mismo esfuerzo ha enlazado con instituciones medievales; de hecho, en muchos privilegios y libertades de la Edad Media vive la misma idea de libertad. Heinrich Mitteis ha mostrado cómo ha obrado la idea de fidelidad en el derecho

(35) Cf. por ejemplo el prólogo de J. Grimm al *Oberhof* de Thomas; Schröder, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 3a. ed., p. 76.

(36) *Declaration of Independence*.

feudal, limitando la arbitrariedad y creando derecho. (37) Por último, el derecho laboral moderno no es sólo una conquista de la lucha de clases - aunque esta componente no puede, sin duda, ser negada - sino también obra de la constricción de la justicia interna de la causa de la clase obrera.

En el derecho penal desempeña desde antiguo un papel decisivo la idea de la pena justa, la idea de armonía entre culpa y castigo.

Cierto que todas esas influencias de la justicia no se han producido en un ámbito vacío y sin participación de las fuerzas político-sociales. No hay duda de que fueron frecuentemente clases sociales las que impusieron esas ideas - por ejemplo, la de libertad - y no hay duda tampoco de que, al luchar por esas ideas morales, estaban defendiendo *también* sus intereses materiales. (38) No obstante, la historia del derecho, los miles de decisiones jurídicas de detalle igual que las reformas en grande, serían incomprensibles sin la consideración de aquellos motivos morales. En este concepto nuestro no hemos podido destacar más que algunos motivos morales rectores de la formación del derecho. El cosmos de ideas morales que interviene en la construcción de un orden jurídico no puede mostrarse más que en el análisis de un derecho determinado, como ha hecho, por ejemplo, Fritz Schulz en el caso del derecho romano, y de un modo clásico. (39)

En la formación del derecho resultan eficaces factores también muy diversos. Orientado a la resolución de conflictos que amenazan la paz, el orden jurídico se constituye bajo la influencia de motivos muy heterogéneos: deseo de seguridad, robustecimiento del poder y motivos morales como la justicia, la fidelidad y la libertad, desempeñan sus papeles en la constitución del derecho en una intrincación indiscernible. Por eso es comprensible que al observador filosófico el derecho le parezca una entidad oscilante e insegura. (40) como una compleja configuración imposible de entender sólo como manifestación de una tendencia básica del hombre; y no hay que maravillarse tampoco del hecho de que en el curso de la historia del espíritu se hayan podido constituir tantas

(37) Cf. *Lehnrecht und Staatsgewalt*, pp. 14, y 43 y ss.

(38) Pero no *exclusivamente*. Afirmarlo así es el error de muchos representantes de la jurisprudencia de intereses. Es el caso típico de Ehrlich, que califica simplemente de exigencias político-sociales de clases, estamentos, etc., los principios generales del derecho. *Archiv für die sivilistische Praxis*, 115, p. 360. Es ésta una consideración monística.

(39) Fr. Schulz, *Principien des römischen Rechts*.

(40) Cf. Spranger, *Lebensformen*, 2, pp. 331 y ss.

diversas concepciones básicas. La mayoría de esas teorías, en la medida en que se ocupan del contenido del orden jurídico, destacan unilateralmente un determinado momento del mismo, que por sí solo es, sin duda, esencial para la comprensión del derecho, pero sin que se deba hipostatizar como único. En este fenómeno se manifiesta el rasgo del espíritu humano que consiste en la tendencia hacia el monismo - rasgo presente también en la interpretación de otras formaciones espirituales -, con una derivación y una explicación unitarias que hacen a menudo errar al pensamiento humano. Un grupo de teorías ha subrayado ante todo la idea de orden y de poder; el derecho es para ellas, ante todo, poder ordenador cristalizado. En este grupo hay que situar las doctrinas de los sofistas, igual que las de los teóricos del absolutismo, como Hobbes(41) o Donoso Cortés,(42) pero también la doctrina cristiana del derecho en la medida en que parte de la necesidad del orden jurídico en el estado de culpa - con otras palabras: en el luteranismo sobre todo.(43) Otro grupo de teorías coloca en primer término la idea de seguridad junto con la idea de libertad protegida por aquella. Ya Platón sitúa en el centro de la *Politeia* esta idea: el derecho es, según él, en el fondo, un contrato de seguro.(44) Lo mismo ocurre - y señaladamente - con los iusnaturalistas de la Ilustración. El contrato social, que según ellos funda el orden jurídico, sirve ante todo para asegurar la libertad y la propiedad.(45) También Kant subraya este rasgo cuando concibe el derecho como "esencia de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser armonizado por el del otro según una ley general de libertad".(46) La idea de justicia, finalmente, se encuentra en Platón y en Aristóteles, en Cicerón y luego, ante todo, en el iusnaturalismo cristiano, en parte también en el de los reformadores, situada en primer término.

En realidad, *todos* esos rasgos deben situarse en la estampa de la esencia del derecho.(47) Por su objeto el derecho es la ordenación pacífica de un determinado grupo; el derecho decide de conflictos sociales; por su objetivo, el derecho se

(41) Cf. sobre esto la corta y acertadísima descripción de Del Vecchio en su *Filosofía del Derecho*.

(42) Cf. Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 2a. ed., cap. IV.

(43) Cf. Troeltsch, *Historische Zeitschrift*, 106, pp. 251 y 256.

(44) *Politeia*, II, 358-359.

(45) Cf. por ejemplo Pufendorf, *De officio Hominis ac civis*, I, 6-8, II, 6 y ss.

(46) *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1794, *Einleitung*, p. XXXIII.

(47) Los párrafos siguientes aportan una descripción esencial del derecho a diferencia de la definición inicial de p. 32.

orienta tanto por el establecimiento de seguridad para la situación existente cuanto por los fines morales de la justicia, de la honestidad y de la libertad. En un derecho plenamente desarrollado todas esas notas resuenan en un acorde perfecto y lleno de vida. El derecho no es sólo ordenación del poder, pero tampoco es justicia pura: la idea de justicia no obra en él con la libertad en que obra en una persona moral,(48) sino enlazada con el cuerpo de un orden pacífico compuesto de innumerables intereses materiales, superlativamente terrenos, y que posee su propio ser y su propio peso.

Si se comparan diversos órdenes jurídicos de la historia, se podrá comprobar que determinados rasgos esenciales del derecho destacan especialmente en uno u otro derecho concreto. Podría establecerse, según esto, una serie de tipos en uno de cuyos extremos se situarían los órdenes jurídicos que se limitan esencialmente a fijar ciertas "reglas de juego" formales para solventar conflictos sociales, mientras en el otro extremo se situaría un derecho orientado en una idea material de justicia. Ejemplo de lo primero serían, por ejemplo, las situaciones jurídicas que nos describen las sagas de los islandeses;(49) ejemplo de lo segundo sería el derecho civil de los estados de la Europa occidental. Entre uno y otro extremo se situarían órdenes como la *pax* medieval y el derecho medieval en general,(50) orientado ante todo por la necesidad de paz y seguridad.(51)

Pero también practicando un corte transversal en un derecho dado podrá apreciarse que los diversos ámbitos jurídicos son ordenables en tipos muy diversos. Así, por ejemplo, en el derecho moderno el derecho civil está ordenado ante todo a las ideas de seguridad y justicia (equidad), mientras el derecho estatal de una democracia moderna es más bien una ordenación de la paz política que fija determinadas reglas para organizar la pacífica lucha por el poder en el estado. También el actual derecho laboral alemán (una vez eliminadas las sentencias arbitrales), en la medida en que no es derecho contractual individual,

(48) "Persona moral" en sentido filosófico, no jurídico. (N. del T.)

(49) Cf. A. Heusler, *Das Strafrecht der Isländersagas*.

(50) Cf. Fehr, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 4a. ed., p. 142.

(51) Esta seriación según tipos constituidos por la tendencia interna dominante en un orden jurídico debe diferenciarse de otra que podría ordenarse según el grado de la *eficacia práctica*. En este caso habría que situar en un extremo un orden jurídico asegurado por la construcción (como, por ejemplo, el derecho contractual privado moderno, en la medida en que contempla acciones reales) y, en el otro, un orden jurídico carente de protección material y que, por tanto, obra más como orden ideal (por ejemplo, el derecho internacional).

se limita a fijar determinadas reglas para la resolución de los conflictos laborales (reglamentación del derecho de huelga, etc.). En el derecho penal destaca la contraposición entre la idea de orden y la de justicia en la distinción entre derecho penal propiamente dicho y derecho disciplinario.(52) El derecho de guerra, de base jurídico-internacional, no fue tampoco hasta la primera guerra mundial más que un derecho "de las reglas del juego"; luego se ha desarrollado hasta asumir el carácter de un orden de paz. En cambio, apenas ha desarrollado reglas de contenido material; una tal regla podría verse, por ejemplo, en el principio de las nacionalidades o en la Carta del Atlántico, puesto que crean una escala de apreciación de los derechos de los diversos pueblos.(53)

Las diversas tendencias que intervienen en la formación del derecho pueden contraponerse las unas a las otras. Así, por ejemplo, en las cuestiones de posesión el interés de la paz se antepone al de la justicia material; lo mismo puede decirse en la fuerza procesal de la cosa juzgada por lo que hace a las tendencias contrapuestas de la seguridad y la justicia. De este hecho se desprende la cuestión de la *jerarquía* de las diversas tendencias activas en el derecho. Es relativamente fácil establecer tal jerarquía según los sentimientos preferenciales presentes en cada caso, una vez establecidos uno junto a otro, aislados, los diversos fines perseguidos. Parece evidente in abstracto que un orden pacífico es más de valorar que las meras reglas de juego para la lucha, la seguridad más que la mera evitación accidental de la lucha; la justicia, por último, más que todas las otras tendencias. No obstante, la consideración de la realidad jurídica muestra que todas las tendencias se afirman y se sostienen paralelamente en el derecho vivo. Sin duda es cierto que, como motivo moral, la justicia puede penetrar en el orden jurídico y organizarlo; pero a pesar de ello el orden jurídico conserva su carácter sumamente terreno de orden de la paz y de los intereses. La justicia se realiza aquí precisamente en un tal orden de la paz y del poder; en realidad, este orden puede ser transformado hasta cierto punto por la justicia, pero siempre conservará su propia naturaleza y su impronta.(54)

(52) Recientemente también en el derecho económico. Cf. E. Schmidt, *SJZ*, 48, pp. 225 y ss.

(53) Por ello en las discusiones sobre el derecho no es inessential saber qué ámbito jurídico - derecho privado o derecho estatal, por ejemplo - se está considerando; a menudo se explican por esas circunstancias actitudes muy contrapuestas.

(54) A propósito de la análoga relación entre la moralidad y la moral social, cf. Scheier, *Formalismus in der Ethik*, pp. 179-181. (Traducción Castellana, *El formalismo en la ética y la ética material de los valores*, abreviado *Ética*, Buenos Aires, Revista de Occidente argentina, I-II, 1948.)

Dicho gráficamente: los motivos morales viven, por así decirlo, en el cuerpo del orden jurídico; le dan forma como un espíritu vivo da forma al cuerpo, pero no sin hallar resistencias y no sin quedar ligados a la limitación del cuerpo en cuestión.(55) Quizá se aclare del modo mejor esa situación aduciendo también aquí la idea de estratificación. El orden pacífico, el orden del poder, que garantiza la seguridad, son los estratos inferiores, recubiertos por el de la "justicia", que les da forma al mismo tiempo que resulta ligada por ellos. A pesar de la superior excelencia axiológica de la justicia, existe pues también una dependencia que procede, por así decirlo, de abajo a arriba. El espíritu no reina en el derecho como en el libre y ligero ámbito del pensamiento. En esto se manifiesta metafísico-teológicamente la gravedad terrena de todo derecho: sin duda alcanza el derecho el reino de los ideales, pero está al mismo tiempo firme e indisolublemente ligado a la terrena realidad del hombre, a su mundo.(56)

## II

El jurista del continente europeo está acostumbrado a imaginar el orden jurídico como un sistema de leyes amplias, precisas y coherentes, y no hay duda de que la teoría jurídica europea está considerablemente influida por esa idea. En realidad, ese sistema es relativamente nuevo incluso en Europa, y es más bien la excepción que la regla, si se considera en el conjunto de la historia del derecho o el derecho de los pueblos extracontinentales. Culturalmente considerado, ese sistema es en Europa un resultado de la Ilustración, y políticamente está en conexión con el sistema de la división de poderes y el predominio del legislativo, es decir, del parlamento. El sistema predomina en Europa desde el racionalismo de la Ilustración y desde la Revolución francesa, esto es, desde hace práctica-

(55) Lo mismo puede decirse respecto de la estructura lógica del derecho. Cf. sección siguiente.

(56) Cuando se pasa esto por alto, cuando se intenta orientar el derecho según una abstracta idea de justicia y sin tener en consideración el mundo, cuando - por así decirlo - se quiere saltar un estrato, se consigue frecuentemente lo contrario de lo que se deseaba: injusticias. En mi opinión, los procesos por los llamados crímenes de guerra, que se celebraron al terminar la última guerra, son en parte un ejemplo de esto.

19

520

851

mente siglo y medio. El derecho está codificado; todos sus principios esenciales se formulan en códigos abstractamente redactados; la actividad del jurista consiste en la aplicación de leyes; el desarrollo del derecho tiene lugar, sobre todo, en las reformas legislativas y en su preparación.

Frente a la constitución jurídica propia del derecho legislativo suele situarse la del derecho consuetudinario. Pero esta contraposición no es ni excluyente ni completa. (57) Por de pronto, el concepto de derecho consuetudinario no es nada unitario; puede subsumir tipos muy diversos de estructura jurídica, según se trate de un sencillo derecho popular o de un derecho desarrollado y elaborado científicamente. Además, hay otros tipos de derecho junto al legal y al consuetudinario: el derecho judicial angloamericano ante todo, y, como forma de transición hacia él, la estructura jurídica que se tiene cuando el derecho descansa en codificaciones muy antiguas profundamente recubiertas por la ciencia y la judicatura, que las transforma así. (58)

El dominio del derecho consuetudinario se caracteriza negativamente mediante el rasgo de la ausencia de codificaciones. Los principios del derecho se manifiestan en la forma en que se expresan en la convicción y el uso del pueblo, o también en las máximas de la judicatura y de la ciencia. (59) Hay una diferencia considerable entre esas dos formas de dominio del derecho consuetudinario: entre "derecho popular" y "derecho de los juristas", como decía la escuela histórica. En la primera forma el derecho vive directamente en el uso y en la convicción del pueblo. Todos conocen y ejercen el derecho. Lo cual no es posible, naturalmente, más que en situaciones sociales relativamente sencillas y educadas, cuando el derecho y la vida se desarrollan de modo uniforme para todos y el derecho mismo es conocido por todos. Se trata por ello de la estructura jurídica de los tiempos más remotos; en cuanto se diferencia la vida social, un hecho así no puede mantenerse más que en el seno de determinados círculos sociales delimitados por la profesión o el domicilio: por ejemplo, como derecho en una aldea determinada, o de determinada rama artesana, etc. Para el conjunto

Sobre el tema de las formas de manifestación del derecho, o tema de la estructura jurídica, cf. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, pp. 402-413. (Traducción castellana, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, I-IV, 1944.)

Excluyo el caso de la administración de justicia personalmente determinada - lo que Max Weber llama "justicia del *cadi*" - porque no es una verdadera administración del derecho. Véase sobre esto *infra*, p. 56. Cf. *Wirtschaft und Gesellschaft*, pp. 470-471.

del derecho se presenta antes o después el momento en que se desprende de la convicción popular, el momento en el cual el conocimiento y el manejo del derecho pasan en exclusiva a un determinado sector del pueblo, el momento en que empieza, pues, un derecho de juristas. Los letrados asumen la cura y el desarrollo del derecho, representando en cierto modo a todo el pueblo. Así lo ha visto correctamente la escuela histórica. (60) Cuando en la Alemania medieval, por ejemplo, Eike von Repgow anota el derecho de su Gau o región, cuando en algunas ciudades, como Magdeburgo, se reúnen las sentencias de los jurados, se manifiestan los primeros signos del desarrollo de esa capa especial de letrados. El derecho de los jurados puede ser una fase previa al derecho de los juristas. (61) Cuanto más progresan la ciencia, la cultura y la diferenciación social, tanto más manifiestamente se transforma el carácter del derecho consuetudinario. Así, por ejemplo, el actual *common law* inglés sigue siendo sin duda ampliamente derecho consuetudinario, pero es tan diverso del derecho popular de los comienzos como pueda serlo el derecho legal europeo.

El derecho ha asumido una forma peculiar en el ámbito jurídico angloamericano. Esa forma se caracteriza por el hecho de que la decisión judicial ha cobrado una especial importancia por el sistema de la "binding force of decided cases", esto es, por el principio *stare decisis*. En este sistema, la decisión judicial de ciertos altos tribunales no sólo posee fuerza de derecho en el caso particular, sino que vincula además a otros tribunales en casos análogos. De este modo los principios jurídicos en que se basan aquellas decisiones, las *rationes decidendi*, se convierten en reglas jurídicas creadoras. El derecho consuetudinario vive pues, por así decirlo, en un sistema de precedentes vinculatorios: así se ha creado una curiosa fusión de derecho consuetudinario y derecho jurisprudencial.

Un último tipo de estructura o situación jurídica se constituye en los casos en los que un sistema jurídico originariamente basado en codificaciones se transforma básicamente en el curso del tiempo a causa de la práctica judicial y de la ciencia. Tal era la situación del derecho romano en el período clásico; a las viejísimas y lacunarias leyes nacionales se habían añadido los edictos de los pretores, y unas y otros habían sido ulteriormente desarrollados por la ciencia.

(59) Este último supuesto no puede considerarse derecho consuetudinario en sentido estricto. Cf. cap. VII.

(60) Cf. por ejemplo la exposición clásica de Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I, §14.

(61) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 408.

Para los juristas tardíos todo ello se presentaba como una unidad, como el *ius*; en realidad, había una acumulación de ideas jurídicas de muy diversas edades, y su desarrollo en una unidad fue realizado por los juristas mismos. Análoga situación se creó en la Europa occidental cuando la codificación justiniana volvió a cobrar vigencia con la recepción, y fue adaptada por la práctica y por la ciencia a una situación social y cultural absolutamente nueva. El derecho de los postglosadores y el *usus modernus pandectarum* presentan una situación en la que, ciertamente, una codificación constituye el fundamento, pero junto a ella y sobre ella hay una tradición científica y un uso judicial que representan el derecho realmente vigente. Si se considera la situación jurídica de los países que poseen amplias codificaciones del siglo XIX se tendrá que admitir que, por lo menos en los casos en que la jurisprudencia no está coartada por la prohibición de utilizar la analogía - como es el caso del derecho penal -, está teniendo lugar un proceso análogo, aunque acaso no de las mismas dimensiones. En todo caso notable el modo como se ha transformado el derecho civil alemán desde la entrada en vigor del Código Civil; quien quisiera estudiar el derecho civil alemán con tratados de 1909 no conseguiría la menor idea real del derecho vivo. También en este último tipo desempeña un papel de importancia la apelación a autoridades científicas y judiciales - piénsese en los *responsa* de los juristas romanos -, pero sin que constituya, por lo general, una vinculación jurídica. (62)

Desde el punto de vista del derecho, los descritos tipos de constitución o estructura jurídica no tienen ninguna necesidad interna, aunque sin duda puede haber materias más apropiadas para una codificación y otras que se desarrollan mejor en una fase de desarrollo libre del derecho.

La influencia decisiva es más bien la de la situación cultural, especialmente la política y la social. Ni el derecho romano ni el inglés son imaginables sin una capa social de juristas, relativamente unitaria desde el punto de vista sociológico, muy consciente de sí misma, influyente, o sin la tradición aristocrático-liberal de sus estados. El sistema judicial romano era sin duda más favorable al desarrollo de un derecho científico que, por ejemplo, el sistema ateniense, con sus grandes tribunales jurados. A la inversa, las grandes codificaciones parecen en general - y en la medida en que es lícito generalizar al respecto - afines de

(62) Una excepción la constituyen las tardías leyes romanas.

algún modo con el racionalismo, con la confianza de la razón en sí misma en la tarea de prever y ordenar totalmente situaciones sociales complicadas. (63) y, además, afines con la concentración de poder político. (64) Las codificaciones presuponen un robusto poder central capaz de emprender y de imponer un trabajo de tal envergadura; y, además, posibilitan la sumisión de la justicia y la administración al legislativo, y, por lo tanto, al gobernante o a los gobernantes; robustecen por lo tanto la autoridad del gobierno, y tienen que ser agradables para éste. En las codificaciones de grandes autócratas este punto de vista se manifiesta en la prohibición de comentarios, como la de Justiniano, o bien en preceptos como el artículo 4º del Code civil napoleónico. Pero también desempeña un papel en la afición de los ilustrados a la codificación; la Ilustración no gustaba demasiado de la independencia estamental de los parlamentos franceses del siglo XVIII, por ejemplo. En la democracia moderna, el sistema del derecho legal asegura la supremacía del parlamento como titular del poder legislativo. Los estados liberales, y sobre todo los estados regidos aristocráticamente, parecen en cambio - si consideramos formas sociales desarrolladas - favorecer un derecho consuetudinario o de juristas en desarrollo libre: Roma e Inglaterra son ejemplos de ello; no puede ser casual que con el principado terminara en Roma el desarrollo del edicto de los pretores y que el círculo de los juristas que disfrutaban del derecho *responsionis* fuera limitado y vigilado. Naturalmente que también hay ejemplos de codificaciones de tipo liberal, especialmente en sus primeros desarrollos; así era el sentido de las Doce Tablas una limitación del dominio de la aristocracia.

No puede asombrar el que la diferenciadísima imagen que puede ofrecer el orden jurídico en sus formas de manifestación haya contribuido por su parte a suscitar concepciones contrapuestas sobre el derecho. Así, por ejemplo, una doctrina como la teoría pura del derecho, que concibe a éste como un sistema de normas jerárquicamente ordenadas, no podía probablemente desarrollarse más que en presencia de un derecho plenamente codificado como es el europeo continental. Por otra parte, la tendencia behaviorista, que busca el derecho en el comportamiento del juez, está indisolublemente ligada con el sistema jurisprudencial americano.

(63) Confianza que sin duda faltaba, por ejemplo, a los hombres de la escuela histórica.

(64) Cf. en este mismo sentido Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 488.

Pero por diversas que puedan ser las imágenes del orden jurídico en su manifestación externa, su esencia es siempre la misma. Siempre se trata de una suma de principios que deciden los conflictos de intereses que se presentan en una determinada comunidad y que se reúnen en un orden complejo. (65) Estos principios están vinculatoriamente establecidos en la ley cuando se trata de un derecho legislativo; en el derecho consuetudinario y en el jurisprudencial, aquellos principios se manifiestan en las sentencias judiciales y en las exposiciones científicas. Tales principios pueden formularse de modo más o menos consciente, pueden ser concebidos de modo más o menos abstracto y general, y más o menos amplio; pero no hay derecho imaginable sin ellos. Cuando no existen, puede ratarse de un ejercicio personal de la justicia (patriarcal, por ejemplo), pero no puede decirse que exista entonces derecho. La jurisprudencia consiste en la decisión de casos particulares sobre la base de unos principios, incluso cuando el caso particular y la regla aplicada son nuevos; sólo porque hay principios hay jurisprudencia. También el *case law* decide así; también un derecho de jurados rcaico - aunque incapaz de formular abstractamente principios jurídicos - sigue determinadas reglas de procedimiento y de juicio material.

Otro elemento es también común al derecho en todas sus formas de manifestación: mientras dura el desarrollo cultural de la comunidad que lo sostiene, el derecho no se detiene nunca totalmente, sino que se encuentra instantáneamente en un estado de ligera modificación y transformación en alguno de sus puntos. (66) Hay hechos que se contemplan de modo nuevo en su peculiaridad a partir de un determinado momento, y, por consiguiente, se meten a otras reglas. Hechos nuevos tienen que ser sometidos a reglas viejas, bien hay que crear reglas nuevas para ellos. Así se va aclarando el alcance de

) También los preceptos emanados de una autoridad inspirada en las culturas primitivas - preceptosificados "carismáticamente" - se basarán en reglas tradicionales; en favor de esta hipótesis puede recogerse el hecho de que esos jueces carismáticos primitivos son siempre experimentados ancianos de la comunidad. Pero las sentencias no estén fundamentadas - hecho subrayado por Max Weber (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 1903) - no está en contradicción con esa hipótesis. Tampoco los clásicos romanos dan sistemáticamente la lamentación de sus decisiones. Esto es cosa que depende de la estructura jurídica. En mi opinión, Max Weber sobrestima aquí el momento irracional, el cual fue seguramente más importante para conseguir la sentencia que para decidirla. Por otra parte, existe sin duda también una solución de litigios totalmente personal, inspirada libremente en el sentimiento de justicia. Pero se encuentra fuera del ámbito del derecho. Cf. cap. V, sección IV.

Cf. también Max Weber, *op. cit.*, pp. 403-404, a propósito de la jurisprudencia carismática.

los principios existentes, (67) los cuales son restringidos o ampliados, etc. Este proceso constante de ligero movimiento de un derecho vivo, aplicado realmente, se cumple bajo una codificación igual que bajo un derecho consuetudinario; no hay legislador tan potente como para poder paralizarlo. Codificación y derecho vivo no coincidirán nunca exactamente.

Si de las formas de manifestación del derecho pasamos a su estructura lógico-lingüística, observamos que todo derecho correspondiente a una fase algo desarrollada se expresa en una *lengua técnica*. Necesita denominaciones especiales para los procesos sociales, los objetos, las formas del derecho y su aplicación. Estos son los servicios que presta el *lenguaje jurídico*. Este lenguaje se origina en la lengua común y de ella, y se consigue a través de ciertos cambios semánticos y de novedades de léxicos. Como es natural, al principio se trata de un proceso no intencional, sino ligado a la vida cotidiana popular; sólo en posteriores fases de desarrollo puede llegarse a recoger expresiones jurídicas extranjeras, igual que se asimilan instituciones jurídicas extranjeras.

La existencia de una propia lengua jurídica es expresión de una conceptualización jurídica específica. La filosofía moderna ha mostrado que existen muy diversas formas de conceptualización, dependientes del objeto que el hombre quiere concebir y de la finalidad que persigue con esa conceptualización. Recordemos simplemente la contraposición entre conceptualización científico-natural y conceptualización histórica. (68) También la conceptualización jurídica tiene sus propias leyes.

El derecho necesita conceptos especiales, ante todo, para concebir la realidad social que debe ordenar - exactamente igual que la ciencia de la naturaleza constituye sus conceptos para la comprensión del mundo. Objetos, procesos sociales, situaciones sociales, acciones y grupos tienen que ser delimitados los unos de los otros atendiendo a sus notas características, y tienen que ser luego denominados o calificados en función de la finalidad ordenadora. Así se distinguen por ejemplo cosas muebles e inmuebles, *res mancipi*, un negocio como la compraventa, una comunidad social como el matrimonio, una acción como el robo o un grupo de gastos en el hogar y en el negocio como "salidas deducibles

(67) Se hallará una excelente descripción de estos fenómenos en E. Levy, *Introduction to legal reasoning*.  
(68) Por ejemplo, concepto genérico, concepto de totalidad individual. Véase Troeltsch, *Gesammelte Schriften*, III, p. 36.

de la base imponible". La finalidad de esta conceptualización es en cualquier caso la concentración y delimitación de objetos, acciones, etc., desde el punto de vista finalístico de determinadas reglas jurídicas. Así se reúnen las acciones, los negocios, etc., sometidos a la misma regulación, diversa de la que rige para otras acciones acaso no muy diversas naturalmente de aquéllas. Este finalismo puede dar lugar a una gran diferencia entre la conceptualización jurídica y las concepciones naturales. Así por ejemplo, determinados derechos - como el de la comunidad económica conyugal - pueden ser tratados como cosas, y lo mismo a veces las personas, etc. Los fundamentos de la conceptualización jurídica no son precisamente concepciones naturales; (69) la conceptualización jurídica no se propone describir correctamente la realidad, sino *valorar* (70) intereses y acciones según la regla fundamental de la justicia: se trata de valorar igual casos iguales, y diversamente casos diversos. Por eso el jurista tiene que reunir y separar entidades según puntos de vista axiológicos. Cuando quiere, por ejemplo, fijar conceptualmente por sus notas la noción de robo, lo que le interesa es explicitar aquellas notas que son relevantes para la *valoración* de una acción o una cosa. Así distingue por ejemplo homicidio por imprudencia y asesinato, entre lesión contractual culposa o dolosa, etc. También los progresos de la conceptualización jurídica se producen y mueven por esa vía de progresivo afinamiento de la explicitación de notas relevantes para la valoración y a las que luego puede adherirse ésta.

Un segundo grupo de conceptos jurídicos agrupa las instituciones jurídicas existentes, los medios jurídicos dados, las formas de acción, de sentencia, las acciones jurídicamente relevantes y sus formas. Ejemplos pueden ser los conceptos de *reivindicatio*, acción ejecutiva, incidente, etc. Un tercer grupo de conceptos resulta necesario para la denominación de los efectos del derecho. El derecho tiene que ordenar la situación jurídica existente y delimitar cada una de sus cristalizaciones particulares, cada relación jurídica. Tales conceptos son, por ejemplo, propiedad, posesión, herencia, etc. Estarán presentes en todo derecho científicamente desarrollado. En su acuñación se hace perceptible la "coseidad" de nuestro pensamiento; generalmente, esos conceptos se imaginan corporal y espacialmente, y se habla de transmisión, gravamen de un derecho, etcétera, como si un derecho fuera alguna cosa extensa en el espacio.

(69) Sin que por ello carezcan de importancia las concepciones naturales, cf. capítulo VIII, sec. I.

(70) Cf. la exposición de Riezler en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 17, pp. 271-272, a propósito de la "identidad" en el derecho.

La conceptualización jurídica suministra, pues, una serie de conceptos que describen los hechos del mundo social para los fines del orden jurídico. Aunque esta conceptualización está al servicio de un fin especial, las ideas generales que predominan en una determinada cultura y en un momento dado no son irrelevantes para la formación del pensamiento jurídico. Esto se manifiesta del modo más claro en los conceptos jurídicos de causa y responsabilidad. Constituye evidentemente una diferencia decisiva para el pensamiento jurídico el que en una época predomine la idea de que el mundo circundante del hombre está todo él dominado por fuerzas demoníacas, cuya acción se considera imprevisible, o por la idea basada en la imagen moderna y científico-natural del mundo, según la cual el mundo se desarrolla según una multiplicidad de procesos causales aislables. Sólo sobre la base de esta última idea pueden desarrollar los juristas modernos doctrinas de la indemnización, por ejemplo. Así pues, la conceptualización jurídica no se desarrolla con independencia de las ideas en las que una época expresa su imagen general del universo; pero, en el marco de ese mundo conceptual general, está al servicio de fines técnicos especiales.

Los grados de abstracción y finura de la conceptualización jurídica son naturalmente muy diversos en las distintas culturas y en los distintos derechos. El derecho primitivo describe los actos contemplados según un proceso concreto típico, no según notas generales; así, por ejemplo, hablan las Doce Tablas del caso en que "Telum manu fugit magis quam lecit", para describir el homicidio por imprudencia. En los contratos los efectos jurídicos no se describen mediante un concepto técnico complejo, sino que se enumeran sucesivamente. Los formularios de los notarios han conservado esas cláusulas particulares, en muchos casos, hasta tiempos recientes. Uno de los mayores logros de la jurisprudencia romana consistió en la superación de esa forma de jurisprudencia y en la fusión conceptual de varios efectos jurídicos. El concepto de *pignus* o el de *emptio venditio* significaban efectos jurídicos bien determinados cuya enumeración detallada era innecesaria. Del mismo modo, en un derecho conceptualmente elaborado los actos jurídicamente relevantes no se describen según un proceso concreto utilizado, en cierto modo, como representante del género, sino mediante notas generales. El grado de abstracción así alcanzado puede, naturalmente, variar de un modo considerable. En las modernas codificaciones de la Europa continental, heredadas del derecho natural de la

Ilustración, ese grado de abstracción es muy superior al alcanzado, por ejemplo, en el derecho clásico romano. En determinada medida, todo derecho trabajado científicamente está elaborado mediante una concepción abstracta.

El progreso de la concepción jurídica significa una gran modificación interna del derecho. Los procesos sociales se describen cada vez más precisamente en su peculiaridad jurídicamente relevante. Esto posibilita la elaboración de reglas cada vez más abstractas, y con ello la subsunción de casos cada vez más numerosos bajo menos reglas abstractas. Todo ello da una nueva impronta a la invención jurídica. La tarea de colocar el caso particular concreto, según sus notas características generales, bajo la regla abstracta - la tarea de la subsunción jurídica - se hace entonces más precisa y más fácil de comprobar posteriormente. El elemento lógico de la actividad judicial cobra mayor importancia, y puede incluso darse la ilusión de que el trabajo del juez consista exclusivamente en ordenar el caso concreto bajo la regla que indubitablemente le subsume. Tal fue efectivamente la idea dominante en tiempos de una ciencia del derecho muy orientada conceptualmente, como en los siglos XVIII y XIX, y tal fue también el deseo de los teóricos políticos. La fórmula constitucional según la cual el juez está sometido a la ley obedece en parte a esa concepción; también el principio  *nulla poena sine lege*  tiene originariamente ese sentido (en Beccaria, por ejemplo); el juez debe limitarse a subsumir, no tiene que valorar él mismo. La configuración estrictamente lógica de la ciencia jurídica parecía posibilitar una norma de seguridad y previsibilidad de la decisión jurídica y, además, la plena subordinación del juez a la ley.

La práctica, naturalmente, ha mostrado que esa concepción era errónea y, en Alemania, el mérito histórico de la  *escuela del derecho libre* (71) consiste en haber desvelado esa ilusión como tal ilusión, descubriendo en todo juicio jurídico decisiones voluntarias y valorativas, disimuladas por la forma lógica; ésta una típica hazaña de finales del siglo XIX, época que tan valientemente se ha descubierto innumerables conexiones psicológicas ocultas hasta entonces.

El fundamento de la ilusión era el hecho de que el pensamiento jurídico no fue sólo leyes lógicas, como hace, por ejemplo, la matemática, sino que, en última instancia, está siempre axiológicamente codeterminado. Hemos visto

) Cf. apéndice II.

que la división y clasificación de objetos y hechos sociales practicadas por el jurista tienen lugar según puntos de vista valorativos, con la finalidad de dar igual tratamiento a entidades de igual valor. Pero también el orden conceptual de los medios y de los efectos del derecho está, en última instancia, al servicio de la facilitación y realizabilidad de las decisiones valorativas. Los efectos de un determinado acto jurídico, las posiciones jurídicas que fundamenten ese acto, dependen siempre de puntos de vista valorativos y teleológicos. Ya se conceda al acreedor un derecho real o un derecho obligacional, el problema que se solucione con una de esas dos decisiones no es para el legislador un problema de coherencia lógica, sino de protección de determinados intereses por una decisión que se orienta según la valoración de los mismos. Los conceptos jurídicos, en la medida en que no son ellos mismos conceptos axiológicos, los conceptos jurídicos que constituyen la llamada "lógica jurídica", son de importancia secundaria: se limitan a facilitar la fijación y realización de las decisiones valorativas, pero no pueden sustituir a éstas. La lógica jurídica no es autónoma, sino heterónoma. Los principios jurídicos, igual que las decisiones jurídicas particulares, tienen su fundamento en las decisiones valorativas, y no en la lógica jurídica. Tampoco la llamada subsunción jurídica es un acto puramente lógico, la inordinación puramente cognitiva de un hecho particular en un esquema general, sino que está al servicio de la transmisión de una decisión principal al caso particular a través de la mediación de un conflicto de intereses valorado. Por eso no basta nunca la actividad meramente lógica de subsunción; el juez tiene que repetir ante el caso particular la  *decisión valorativa*  del legislador. La subsunción no es más que un medio auxiliar para ello; pero la inordinación segura del caso particular no es posible más que si el juez comprende claramente la  *decisión valorativa*  del legislador y decide según ella el conflicto de intereses concretos ante el que se encuentra. Las reglas hermenéuticas puramente lógicas, como  *singularia non sunt extendenda, lex posterior derogat priori, etc.* , están siempre sometidas a la reserva de que el resultado de su aplicación corresponda a las valoraciones y a las finalidades prácticas del legislador. Cuando debe interpretarse extensivamente, cuándo restrictivamente, cuándo puede o debe utilizarse la analogía, etc., son cuestiones cuya solución se desprende de los juicios de valor sobre el caso particular en comparación con las valoraciones básicas del orden jurídico. El jurista distingue casos porque arrojan caracteres que condicionan valoraciones

diversas; el jurista generaliza reglas cuando observa que otras conformaciones concretas se presentan idénticas desde los puntos de vista valorativos que deciden. La lógica jurídica es una lógica ligada a valores; la conceptualización jurídica está al servicio de la ordenación de la vida social según determinadas ideas axiológicas, y no posee en última instancia ninguna juridicidad propia. La dogmática jurídica interpreta decisiones prácticas para los casos especiales, una vez recaídas aquellas decisiones, y no constituye un sistema lógico cerrado y basado en sí mismo.(72)

El lenguaje conceptual-abstracto del derecho desarrollado y evolucionado da una importante indicación de la esencia del derecho. Con toda claridad muestra que el *derecho es ordenación mediante principios y reglas abstractos*, un orden que pretende abarcar muchos casos y que por ello tiene que mantenerse en lo típico, en lo que se repite generalmente. Esto tiene como consecuencia el que el derecho pueda, sin duda, reclamar validez para muchos casos individuales, pero sin que ninguno de estos casos particulares quede totalmente absorbido en el orden jurídico. El orden jurídico - y, con él, el juez - no ve más que una sección del conflicto de intereses que se le somete, y no contempla jamás toda la plenitud de las relaciones y de la vida humana.(73) El juez que juzga sobre un contrato no ve en las partes más que los "contratantes", lo cual es ciertamente una pobrísima sección de aquellas vidas humanas. Para el juez carece de importancia lo que esas personas sean aparte de los contratantes del caso, la importancia humana que tengan, etc. Ni siquiera tiene relevancia para él el modo de influir los efectos de contrato en el conjunto de los bienes de los interesados, ni lo que signifique para uno el pago o lo que signifique para el otro. Esta limitación es generalmente necesaria; sólo así es posible una regulación abstracta y general, y sólo así es posible - como más tarde se mostrará - la libertad. Pero también puede dar lugar a trágicos resultados, especialmente en el derecho penal, cuando se condena por el hecho, sin consideración de la persona del agente. El proceso de un Oscar Wilde, por ejemplo, expresa toda la tragedia que es aquí posible, aun prescindiendo de la personalidad del juez que lo protagonizó, sin estar evidentemente a la altura de su cometido. El derecho es inseparable de un esquematismo impersonal; tampoco su justicia puede obrar si no es en el seno del esquema, en el orden abstracto.

(72) Cf. cap. VIII.

(73) Una "sección" de este tipo se produce siempre que se juzga a hombres desconocidos según escalas abstractas. Cf. Th. Litt, *Individuum und Gesellschaft*, pp. 14 y ss.

13

### CAPITULO III

## LOS FUNDAMENTOS PSICOLOGICOS DEL DERECHO

### I

La moderna psicología distingue en la estructura de la vida anímica humana la personalidad consciente, la personalidad del yo, de la capa - o, por mejor decir, capas - de la personalidad profunda.(1) La primera se caracteriza por la despierta autoconciencia, por la tensa atención del yo que puede dirigirse a los procesos del mundo interno y externo iluminándolos por momentos igual que un rayo de luz, por la voluntad consciente que dirige la vida, pone fines y decide entre diversos motivos, por el recuerdo y la conciencia de futuro, los cuales liberan de la prisión en el instante presente, por la inteligencia que abstrae de lo presente, objetiva y crea así distancia.(2) En esta capa arraiga y se funda el hecho de que el hombre sea un ser racionalmente determinado, capaz de elegir entre los motivos que se le presentan, y no dominado por el instinto como el animal. La capa personal propiamente dicha está articulada por encima de la personalidad profunda de la que vive: en ésta deben distinguirse las capas de los procesos vitales orgánicos, de los instintos y reacciones animales, del comportamiento lúdico infantil y, finalmente, de lo anímico, o vida del sentimiento.(3)

En una tal articulación las fuentes psíquicas del derecho deben buscarse evidentemente y en primer lugar en la capa de la personalidad propiamente dicha. El derecho es ordenación previsora y valorativa de la vida social; se encuentra pues en el amplio ámbito de la configuración consciente de la vida y de la existencia por el hombre. El derecho no le viene al hombre del instinto; el

1) La sección siguiente se apoya directamente en los desarrollos de E. Rothacker en su obra *Schichten der Persönlichkeit*. Se cita por la 4a. ed., Bonn, 1948.

(2) Cf. Rothacker, pp. 13-15, 56-57, 59.

(3) Cf. Rothacker, p. 63, nota 7; pp. 19, 23, 37-38, 65-69.

520

05

orden social de las comunidades humanas no se produce por acciones instintivas, como ocurre en los animales que viven en colectividades, las hormigas, por ejemplo, sino que tiene que ser creado y mantenido por decisiones conscientes; estas decisiones tienen lugar, como hemos visto, según determinadas finalidades y con desplazamiento de otros motivos; son expresión de la libertad humana, de la espontaneidad de su vida frente a la vinculación del animal al instinto y frente al crecimiento vegetativo de la planta. Esto puede afirmarse indiferentemente de las finalidades de la paz, del robustecimiento del poder y de la seguridad, o de la moralidad de la configuración justa del derecho. La escuela histórica utilizaba pues una imagen falsa cuando comparaba el desarrollo del derecho con un proceso orgánico; ignoraba que todo "desarrollo" jurídico se produce por una multiplicidad de espontáneas decisiones humanas, decisiones de legisladores, jueces, científicos y redactores prácticos del derecho. El derecho es una parte de la cura existencial del hombre y de los grupos humanos. En él se utilizan y aprovechan experiencias, se tiene en cuenta el futuro; es imposible imaginarse el derecho sin las facultades de recuerdo y de conciencia de futuro. La concepción jurídica es obra de la inteligencia humana capaz de separarse del proceso vivido del momento y de obtener de él ideas generales. Por primitiva que sea, la inteligencia humana presupone la facultad de mantener en el recuerdo un hecho social y comprenderlo en sus rasgos típicos esenciales. Todo ello muestra que el derecho es obra de la persona consciente humana.

Por eso es correcto que el derecho se atenga a esa capa del ser humano. El derecho se dirige al hombre consciente, pensante, al hombre que actúa con previsión y responsabilidad. El derecho espera que los hombres se comporten de ese modo, y los juzga desde ese punto de vista.(4) Los conceptos jurídicos de premeditación y negligencia, por ejemplo, son en el fondo exigencias puestas al hombre. Figuras jurídicas mentales como las del *bonus paterfamilias* convierten incluso en ideal jurídicamente vinculante el tipo de personalidad consciente que se levanta por encima de la vida del instinto y del sentimiento.

Pero ese hecho no excluye la posibilidad de que en el contenido del derecho penetren influencias de capas de la personalidad profunda. Igual que el hombre obtiene su vitalidad de las profundidades del alma,(5) también da forma a su

((4) Cf. sobre toda esta problemática el estudio de conjunto de Wilzel, *Persönlichkeit und Schuld*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 60, pp. 435 y ss.

(5) Cf. Rothacker, pp. 10-11.

derecho utilizando materiales que proceden de ese oscuro mundo de lo emocional y sentimental. El proceso de la formación del derecho es decisión consciente. Pero el contenido que le hombre dé a su orden social, las tendencias que inhiba y las que favorezca, resultan del sentimiento y de las tendencias vivas en su alma, y de la energía y jerarquía de éstas. Ellas suministran el material sobre el cual elige la decisión consciente que lo forma y configura, y la intensidad de instinto y sentimiento influye en el contenido de la decisión. En este sentido no es comprensible el orden jurídico sino partiendo del contenido sentimental y volitivo del hombre, igual que las demás creaciones de su espíritu.

Con esto se plantea la cuestión de averiguar qué sentimientos, instintos y tendencias influyen en la conformación del derecho - el problema, esto es, de los fundamentos psicológico - profundos del contenido del derecho.

En este punto puede uno inclinarse a indicar un determinado sentimiento moral, el *sentimiento del derecho*; los juristas lo han hecho así efectivamente.(6) Pero describese como se quiera ese sentimiento - como sentimiento de lo que debe ser el derecho o como sentimiento de lo que debe ser en correspondencia con el derecho dado,(7) o como sentimiento de respeto del derecho ajeno y de la personalidad ajena(8) - pronto se ve que no basta con esa alusión. O bien ese sentimiento del derecho es un fenómeno de suma complejidad - como es el caso cuando se sigue la definición de Riezler - en el que pueden distinguirse muy diversos componentes sentimentales, o bien - como en el caso de Hoche(9) - es un sentimiento moral que desempeña ciertamente un papel decisivo como sentimiento de valor en el momento de originarse el derecho, pero que no es por sí mismo el único fundamento sentimental del orden jurídico.

Lo mismo ocurre con el concepto de conciencia jurídica. Incluso con más claridad se presenta en este caso la dificultad planteada. La palabra *conciencia* no es unívoca.(10) La expresión "conciencia jurídica" significa por sí misma - considerada de un modo estrictamente lingüístico - sentimiento jurídico hecho

(6) Se hallará una exposición detallada en Riezler, *Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen*, 2a. ed., Munich, 1946 junto con cuidadosa y completa bibliografía.

(7) Así Riezler, p. 8.

(8) Así Hoche, *Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik*, p. 12.

(9) Especialmente radical es en este sentido Husserl, según el cual no existe un sentimiento del derecho, sino un sentimiento de la justicia. Cf. *Recht und Welt*, en *Husserl Festschrift*, pp. 147-148.

(10) Cf. Riezler, p. 23

consciente, sentimiento jurídico llevado con sus exigencias a conciencia. Pero cuando se habla de la conciencia jurídica de una época o de un pueblo se piensa en la pléthora de las diversas ideas axiológicas subyacentes a la organización social de que se trate: libertad personal, por ejemplo, autonomía contractual, libertad, democracia, libertad de religión y de pensamiento, etc.(11) En las modernas constituciones suelen expresarse en los artículos sobre los derechos fundamentales. Pero no es esa una forma necesaria de manifestarse. Hay, por el contrario, épocas que no han sido absolutamente capaces de llevar a conciencia, con total claridad, el sistema de valores sociales de que vivían, ni capaces por lo tanto de formularlo en forma de principios. Pese a ello, no hay duda de que han vivido sobre la base de un tal sistema, ni de que de él han obtenido sus ordenamientos jurídicos. Carecemos de nombre adecuado para esa fase. La expresión "sentimiento del derecho" es demasiado estrecha.(12) Sería mejor volver a la vieja expresión "espíritu del pueblo"; pero ésta es demasiado indeterminada. Habría que hablar de una conciencia jurídica inconsciente, pero la construcción sería paradójica, lingüística y lógicamente imposible. Lo que en esas épocas se presenta en la conciencia no es precisamente el sistema de valores subyacente al orden jurídico; la sociedad es aún incapaz de expresar ese sistema de valores; lo que llega a conciencia es entonces más bien la regla jurídica particular y la formalidad jurídica. La conciencia jurídica de tales épocas es un saber acerca de cómo se ha procedido siempre, un saber jurídico, pues, atenido a la situación jurídica concreta e individual, pero con cierta generalidad inmediata. En cambio, en épocas más desarrolladas jurídicamente, se pierde ese tipo de saber, porque las condiciones de la vida se hacen más complicadas: el saber jurídico se convierte en privilegio de los especialistas, de los juristas. El contenido de la conciencia jurídica se limita entonces esencialmente a los valores fundamentales en que se basa el derecho con sus centenares de reglas particulares.(13) Junto con ese contenido esencial, la conciencia jurídica del individuo - muy dependiente de su posición social - puede presentar también

(11) En ese amplio sentido se entenderá aquí el concepto de conciencia del derecho. Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 120, habla, sin embargo, de sentimiento del derecho en este contexto.

(12) Cf. *infra*, p. 68-69.

(13) Esta separación es, por lo demás, una situación peligrosa para el derecho. La generalidad significa muchas veces pérdida de sensibilidad para apreciar el valor del instituto jurídico particular; a la inversa, el jurista tiene la vista demasiado fija en la institución particular y no en su sentido moral.

algunas reglas generales de importancia y una selección bastante casual de reglas particulares. En cada fase cultural, y prescindiendo de las variantes individuales, la expresión "conciencia del derecho" o conciencia jurídica designa pues contenidos básicamente diversos y requiere, por lo tanto, una ulterior precisión. La entenderemos aquí en el sentido moderno de conciencia de los valores que organizan el orden jurídico y de las reglas fundamentales resultantes.(14) La conciencia jurídica en este sentido no puede reducirse unilateralmente a una sola componente, pues en ella interviene activamente toda una serie de corrientes psíquicas. Pasaremos ahora a considerar esas corrientes.

Para empezar esa consideración hay que distinguir entre aquellos esfuerzos o tendencias y percepciones axiológicas (por vía de sentimiento) que se presentan como fuerzas motoras y organizadoras del *orden jurídico* de los hechos sociales y aquellas otras que se encuentran en la base misma de los *hechos y procesos* sociales en cuestión, influyendo así, naturalmente, en el contenido concreto del derecho. La existencia misma del derecho descansa en fundamentos psíquicos diversos de aquellos que sostienen la conformación específica de un material jurídico determinado. Los primeros condicionan las tendencias generales y básicas del derecho, de las que hablamos en el capítulo anterior; los últimos viven en el acontecer social mismo, que constituye el material del orden jurídico.

Por empezar con los primeros, puede decirse que el deseo de orden, de paz y de seguridad está profundamente arraigado en la vida anímica del hombre. El último, sobre todo, y como ya se ha indicado numerosas veces, va junto con el terror del hombre ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido. El hombre querría asegurar y garantizar su propia persona y su felicidad, y eliminar de su existencia el azar y el destino. A ese fin se orienta la seguridad jurídica en la medida en que los peligros considerados pertenecen a la vida social. La seguridad jurídica intenta eliminar la violencia, ya sea la que viene de arriba - el despotismo - ya la que viene de abajo - la revolución -, pues una y otra son amenazas a la existencia social del hombre. En este sentido está el derecho en interrelación con el general sentimiento humano de la vida, con la universal angustia vital que se presenta como opresión del sentimiento.(15) El derecho se propone ser un instrumento para superar

(14) Cf. en el mismo sentido F. Klein, *Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams*, pp. 47 y ss.

(15) Cf. Lersch, *der Aufbau des Charakters*, Leipzig, 1938, p. 59.



520 05

aquel temor. Por eso - y este es el reverso de la medalla - una vitalidad robusta, un sentimiento vital intenso y exacerbado, pueden sentir el derecho como fatiga y muerte de la vida, como dispositivo a cuya sombra no pueden desarrollarse el fuerte ni el sano, y bajo cuya protección no se intenta sino sustraerse al destino. El estado de ánimo de "aquel que es capaz de mirar a la muerte cara a cara" renuncia al derecho y lo siente casi como humillación del hombre. (16)

La relación del derecho con la humana voluntad de poder es compleja. Por una parte, el orden jurídico puede constituir una limitación del poder: así, por ejemplo, el derecho constitucional obra como limitación del poder del monarca, y el derecho esclavista sirvió en la Roma del siglo II de nuestra era como limitación del poder del *dominus*. Pero el derecho puede sancionar también o legitimar posiciones de poder y fuerza; en ese caso lo que asegura es el poder, y se pone al servicio de la voluntad de poder del hombre. (17) La aspiración a asegurar el poder es también, por ello mismo, un factor psicológico esencial de la formación del derecho.

Las tendencias morales del derecho arraigan por de pronto en el sentimiento del derecho. Al igual que Hoche, vemos la esencia de esas tendencias morales en el sentimiento de "respeto por el derecho subjetivo presente en el otro", en el "sentimiento de respeto a las pretensiones de la personalidad ajena, con un criterio de reciprocidad". (18) Como justamente ha subrayado Hoche, se trata de una realidad emparentada con los sentimientos de tacto, respeto y consideración, orientada por el valor justicia, y constitutiva, como sentimiento moral, de la suprema instancia emocional y la suprema fuerza moral en la formación del derecho. Sin duda ese sentimiento exige justicia no sólo para los demás, sino también para su propio portador, y en este sentido se encuentra también en estrecha conexión con el amor propio del hombre y las pretensiones y reivindicaciones basadas en él. Por eso el sentimiento jurídico ofendido pide compensación y venganza, "proyección externa de la idea de la personalidad". (19)

(16) Otros fundamentos tiene el hecho de que el existencialismo no valore positivamente el derecho. La causa es probablemente que el derecho se interpone entre el hombre y su destino, y es un obstáculo para que aquél llegue a sí mismo. Cf. Heidegger, *Sein und Zeit*, pp. 282 y ss.

(17) Entre los fines supremos del derecho y la voluntad de poder existe sin duda una contradicción. Cf. *infra*, pp. 85 y ss.

(18) Hoche, *Rechtsgefühl*, p. 12, pp. 17-25.

(19) Mezger, *Strafrecht*, p. 10.

El sentimiento del derecho exige, pues, respeto del derecho propio, pero limita también las pretensiones propias al considerar y respetar las pretensiones ajenas. El sentimiento del derecho actúa en la conciencia, y reacciona con sentimientos de disgusto no sólo a las lesiones de la posición jurídica del propio sujeto, sino también a las lesiones sufridas por el derecho en la persona de otro. Las grandes luchas por el derecho ofrecen ejemplos de ambas circunstancias. Sin duda, la participación sentimental en la violación del derecho ajeno se limita primero a los compañeros del propio grupo. (20) Pero lo característico del sentimiento del derecho es una intensa aspiración a la igualdad; (21) el sentimiento del derecho exige que casos iguales sean tratados del mismo modo; exige igualdad de tratamiento también para las personas, en la medida en que lo permitan diferencias de rango basadas en otras líneas valorativas. (22) Las reacciones del sentimiento del derecho son violentas, pues pone en movimiento considerable energía anímica. Así se comprueba en toda circunstancia de lucha por el derecho o por un derecho; es vieja experiencia de la propaganda política la de que en la lucha debe apelarse lo más posible al sentimiento del derecho, y movilizarlo en favor propio.

Si pasamos a la consideración de las fuentes anímicas del material jurídico concreto, tropezamos en seguida con toda la pléthora de las aspiraciones y valoraciones humanas. Pues lo que el derecho organiza es el complejo de los intereses humanos, intentando decidir y superar sus contradicciones. Pero esos intereses humanos que luchan en la vida social, se reducen a las aspiraciones emocionales y sentimentales del hombre. Se trata de "aspiraciones" subyacentes a los intereses. (23) Todas esas aspiraciones, en la medida en que obran en el mundo social y determinan el comportamiento del hombre en la comunidad, son relevantes para el derecho. Esta afirmación vale tanto de los impulsos animales del hombre cuanto de su sensibilidad y de sus aspiraciones espirituales. Hemos

(20) Cf. *infra*, p. 77.

(21) Cf. Riezler, *loc. cit.*, p. 105.

(22) Así pues, el sentimiento del derecho no exige igualdad como tal; nivelación y envidia no son lo mismo que sentimiento del derecho; cf. sobre esto Hoche, pp. 2 y 23, aunque tras la exigencia de igualdad se esconden muchas veces también sentimientos de envidia. Cf. Brinckmann, *Soziologische Theorie der Revolution*, p. 9. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, p. 24.

(23) Heck en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 112, p. 245 - Por lo demás, Heck comprende el sentimiento del derecho como sentimiento de placer provocado por la satisfacción de las propias aspiraciones por el derecho, lo cual es, sin duda, demasiado estrecho. Cf. *loc. cit.*

aludido ya a la *voluntad de poder* del hombre; frente a ella, y con la misma importancia para la constitución del grupo humano, se encuentra el *instinto de sumisión*. La *necesidad de contacto* es también un fundamento de la constitución de grupos humanos. Cuando se trata de una institución como el matrimonio intervienen, además, otros factores anímicos.(24) La *alegría de la posesión* es de importancia decisiva para el desarrollo de un orden de la propiedad. Frente a la inordinación en el grupo se pone la innata aspiración a la *libertad*.(25) Y a todo ello hay que añadir los sentimientos espirituales del hombre, *su aspiración a la realización de valores morales, su emoción ante lo sagrado y lo hermoso*. Todos ellos obran como tendencias e incitaciones en la vida social, y determinan también parcialmente el derecho, el cual tiene que considerarlos en su contenido.

El instinto de autoafirmación y el sentimiento del propio valor y del valor personal cobran especial relevancia en este contexto. La voluntad de autoafirmación se funde con la exigencia de seguridad, que es uno de los fundamentos del derecho; pero también en otras muchas de sus facetas toma en consideración el orden jurídico esa voluntad de autoafirmación del individuo: tal es, por ejemplo, el caso, del derecho de excepción. Como ya hemos indicado, el amor propio determina el carácter de la reacción primaria a la lesión de derecho: la venganza. La lesión del derecho se experimenta siempre primitivamente como lesión o violación de la personalidad. En este sentido puede decirse, como en arcaizante lenguaje ha hecho Ulrich Stutz, que "al principio fue la fechoría".(26) Por eso la compensación de la lesión del derecho es satisfacción de la voluntad de venganza. El sentimiento del propio valer fundamenta, además, la exigencia de honra y honores del hombre, cuya protección es un *topos* eterno del orden jurídico. Pero el sentimiento de la propia personalidad es de importancia para todo el derecho aun por encima de ese nivel de protección del honor, porque ese sentimiento suministra las escalas de la igualdad y la desigualdad de los hombres y completa y concreta así el sentimiento del derecho en un punto de básica importancia. El sentimiento del propio valor

(24) Cf. Vierkandt, *Gesellschaftslehre*, 2, pp. 188, 450.

(25) Cf. Rothacker, pp. 26-27, a propósito de la temprana aparición biogenética del instinto de libertad.

(26) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germanistische Abteilung*, vol. 49, p. 10.

- o de la propia falta de valor - puede medirse con muy diversas escalas, según las circunstancias: robustez corporal, origen aristocrático, poder y riqueza, consagración religiosa, excelencias intelectuales y morales. Todas esas escalas resultarán relevantes para el orden jurídico en su totalidad, así como para la estructura política, la articulación social, la determinación de las indemnizaciones en casos de lesiones de todo tipo, etc.(27) Por último, la voluntad de poder y la aspiración a la libertad se encuentra en íntima conexión con el instinto de autoafirmación y con el sentimiento del propio valor; se trata de un grupo entero de tendencias y aspiraciones emparentadas las unas con las otras y que adquieren aquí relevancia para la configuración del orden jurídico.

Tanta importancia como el amor propio del individuo y los impulsos y las aspiraciones correspondientes a él, tienen el *sentimiento de grupo* para la estructura del orden jurídico. El hombre es un ser de colectividad; no existe un supuesto hombre aislado tal como lo exhibía el iusnaturalismo de la Ilustración, tomándolo como punto de partida de su doctrina del derecho y de la sociedad.(28) El hombre vive colectivamente, en grupo con otros hombres. En el origen se disolvía enteramente en la vida del grupo, y su amor propio, el sentimiento de su propio ser, arraigaba plenamente en el sentimiento de su pertenencia al grupo. "El individuo germánico", enseña Gronbech,(29) "...no existe más que como representante, o, mejor, como personificación de un todo... cuanto más entra el alma en acción, tanto más se disuelve la personalidad en la *Sippe*". La misma afirmación fundamenta Köhler(30) respeto de los israelitas de la época pre-profética: "Para la Revelación del Antiguo Testamento, el hombre pertenece sin más al todo dimensional sociológico; no hay hombres más que en plural... Un hombre no es hombre; hombre es el hombre sólo en y como miembro de un grupo".(31) Sólo más tarde se constituye el sentimiento propio individual del que antes hemos hablado. Pero también una vez formado este sentimiento sigue

(27) Como ejemplo característico puede citarse la gradación de las indemnizaciones en los derechos nacionales germánicos de la época de las migraciones. (Por "migraciones" - *Völkerwanderungen* - entienden los autores germánicos lo que en el mundo latino llamamos "invasión de los bárbaros". - N. del T.)

(28) Cf. Vierkandt, *Gesellschaftslehre*, pp. 158-159. En el mismo sentido se expresaba ya, por lo demás, Puchta en su *Gewohnheitsrecht*, 1828, p. 134.

(29) *Kultur und Religion der Germanen*, I, p. 30.

(30) *Theologie des Alten Testaments*, p. 113.

(31) Textos en Mensching, *Soziologie der Religion*, p. 162.

sintiéndose el individuo miembro del grupo. El grupo vive en él mismo, en su individualidad; el individuo siente el grupo como parte de sí mismo, y él a su vez vive en él y con él. Esta afirmación vale especialmente de las masas, en las cuales suele mantenerse robustamente la conciencia colectiva incluso en épocas de cultura muy individualista. Las exigencias del grupo obran en el alma del individuo cualificadas con el sentimiento del deber; el individuo considera como causa propia la afirmación del grupo en el mundo, causa a la cual puede sacrificarse sin perderse a sí mismo, y hasta ganándose, por el contrario. (32) Los conflictos entre el individuo y la comunidad pueden desarrollarse en el alma del hombre mismo, pero también la disolución de la mismidad individual en la comunidad puede ser concebida como suprema consumación y como último ensanchamiento del yo.

Este hecho es de gran importancia para la estructura del orden jurídico. El hecho de que el hombre se sienta miembro de una familia, de una iglesia y de una nación, cuyos intereses considera propios, tiene una influencia suma en la conformación de la vida social y del derecho. Más adelante consideraremos la importante circunstancia de que ese sentimiento de grupo, precisamente, es el que hace principalmente soportables las limitaciones que el orden jurídico impone al individuo y a sus aspiraciones - haciendo así, propiamente, posible el orden jurídico en la práctica. Por el momento, hay que destacar que esa conciencia de grupo influye también poderosamente en el contenido de su conciencia jurídica. El impulso vital, la voluntad de existencia de los diversos grupos penetran así como exigencias legítimas en la conciencia jurídica. (33) Las exigencias y reivindicaciones de una asociación frente a otra - un estado frente a otro, por ejemplo, o una iglesia frente al estado - se sienten como exigencias jurídicas con la misma intensidad que las exigencias puestas por el individuo mismo. Piénsese en la voluntad francesa de recuperar Alsacia-Lorena, en el irredentismo italiano o en el trágico papel desempeñado en la historia por los territorios en litigio entre Alemania y Polonia. La lesión o numillación del "derecho vital" del grupo se siente como ofensa personal y promueve las mismas exigencias de reparación y venganza que la lesión del

32) Cf. Litt, *Individuum und Gemeinschaft*, 1a. ed., pp. 90-91, 100, 106.

33) Recuérdese la malfamada fórmula del "sagrado egoísmo de las naciones". Cf. Riezler, *Rechtsgesühl*, p. 55 y ss.

individuo. Incluso puede considerarse fenómeno destacado de nuestra época el que las mociones del sentimiento de grupo nacional y de la voluntad nacional de autoafirmación suelen ser más violentas e irrefrenadas que las del hombre medio ante una lesión de su persona. Mientras que, por ejemplo, el duelo se considera cada vez más unánimemente residuo injustificado de épocas superadas, la voluntad nacional de autoafirmación, que es lucha por el honor colectivo y no, como el duelo, por el personal, sigue movilizándolo mucha disposición a luchar, aunque sin duda no tan plenamente como hace tiempo. (34) Del mismo modo se sienten las violaciones internas del grupo como ruptura del derecho, y suscitan igualmente exigencias de venganza; piénsese por ejemplo en las emociones prácticamente histéricas que se suscitan en tiempos de guerra - cuando el sentimiento de grupo está especialmente vivo y activo - ante casos de traición y aún más ante la mera sospecha de tales casos.

Todo eso se imprime en la conciencia jurídica y en el orden jurídico. En ningún derecho penal faltan disposiciones sobre la alta traición, y las penas son por lo general muy importantes, y en la mayoría de las veces la capital. El fenómeno no es muy comprensible con métodos estrictamente racionales, sino sólo teniendo en cuenta las emociones elementales del espíritu del grupo, el cual domina al hombre moderno en medida mucho mayor de la que él mismo querría reconocer y de la que admiten los ideales culturales por así decirlo oficiales que él mismo se pone y que considera dignos de obediencia. En este punto el hombre moderno está aún muy cerca del primitivo.

No debe, naturalmente, ignorarse que no existe un abstracto sentimiento de grupo como tal, sino sólo en determinada concreción histórica. En las diversas épocas y en los diversos pueblos han existido grupos muy distintos en el papel de sumos cristalizadores de la intensidad sentimental. Así por ejemplo, el sentimiento de comunidad o pertenencia a la familia en sentido lato ha perdido constantemente intensidad en la Europa moderna, mientras que durante siglos fue de la mayor importancia. Por lo que hace a las grandes comunidades o asociaciones, la comunidad confesional era en los siglos XVI y XVII mucho más fuerte que la comunidad nacional. Hoy la relación entre ambas es más bien

(34) Cf. las observaciones de Vierkandt, *Gesellschaftslehre*, 2a. ed., pp. 356, 366, 368.

inversa.(35) Por otra parte, el sentimiento nacional ha demostrado sorprendentemente su intensidad frente al sentimiento de clase del proletariado. También estas oscilaciones son, naturalmente, de mucha importancia para la conciencia jurídica; en el fondo, las condenas por herejía, condenas que el hombre moderno cree haber superado definitivamente, son exactamente de la misma naturaleza que las penas por alta traición: en ambos casos se trata de aniquilar al enemigo del grupo.(36)

Puede decirse, en resumen, que el sentimiento de grupo, vivo en el alma del individuo, se imprime en la conciencia jurídica exactamente igual que la voluntad de autoafirmación.(37)

Pero la conciencia jurídica no es naturalmente la conciencia de la mera existencia de todas esas aspiraciones y de todos esos instintos relevantes para la vida social. Si no fuera más que eso, coincidiría prácticamente con la conciencia de sí mismo. Lo característico de la conciencia jurídica es más bien el hecho de que confiere a todas esas tendencias, y desde el punto de vista de la convivencia en la comunidad, una determinada significación en el momento mismo de recogerlas, *valorarlas y limitarlas*. La conciencia jurídica es una *conciencia de valores*, un saber acerca de la existencia de determinados valores en la vida social, y una *conciencia jerárquica* que ordena y articula esos valores, los jerarquiza y fija así cuál es el lugar de cada uno debe ocupar en la vida social. Cuando, por ejemplo, el interés del grupo choca con la voluntad de autoafirmación y desarrollo del grupo, ya sea en la guerra, ya sea en el terreno económico o científico, la conciencia jurídica tiene que determinar cuál es el interés, cuál es la voluntad que goza de *preeminencia*.

¿A qué instancia apela la conciencia jurídica para conseguir ese juicio de valor? ¿Qué tendencias deciden de si un instinto humano o una voluntad humana

(35) Desgraciadamente, la fuerza del espíritu de grupo y el tipo de grupo portador de esa conciencia pueden aprenderse también en la historia de las guerras y las persecuciones, así como en sus motivos; ése es un síntoma de la violencia de sus emociones. El relativo humanitarismo del siglo XVIII se debió probablemente en parte al hecho de que las comunidades confesionales empezaban a perder su fuerza separatoria del género humano, mientras las comunidades nacionales no la habían adquirido aún en grado suficiente.

(36) Cf. Mensching, *Soziologie der Religion*, pp. 211 y ss., 227.

(37) Isay ha visto justamente el papel del sentimiento de individualidad y el de grupo (*Rechtsnorm...*, pp. 88 y ss.); pero yerra al ignorar la importancia de la justicia como valor objeto de la intención primaria del sentimiento jurídico.

serán inhibidos o promovidos por la conciencia jurídica? Las primeras instancias que hay que tomar en cuenta son las tendencias fundamentales ya citadas: la voluntad de paz y la de seguridad. Éstas dan criterios de valor desde el punto de vista de la evitación de violencia, y valoran por lo tanto positivamente la estabilidad de la situación existente. A ellas se añade el sentimiento del derecho con su tendencia a conceder a todo hombre y a todo fenómeno de la vida social el respeto debido - con su tendencia a dar lo suyo a cada cual. Pero el sentimiento jurídico requiere ulteriores escalas o criterios, y los toma de la *conciencia moral* general. El sentimiento del derecho no existe aislado, sino que se encuentra en viva conexión con el conjunto de la conciencia valorativa moral. Por eso y a través de ésta recibe escalas, criterios y precisión. La valoración obra de la conciencia jurídica se encuentra pues en estrecha relación con la *conciencia moral*, tal como se manifiesta vivamente al hombre en la *conciencia individual*.(38) Por eso es tan a menudo la decisión jurídica una decisión en y de conciencia. En la conciencia se revelan al individuo - sin duda de un modo ligado siempre a la situación concreta - su conciencia moral y la jerarquía de valores a cuya realización aspira emocionalmente. La conciencia le obliga a practicar en un determinado sentido - en el sentido precisamente de la jerarquía que él mismo vive, o sea, en el sentido de conceder preeminencia al motivo más valorado - la elección entre los motivos que le asaltan, elección que, a diferencia de lo que ocurre al animal, dominado por el instinto, es esencialmente posible al hombre.(39) La jerarquía de valores, viva en la conciencia del individuo, se funde también con los demás elementos de su conciencia jurídica. Del mismo modo que la conciencia decide qué tendencias deben prevalecer en la vida del individuo, así también decide la conciencia jurídica cuáles son las tendencias que deben predominar en la vida social. Por ello no es casual que hayan existido épocas y pensadores que identificaron justicia y moralidad personal. Así, por ejemplo, el concepto de justicia del Antiguo Testamento no significa sólo la juridicidad de la vida social, sino la vida moral en general; así también ha puesto Platón en paralelo en su *República* la estructura moral de la personalidad con la de la justicia en el estado, llamando, a ambas, "justicia".(40) No obstante, es

(38) Cf. en el mismo sentido F. Klein, *Die Grundlagen...*, p. 32.

(39) Cf. Rothacker, p. 76, y Welzel, *loc. cit.*, pp. 433 y ss.

(40) Cf. *Politeia*, IV, 441e y 443d.

16

520

05

imposible identificar simplemente la conciencia jurídica con la conciencia moral, y la conciencia jurídica actual con la conciencia en general. Sin duda tienen en común la circunstancia de encenderse en el caso individual, en la situación concreta; pero son diversas por sus contenidos. En comparación con la conciencia moral, la conciencia jurídica se presenta como entidad derivativa y secundaria, por más que históricamente ambas se hayan diferenciado simultáneamente a partir de una raíz común.(41) La conciencia moral aparece sin duda reflejada en la conciencia jurídica, pero como desviada, por así decirlo, relacionada con una determinada tarea y sólo, por lo tanto, como conciencia moral fragmentaria.(42) La conciencia moral y la mera conciencia se refieren a la vida individual en su totalidad; la conciencia jurídica no se refiere más que a la convivencia en un determinado grupo. La conciencia se orienta pura y directamente a la realización del supremo valor moral de que está poseído el individuo en su vida; la conciencia jurídica se basa exclusivamente en la justicia, en su aspiración a reconocer a todo y a todos según sus propios valores en la vida social. La conciencia jurídica no toma de la conciencia moral, de la conciencia, más que las valoraciones que necesita para esa concreta tarea. Nada más de ésta penetra en la conciencia jurídica.

Por otra parte, la conciencia jurídica se orienta exclusivamente a la existencia colectiva del hombre: por eso sus peligros de desviación son también diversos de los propios de la conciencia moral. Mientras que la conciencia moral es engañada fácilmente por deseos del individuo - que se presentan luego a la conciencia de éste en forma idealizada, según un frecuente tipo de autoengaño -, la conciencia jurídica se ve más bien amenazada por intereses de grupo que se revisten con el ropaje de intereses morales y absolutos, o hasta sin disfraz moral alguno se imponen, gracias al poderoso apoyo del sentimiento de grupo, a las valoraciones de la conciencia moral, análogamente a como ocurre con los instintos e inclinaciones del individuo, enfrentados a la sentencia de su conciencia.

Por último, la justicia, con su tendencia a mantener el orden jerárquico moral también en la vida social, no es el único motivo que interviene en la conciencia jurídica y se expresa o manifiesta en ella; hemos visto ya cómo se oye junto a

(41) Cf. *infra*, p. 79.

(42) Cf. la exposición de Scheler sobre la formación de la moral social, la cual se encuentra en análoga relación con la conciencia moral: *Der Formalismus...*, pp. 179-181.

su voz la de la voluntad de paz y seguridad de lo existente; este motivo determina y condiciona necesariamente otra desviación de la conciencia jurídica: por así decirlo, estrecha de algún modo la puerta por la cual puede entrar la conciencia moral en la conciencia jurídica. Sólo en la medida en que lo permiten la voluntad de paz y la de seguridad pueden imponerse con la justicia las escalas y los criterios morales. La conciencia jurídica del hombre toma, pues, sus escalas y sus criterios de la conciencia moral, pero no exclusivamente de ella. Junto con las valoraciones propiamente morales, penetran también en la conciencia jurídica otras tendencias esencialmente diversas.

## II

Hemos intentado aclarar los fundamentos psicológicos del derecho presentes en la conciencia del individuo. Pero esa investigación sería incompleta y falsa si no tuviéramos en cuenta la gigantesca influencia que ejerce sobre la formación de la conciencia jurídica el espíritu del grupo.

El espíritu de grupo está vivo en el individuo, y, como hemos visto, el individuo siente como propios los intereses del grupo. Pero su influencia es aún mayor. Pues también las valoraciones con cuya ayuda se concreta el sentimiento jurídico según determinadas escalas y determinados criterios y con las cuales jerarquiza y ordena las fuerzas sociales, le vienen al individuo ante todo del grupo en que vive.(43)

El hombre nace en determinados grupos, crece en ellos y constituye su propio sentimiento del valor asumiendo ante todo las valoraciones que encuentra ya cristalizadas en su familia, su iglesia, su nación, etc., del mismo modo que asume la lengua, los usos y las costumbres de dicha comunidad.(44) Los hombres que vivieron antes que él en la comunidad han creado un acervo de juicios y valoraciones morales y una conciencia jurídica que han sobrevivido a su muerte y se transmiten de generación en generación hasta que la tradición se quiebre en

(43) Cf. Klein, *loc. cit.*, pp. 35-36. Klein se refiere a la sociedad "civilizada", pero lo mismo puede decirse de la primitiva, incluso con mayor seguridad aún.

(44) Cf. Litt, *Individuum und Gemeinschaft*, p. 44.

algún momento. El joven crece en esa tradición, la asume y la hace suya. Su propio sentimiento del valor se forma por las instrucciones que haya explícita y tácitamente en la sociedad, las cuales le orientan compulsivamente en una determinada dirección. Seguramente han existido y existen, como decía Lessing, muchos "Rafaelés sin manos", que no han podido descubrir nunca cuál era su propio ser personal. La mayoría de los hombres asume sin más comprobación las valoraciones que le impone la tradición social, algunos examinan críticamente unas pocas, y no hay hombres que las ponga todas en tela de juicio. La mayoría de los miembros del grupo las recogerá como principios evidentes, sin vivirlas siquiera ellos mismos; otros las realizarán por propia vivencia, acordándose con ellas; algunos pocos se sublevarán definitiva y personalmente para rechazarlas. Por lo demás, también esta asunción de la tradición tiene un gran valor: aunque inhiba a algunos espíritus de primera calidad, sostiene la vida de la muchedumbre y la mantiene en la vida social a un nivel medio superior al que probablemente habría alcanzado esa muchedumbre viviendo desde su propio auténtico ser. Así va perviviendo la conciencia jurídica en el grupo con ligeras oscilaciones hasta que una gran conmoción externa de la estructura social interrumpe la tradición o - cosa menos frecuente - hasta que tiene lugar un radical examen crítico de la tradición en base a nuevas comprensiones y valores: "Habéis oído... Pero yo os digo..." El grupo es, pues, el medio en el cual vive la conciencia jurídica y el agente que forma la del individuo: ese agente es la nación, la Iglesia, el estado en el que el individuo nace y crece. Como valoración de grupo vive también la valoración en el individuo, en forma de juicio de "los demás", de los observadores, como ha dicho Vierkandt gráficamente. (45) Frente a los deseos y a las tendencias del individuo, la valoración de grupo se yergue como juicios del sujeto impersonal: eso no se hace, hay que hacer lo otro, etc. El fenómeno es de extraordinaria importancia. Las exigencias puestas por la conciencia moral se sienten, en efecto, como concepciones y exigencias del grupo y toman nueva fuerza de éste, es decir, no se viven como exigencias de un sentimiento jurídico autónomo y aislado, sino también como propias del grupo por cuya existencia y con cuya fuerza están relacionadas. Conciencia de grupo y conciencia jurídica son fenómenos estrechamente ligados. (46)

(45) *Gesellschaftslehre*, 2, p. 407; cf. Litt, pp. 37-38, 146.

(46) Cf. Nohl, *Die ethischen Grunderfahrungen*, p. 16 (sobre el papel de la autoridad y de la tradición).

Por eso no puede asombrar el que en épocas históricas remotas la conciencia del derecho, en la medida en que aún podemos estudiarla o rastrearla, esté ligada al grupo (tribu o nación). Las valoraciones y vinculaciones jurídicas no vigen más que en el seno del grupo. El hecho se expresa en la circunstancia de que el extranjero, el que no pertenece al grupo, no se considera cosujeto de derecho. No hay deberes jurídicos que le protejan, porque no pertenece al grupo. Mientras no se le acepte como huésped de un miembro del grupo, carecerá de protección jurídica; como extranjero simplemente, carece de derecho y de derechos. Lo mismo ocurre con el expulsado por el grupo, el proscrito al que se niega la paz. También él vive sin derecho, pues no le incluyen las normas del grupo.

La misma ligazón al grupo se nos presenta en las culturas antiguas en el ámbito de la religión y de la moral. Al derecho de grupo corresponden la moral de grupo y la religión nacional. (47) Ambas son productos culturales ligados a determinados grupos. Los dioses son dioses de la familia, de la tribu o del estado; la familia, la tribu o la *polis* son las portadoras del culto religioso. La moral es la ley del grupo.

La moral de grupo determina el contenido del orden jurídico. El derecho no puede prohibir sino lo que condena la moral del grupo. (48) En este punto - y con todas las reservas que deben hacerse ante tales esquemas - puede comprobarse un desarrollo que es, hasta cierto punto, típico. (49) En los tiempos más antiguos y especialmente por lo que hace al derecho penal, son decisivos los tabús e ideas análogas del grupo. Los tabús determinan preceptos destinados a proteger al grupo de la peligrosa influencia de las potencias demoníacas. El que viola esos preceptos debe ser aniquilado en defensa del grupo - y tal parece haber sido el sentido originario de las ordalías (50) - o bien someterse a un procedimiento ritual de purificación. (51) Representaciones mágicas intervienen también en el derecho contractual y mercantil cuando éste existe. La vinculación contractual

(47) Cf. Mensching, *Soziologie der Religion*, cap. I.

(48) M.E. Meyer (*Rechtsnormen und Kulturformen*) ha subrayado esta circunstancia en los tiempos modernos también, probando que las normas admitidas por Binding como presupuestos de las leyes penales no son principios jurídicos, sino preceptos de la conciencia cultural de la nación.

(49) Cf. el esquema del desarrollo de la religión en Mensching, *Soziologie der Religion*, pp. 20-22.

(50) Lévy-Brühl, *La mentalité primitive* (París, 1922), pp. 265 y ss., pp. 275 y ss. (Traducción castellana, *La mentalidad primitiva*, Buenos Aires, Lantaró, 1945.)

(51) Cf. Mensching, *op. cit.*, p. 71.

17

520 05

se establece por prácticas mágicas y mediante el uso de fórmulas mágicas tanto en el seno de grupos determinados cuanto en el gráfico entre grupos. Ideas religiosas, moral de grupo y preceptos jurídicos se encuentran, pues, en esa fase histórica, en indistinta conexión.

En una fase ulterior, se presenta, en contraste con la primera, cierta moralización. Los tabús y las ideas mágicas retroceden en el ámbito de la vida jurídica, aunque sin duda siguen influyendo durante mucho tiempo. Empiezan a formarse ideas morales en sentido propio y a obrar en el derecho, igual que en la religión. El derecho se presenta entonces, igual que la moral, como precepto de los dioses. Pero al modo como éstos siguen siendo divinidades nacionales, así también los preceptos morales y jurídicos se sientan aún como bienes específicamente nacionales; son preceptos dados al grupo (a la tribu, a la *polis*, a la nación); su validez se limita al grupo.

En las grandes culturas se presenta más tarde un momento en el cual desaparece ese tipo de vinculación particular. Lo sagrado, lo moral y lo jurídico que depende de esto último, se presentan al hombre como "absolutos", desprendidos de las ataduras al grupo y al espíritu de grupo y con unas dimensiones enormemente superiores a las de éste. Se inicia una disociación; los valores que hasta entonces se presentaban a la conciencia como indivisa unidad revelan su especificidad; el hombre toma conciencia de ella y reconoce con asombro su independencia posible respecto de la existencia del grupo. Grandes genios permiten a la humanidad dar ese paso; ello ocurre en las grandes épocas del desarrollo de las culturas. En el ámbito religioso, pertenece a esta fase la obra de los profetas hebreos. (52) En la historia griega, ocupa y preside este momento la figura de Sócrates, que permite comprender la idea de moral absoluta. (53)

Conocemos otras disociaciones semejantes, separaciones de sentimientos que hasta el momento habían estado indistintamente presentes en la conciencia. Son seguramente un proceso necesario en la autocomprensión del hombre, la cual se cumple en cada cultura y en la cual el hombre adquiere conciencia de sus verdaderas fuerzas y tareas. En su obra clásica sobre lo santo, Rudolf Otto ha descrito como el sentimiento de lo santo se separa históricamente de la unión con

(52) Mensching, *Soziologie der Religion*, p. 108.

(53) G. Simmel (*Lebensanschauung*, cap. 2. "Die Wendung zur Idee", 1918) ha ofrecido una teoría general de ese proceso.

otros sentimientos emparentados con él, como el temor a los muertos, el temor a lo misterioso, etc., y aparece entonces en sus grandiosas dimensiones. "Como todos los demás elementos anímicos primigenios, [el sentimiento de lo santo] se presenta a su tiempo en el desarrollo de la vida espiritual humana, y su presencia debe registrarse como hecho inicial. Sin duda no puede presentarse más que cuando se cumplen ciertas condiciones: condiciones de desarrollo orgánico del cuerpo, de las capacidades sensibles y de la espontaneidad, de las demás energías anímicas y de la vida sentimental en general... Pero esas condiciones son precisamente condiciones, y no causas o elementos. Reconocer este hecho no es sino... reconocer respecto del *sensus numinis* lo mismo que puede decirse de todos los demás elementos primigenios de nuestra vida anímica... todas las facultades cognoscitivas superiores y todas las fuerzas anímicas superiores se presentan en un determinado momento evolutivo, pero cada una constituye algo nuevo en sí misma, inderivable de lo anterior..." (54)

Análogamente ha formulado Troeltsch este hecho. Troeltsch indica que todas las comprensiones y evidencias lógicas y éticas proceden de ciertas fases previas y preparatorias, psicológicas y lingüísticas. Y esto no puede explicarse "sin el concepto de una interpenetración inconsciente y preconsciente de lo psicológico con lo lógico y lo valorativo, ámbitos que no cobran conciencia de sí mismos ni se sitúan sobre base propia sino a partir de cierto momento de maduración. En la vida práctica y en el pensamiento cotidiano de los hombres queda luego una gran abundancia de estados intermedios y mixtos..." (55) Pero los nuevos valores - podemos añadir - están presentes al hombre a partir de ese momento, le han aferrado y no le abandonarán ya nunca del todo.

El descubrimiento de la moral absoluta y el desprenderse los mandamientos morales de la religión y de la moral de grupo no pueden dejar de tener importantes efectos de retorno sobre el desarrollo del derecho y de la conciencia jurídica. La superación de la religión de grupo y de la moral en ella basada significa ante todo una crisis de la conciencia jurídica. El derecho, que hasta el momento se presentaba como preceptos divinos, resulta ser de pronto una creación humana que, según toda apariencia, lo es más precisamente del arbitrio

(54) R. Otto, *Das Heilige*, ed. 23-25, p. 151. Subrayado nuestro. (Traducción castellana, *Lo Santo*, Revista de Occidente, Madrid.)

(55) Troeltsch, *Gesammelte Schriften*, III, p. 92.

del poderoso. El tímido respeto cede su lugar al análisis escéptico; el derecho pierde necesariamente autoridad interna. Luego tiene lugar otro cambio. Con el descubrimiento de la moral absoluta llegan también a conciencia los fundamentos morales absolutos del derecho. Surge así la idea de un orden jurídico que desborde tiempos y naciones; aparece, con otras palabras, la idea del *derecho natural*, válido para todos los hombres, todos los tiempos y todos los pueblos, igual que la moral absoluta o que la religión absoluta, porque se basa en valores morales independientes de tiempos y lugares: justicia, fidelidad, etc. Típico es, en este sentido, el desarrollo griego.(56) A la ruina de la moral tradicional de la nación sigue la concepción escéptica del derecho por la sofística, la cual ve en el orden jurídico la imposición del poderoso. Frente a esa *skepsis* pone Sócrates su ética absoluta. Sobre la base de sus doctrinas se desarrolla la idea del *ius cogens*, de lo justo por esencia, que se contrapone a la legislación de la polis, o destet *dicaion*, de lo justo por esencia, desarrollado por vez primera con toda claridad esa doctrina; con los estoicos aparece ya plenamente desarrollada. El derecho natural es la ley del mundo dada a todos los hombres; vale para todos los hombre y todas las naciones, razón por la cual el estado mundial que a todos abarca - la *civitas máxima* - es para los estoicos el estado natural.(57) Con esta idea el derecho se enlaza finalmente con el desarrollo de la moral; el derecho se funda entonces en los mandamientos absolutos de la moral y no en los preceptos del grupo. La idea de derecho natural es paralela a la de moralidad absoluta; en aquella idea se hace también absoluto el derecho mismo.

Análogo desarrollo puede tener lugar, por lo demás, en relación con el de la religión. También el paso de la religión nacional a la religión superior se caracteriza por el hecho de que en el lugar de una idea de Dios ligada al grupo aparece la idea de un Dios único que gobierna todos los tiempos y todas las naciones; con ello funda Dios no sólo una moral absoluta, sino también principios jurídicos que se encuentran por encima de la voluntad de todos los gobernantes. Por ello tiene su fundamento interno el hecho de que en el círculo cultural europeo la idea de derecho natural se haya ligado ya tempranamente con la doctrina moral cristiana.(58)

(56) En la cultura europea occidental la situación era diversa por el hecho de que en ella obró desde el primer momento una religión superior con la idea de moralidad absoluta - el cristianismo.

(57) Cf. Barth-Goedecke-Meyer, *Die Stoa*, p. 101.

(58) Cf. Troeltsch, en *Historische Zeitschrift*, vol. 106, pp. 206, 250 y ss.; Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2, pp. 39 y ss.

Ahora bien: el derecho es legislación positiva de una comunidad. Jamás puede desprenderse del grupo en el mismo sentido en que puede hacerlo la moral; el derecho, sólo en un estado universal puede cobrar vigencia universal. El derecho natural no puede sustituir al derecho positivo en el mismo sentido en que la moral absoluta sustituye a las morales nacionales. Por ello el nacimiento de la moral absoluta significa al mismo tiempo un paso en el sentido de la separación de derecho y moral. Ello no obstante, no puede considerarse irrelevante el que nuevos preceptos morales concebidos absolutamente obren ahora en la conciencia jurídica. Si bien no puede convertirse ya sin más en derecho universal, el derecho se libera, al dar ese paso, de las rígidas ataduras al grupo. También el extranjero queda ahora incluido en su protección, y empieza a hacerse consciente la contradicción entre la idea de derecho y la inerme ajuricidad de ciertas clases sociales. Es interesante en este contexto el hecho de que en el desarrollo del derecho romano la idea de la *bona fides* ha destacado en primer lugar como fundamento del lazo contractual entre extraños, y ha conseguido, por vez primera, relevancia jurídica en esa problemática.(59)

Al hablar de la relevancia de la moral absoluta para la conciencia jurídica no debe sin duda olvidarse que tampoco ella tiene importancia para esa conciencia sino en la medida en que se adueña de pueblos y clases enteros. Pero no puede ocurrir tal cosa sin la mediación de la tradición y de autoridades sociales; la conciencia jurídica queda, pues, acuñada - incluso bajo el dominio de la moral absoluta -, esencialmente por la tradición, y no sólo por libres e individuales decisiones de la conciencia. Lo que da impronta al derecho(60) es más el *ethos* en el sentido de Scheler, la moralidad práctica,(61) que la moralidad pura. A ello hay que añadir que el sentimiento colectivo sigue vivo en las masas, y que, por lo tanto, la conciencia jurídica de éstas sigue siempre más o menos ligada al grupo.

(59) Tal sigue siendo la doctrina predominante entre los romanistas. Cf. Arangio-Ruiz, en *Festgabe für Koschaker*, II, P. 159, nota 28.

(60) Cf. F. Klein, *Grundlagen des Rechtsgehorsams*, etc., p. 47.

(61) Cf. M. Scheler, *der Formalismus*, etc., p. 310.

## CAPITULO IV

LUGAR SOCIOLOGICO  
DEL DERECHO

## I

La sociología ha distinguido y elaborado diversas formas típicas en la convivencia humana. Se trata de tipos ideales obtenidos por abstracción ideatoria a partir de la plétora de las concretas formas históricas de la convivencia humana. Esto plantea a la filosofía del derecho la cuestión de si el derecho se comporta, por así decirlo, neutralmente respecto de todas esas diversas formas; esto es: la cuestión de si el derecho puede desarrollarse indistintamente cualquiera que sea la forma de convivencia necesaria, o si hay determinadas formas sociales que le son favorables y otras que le son dañinas. Con esta cuestión se relaciona otra ulterior: la de si la convivencia bajo un orden jurídico es la única forma de convivencia humana posible, o si pueden imaginarse otras formas diversas además de aquélla. La solución a ambas cuestiones contribuirá considerablemente a aclarar el papel desempeñado por el derecho en la historia. La aclaración de este punto no supone una plena sociología del derecho, sino sólo una investigación acerca de las formas fundamentales de la convivencia humana desde el punto de vista de su relevancia para el derecho; esa investigación tiene como objetivo aclarar la significación general del derecho en la existencia humana. Para alcanzar ese objetivo es importante destacar de nuevo los caracteres esenciales del derecho: el orden impersonal, el objetivo de preservación de la paz, la exclusión de la violencia, la seguridad, la justicia que obra en el ordenamiento jurídico, la tendencia a la preservación del propio yo y del propio derecho, al mismo tiempo que se reconoce y respeta la personalidad ajena y su derecho.

Las formas de la convivencia han sido delimitadas de modos diversos por diversos sociólogos; pero, al menos en la medida en que esas caracterizaciones

se hacen sobre el trasfondo de concretas formas históricas, pueden observarse en todas ciertos tipos fundamentales que reaparecen con ligeras diferencias y delimitaciones en todos los autores.(1)

Como el no especialista no debe desarrollar por sí mismo una propia sistemática, seguiré la división y caracterización ofrecida por Vierkandt en su *Gesellschaftslehre*.(2) Vierkandt afila los siguientes tipos fundamentales: comunidad, relación de reconocimiento (o sociedad), relación de poder y relación de lucha.

La *comunidad* es "la más estricta forma de ligamen social".(3) Su prototipo es la familia. En ella, todo miembro vive el grupo y los asuntos del grupo como una parte de su propio yo. Esta mentalidad comunitaria no es fenómeno transitorio, sino duradero y permanente. Entre los miembros de la comunidad imperan una voluntad y unos intereses comunes, un estado de ánimo de recíproca inclinación, amor y disposición a la ayuda, entrega a la comunidad misma.(4) En el prototipo de la comunidad (llamado por Vierkandt, "plena comunidad de grupo") los miembros se conocen personalmente los unos a los otros y viven juntos; junto a esto hay otras formas de comunidad (llamadas abstractas) en las que no se da esa personal comunidad de vida; la comunidad está delimitada más bien objetivamente y la vinculación sentimental no se actualiza más que en determinadas ocasiones y relaciones en las cuales los miembros de la comunidad se sienten como "una gran familia". Tales comunidades son las modernas naciones y las clases sociales, la *polis* antigua, la ciudad medieval, las iglesias, etc.

De estructura esencialmente diversa es la *relación de reconocimiento*, o sociedad. En ésta los hombres (o grupos) miembros se enfrentan los unos a los otros sin la sentimental vinculación propia de la comunidad; son libres e independientes los unos de los otros y se unen sólo contractualmente para conseguir determinados objetivos comunes, estableciendo el contrato la vinculación existente entre ellos. En este caso predominan los intereses individuales, aunque

(1) Sorokin (*Society, Culture and Personality. A System of General Sociology*, Nueva York, 1947, pp. 110-118) ha ofrecido un concepto sistemático de estas clasificaciones.  
 (2) Segunda ed., 1928.  
 (3) p. 209.  
 (4) Vierkandt, pp. 255-258.

el contrato produzca una orientación unitaria de la voluntad en consideración de los fines comunes. Los contratantes se reconocen recíprocamente en sus derechos; pero sus relaciones están siempre determinadas por los objetivos y no son, por lo tanto, efusivas. Las virtudes predominantes en esta relación son la sincera rectitud y la justicia. Prototipo de esta forma de convivencia son las relaciones entre los sujetos económicos en la economía de mercado.(5)

La *relación de poder*(6), se basa en el dominio del uno sobre los demás o de un grupo sobre los demás grupos. Los intereses de los miembros de la relación se encuentran aquí en contradicción; se enfrentan la voluntad de dominio con la voluntad de sumisión; el dominante es objeto de superior valoración. En la medida en que se establezca una relación moral en este caso, se desarrolla también en la entidad dominante la seguridad, la determinación y la fuerza, y en las entidades dominadas se desarrollan de un modo u otro los sentimientos de lealtad y dependencia. Ejemplos relevantes son la sociedad feudal, el absolutismo y la organización militar. El tipo abarca tanto el dominio legítimo(7) cuanto el violento - este último en la medida en que está estabilizado.

La *relación de lucha*, por último, se basa en la voluntad de daño recíproca. Los intereses de los miembros de la relación son contradictorios también en este caso; recusación y hasta odio imperan en el estado de ánimo; las únicas virtudes que pueden desarrollarse y ser objeto de recíproco reconocimiento son las de valor y heroísmo. Ejemplo podría ser la relación entre naciones beligerantes, en la medida en que aún se reconozcan como tales (esto es, no en el caso de guerra de aniquilamiento).(8)

Hay que subrayar que se trata en todos esos casos de tipos ideales, los cuales coexisten en la vida histórica y se interpenetran recíprocamente. Así por ejemplo surge regularmente la sociedad en el marco de una comunidad despersonalizada, por ejemplo la nación.(9) Además, una vinculación concreta

(5) Cf. Vierkandt, pp. 255-258. En este punto Vierkandt sigue sustancialmente a Tönnies.

(6) Cf. De Jouvenel, *Du Pouvoir*.

(7) Cf. sobre este concepto el libro de Ferrero, *El poder*.

(8) Vierkandt, *loc. cit.* - Sorokin ofrece una clasificación en "*familistic type*", "*mixed (contractual) type*" y "*compulsory type*". El primero corresponde un tanto a la comunidad, el segundo a la sociedad y el tercero comprende tanto la relación de poder o dominio cuanto la de lucha. Cf. *op. cit.*, pp. 100-110.

(9) Vierkandt, *loc. cit.*, pp. 317-318.

puede nacer según una de esas formas y pasar luego a otra en el curso de su desarrollo: por ejemplo, un matrimonio puede originarse como relación contractual (sociedad) y pasar a ser una comunidad auténtica.(10) Por otra parte, una convivencia puede parecer externamente otra cosa de lo que en verdad es: una familia que a primera vista se presenta como una comunidad es a menudo una relación de poder en la que los miembros están sometidos y entregados al padre, y sienten además su situación en esos términos.(11)

## II

Al considerar los cuatro tipos no puede pasarse por alto el derecho de que existe una estrecha relación entre el derecho y el tipo de sociedad existente. La impersonalidad del orden jurídico esquemático es adecuada a la impersonalidad de las relaciones dominantes. La tendencia a la afirmación del propio yo, a la libertad del miembro individual, coincide más o menos con la tendencia del derecho a la paz y a la seguridad. Una institución jurídica típica, el contrato, se presenta como medio de colaboración y de socialización, y la fidelidad a lo pactado y la rectitud resultan las virtudes típicas de la relación. Así se presenta el orden jurídico como orden de la convivencia *en la sociedad* cat e zolhu Sorokin llama "the lawyers paradise"(12) a su *mixed (contractual) type*, correspondiente a nuestro concepto de "sociedad". No es sin duda casual que el movimiento espiritual cuyo ideal era el establecimiento de la sociedad pura haya contribuido más que ningún otro a la juridificación de toda la vida social.

Menos simple es, en cambio, la relación del derecho con la relación *de poder*. Existe sin duda entre ambos una afinidad, porque históricamente el orden jurídico se ha desarrollado e impuesto básicamente - aunque no exclusivamente - en el marco de situaciones y relaciones de poder, y porque el orden jurídico necesita para mantenerse cierto desarrollo del poder. No puede mantenerse en todo su exclusivismo la teoría de que todo orden jurídico ha sido originariamente impuesto para asegurar una conquista o apropiación violenta, pues podemos

(10) Cf. Sorokin, p. 110.

(11) Sorokin, p. 107, habla a este propósito, y con razón de "pseudofamilistic type".

(12) *Society*, etc., p. 104.

19

520 05

exhibir casos de acuerdo federativo como fundamento de un orden jurídico común. Pero no hay duda de que las relaciones de poder han desempeñado un papel decisivo en la fundación y la imposición del derecho; es imposible eliminar de la historia del derecho el fenómeno crucial del orden de paz impuesto. Piénsese en la constitución jurídica del Imperio romano, o en la superación de duelos y desafíos por los príncipes absolutos. También el sistema social requiere una forma u otra de concentración del poder para mantener el derecho que lo ordena. Por otra parte, el poder tiene siempre interés en elaborar un orden jurídico, pues este orden estabiliza por fin la situación creada por otros medios. La paz y la seguridad entre los súbditos interesan al poder como tal; el dominante no puede soportar que haya desorden en la vida social, ante todo por su propia seguridad.<sup>(13)</sup> Por eso el poder está en general dispuesto a garantizar el orden y la seguridad en las relaciones entre los súbditos. También satisface así las tendencias elementales del derecho. Los defensores del absolutismo en el campo de la teoría del derecho - por ejemplo Hobbes -<sup>(14)</sup> han subrayado por ello siempre la idea de orden y seguridad. Pero los mismos puntos de vista pueden afirmarse respecto de la más alta tendencia de la formación del derecho: la justicia. La relación del poder con la justicia se expresa del modo más claro en la conocida sentencia: *iustitia fundamentum regnorum*. Esa sentencia significa que la justicia es el fundamento de la conservación del poder frente a los sometidos; así pues, la justicia no se ejerce en última instancia por sí misma, sino también por su función de conservadora del poder; por eso, es éste el típico argumento de aquel que no tiene de su parte más que el derecho, es decir, del súbdito de una tiranía. Con esas palabras se confía en ganar también al tirano para la justicia. Por eso también, el poder estará dispuesto a promover un derecho justo y una justa jurisprudencia entre los súbditos, y desde los días de la Antigüedad ha sido ésta una de las preocupaciones principales de los buenos gobernantes, incluso al margen de consideraciones políticas. El orden jurídico se desarrolla entonces a la sombra del poder y bajo su protección. Pero sigue siendo característico el hecho de que la vigencia del derecho se limita a las

<sup>(13)</sup> Por eso tampoco las modernas dictaduras revolucionarias admiten actos "revolucionarios" sino en la forma de excesos dispuestos y dirigidos.

<sup>(14)</sup> Principio fundamental del derecho natural: *ut quisque vitam et membra sua, quantum potest, tueatur*. *De Cive*, I, 7. Cf. IV, 10 y 15.

relaciones entre los súbditos: la relación de éstos con el gobernante sigue siendo la desreglada e ilimitada de la sumisión absoluta, y se encuentra fuera del ámbito ordenado por el derecho. *La relación de poder propiamente dicha sigue pues sin regular*. Tal es la estampa que nos ofrecen las monarquías del antiguo Oriente y que se presenta también en el principado romano y en las modernas monarquías absolutas.

Otto Mayer ha dado una plástica descripción de esa imagen:

"Frente al súbdito, [el príncipe] tiene un poder sin límites jurídicos; es vinculatoria su voluntad. La expresión "derecho de soberanía" usa la palabra "derecho" incorrectamente. No hay concepto de abuso ni *iura quaesita* algunos. Sus únicos límites son la "responsabilidad ante Dios" y ante su conciencia, por una parte, la consideración prudente de lo útil y factible por otra, y seguramente también, aunque no explícitamente, la fuerza de la tradición. *Nada de eso tiene que ver con el derecho*".<sup>(15)</sup>

La problemática de las relaciones de poder desde el punto de vista de la formación del derecho se encuentra además en el horizonte determinado por otras dos circunstancias. La primera es que el poder se opone a toda limitación; el poder tiene una tendencia hacia la expansión desmesurada. Goethe lo ha expresado en los célebres versos de *Fausto*:

*Esos pocos árboles que no son míos  
Me arruinan la posesión del mundo.*

El poder se resiste a cualquier vinculación definitiva. Pero por fuerza tiene que aceptar una tal vinculación en el momento en que introduce un orden jurídico; todo derecho, como *orden fijo*, tiene que limitar necesariamente la capacidad de acción del poder. En este sentido se encuentran el poder y el derecho en tensión y contradicción irreducibles. La relación de poder no puede transformarse por sí misma y según su propia esencia en relación de derecho.

Esto queda principalmente de manifiesto cuando el titular del poder tiene que ser limitado, en beneficio de sus súbditos, en el ejercicio del núcleo mismo de su posición de poder, a saber, en su facultad de disposición. En torno de esta cuestión se han encendido en la historia las luchas más intensas. Piénsese en la lucha por la limitación de las prerrogativas reales en Inglaterra, o en la

<sup>(15)</sup> Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3a. ed., I, 39. La cursiva es del autor.

resistencia de los reyes de Prusia - incluso de un rey no destacadamente enérgico, como Federico Guillermo IV - a la concesión de una constitución, aquel "lazo de papel" entre el rey y el pueblo.

Pero esa resistencia del poder a la vinculación hace problemática la vigencia del orden jurídico incluso en lo que respecta a las relaciones de los súbditos entre sí (aparte del hecho de que el orden mismo no existe en este caso en las relaciones de los súbditos con el soberano). Esto puede decirse ya del establecimiento mismo del orden y la seguridad. Carl Schmitt ha aludido al hecho de que el concepto de orden contiene dos elementos - decisión y norma - y de que en el estado de excepción, cuando las decisiones últimas sobre el orden dejan de ser las fijas, vuelve a presidirlo todo la decisión personal, liberada de su habitual vinculación a la norma.(16) Así se ve, pues, que el poder no sólo mantiene el orden a través de la juricidad, sino también por decisión personal, y que ésta es precisamente la forma de orden que más corresponde a la esencia del poder. Pero lo mismo puede decirse también del ejercicio de la justicia. Hay que distinguir la administración de justicia vinculada al derecho, la *justice under law*, de la administración personal de la justicia, en la que el soberano decide según su personal sentimiento de la justicia y sin estar vinculado por el orden jurídico.(17) Lo único que puede decirse sin más es que cuando existe una relación de poder, su beneficiario - aparte ya del peligro de arbitrariedad - tiene una tendencia natural a decidir sobre el súbdito de esa manera personal, sin vincularse al derecho, o, por lo menos, la tendencia a reservarse esa posibilidad junto a la de la decisión jurídica normal. Así sabemos que durante el principado romano, incluso emperadores de los llamados buenos, como Adriano, han decidido procesos separándolos de las vías jurídicas.(18)

La misma tendencia se manifiesta en la moderna monarquía absoluta en la llamada "justicia de gabinete", tal como la reivindicaba aún, por ejemplo Federico el Grande de Prusia, que hasta veía en ella un deber del monarca. Como es sabido, ha sido muy difícil conseguir de soberanos tan conscientes de sus deberes la renuncia a esa justicia de gabinete. No se trata, por lo demás, de que ese tipo de jurisprudencia haya sido siempre injusto. Por el contrario, puede

(16) *Politische Theologie*, p. 19.

(17) Cf. *supra*, p. 52, nota 58.

(18) Cf. su decisión en D 5.2.28.

incluso ser superior, en algún caso particular, a la jurisprudencia ligada por esquemas jurídicos; pero de todos modos es contradictoria, y esencialmente, del derecho; y esto es lo que se trata de comprender aquí.

La misma superioridad personal sobre el orden jurídico se manifiesta en el derecho de gracia del gobernante. La gracia no es sin duda administración personal de la justicia, pues está por encima de la justicia misma.(19) Pero interviene en la administración de la justicia. Es característico que encontremos el derecho de gracia como privilegio del soberano tanto en el principado romano - la *clementia* de los emperadores - cuanto en la moderna monarquía absoluta.(20)

A causa de esta reserva de decisiones personales en casos particulares, la vigencia del orden jurídico se hace precaria - incluso en lo que respecta a las relaciones entre súbditos -, mientras el poder se sustrae totalmente a la vinculación jurídica.

El segundo momento fundante de la problemática de la relación entre derecho y poder es la circunstancia de que en el derecho alienta una tendencia a la igualdad, un rasgo igualitarista, mientras que la relación de poder presupone típicamente diversidad valorativa entre el titular del poder y los sometidos. El soberano lo es por la gracia de Dios; el señor feudal es de otro estamento, y, por ello, infinitamente superior al siervo de la gleba, ya por la fuerza de su ascendencia; la clase dominante conquistadora, de "mejor" sangre y, por lo tanto, de más noble *status*, está por encima del ilota sometido. Repetidamente hallamos en las típicas relaciones de poder esa consciente posición de diferencias jerárquicas que Nietzsche se propuso declarar origen de toda valoración moral en general.(21)

Ahora bien: las diferenciaciones valorativas no son en sí mismas incompatibles con el derecho, e, históricamente, el derecho ha estado frecuentemente al servicio de la consolidación y seguridad de dichas diferencias. Pero, como veremos más adelante, en la capa suprema del derecho en su capa propiamente moral, hay una tendencia a no reconocer más diferencias que las moralmente justificadas, y no diferencias puestas más o menos arbitrariamente, como las de

(19) Cf. la exposición de Grewe, *Gnade und Recht*, esp. pp. 41 y 118.

(20) Cf. Grewe, pp. 65 y ss.

(21) Cf. *Genealogie der Moral*, I. Ab. (Trad. castellana, *Genealogía de la Moral*, en el vol. VIII de las Obras Completas, Buenos Aires, Aguilar, 1947).



520

05

clase o de raza. Al conservar y fijar tales diferencias, el derecho entra en cierta contradicción consigo mismo, contradicción que, una vez haya penetrado en la conciencia al llegar a una determinada fase de la evolución cultural es ya ineliminable de ella. Así resulta de la historia de instituciones como la esclavitud antigua o la servidumbre medieval de la gleba, cuya justificación jurídica suscita constantemente dudas a partir de cierto momento histórico. (22)

Como resumen puede decirse que, por su esencia, la relación de poder se encuentra en cierta contradicción con el orden jurídico. Cuando la relación de poder se presenta en estado puro, el derecho tiene que sucumbir. Sólo en formas atenuadas es esa estructura accesible al derecho. Pero entonces pierde su plenitud y se somete a la limitación jurídica. Tal es la situación que en el terreno político se ha designado característicamente como *Rule of law*, situación en la cual, por así decirlo, la soberanía está en el derecho mismo. Pero esto no es la típica relación de poder. La contradicción se manifiesta con especial claridad en el derecho público romano de la época de la república: el poder militar es ilimitado; pero en la misma ciudad de Roma impera el derecho: *domi* no se tolera ningún poder ilimitado.

En la vida histórico-política estas limitaciones del poder no han resultado posibles más que cuando el poder mismo se consideró como una entidad portada por todos los sujetos de derecho y ejercida en su nombre. Tal fue el caso en la *polis* griega (en la cual aparece, en la idea de dominio del gremio, la misma noción de *Rule of law*); lo mismo puede decirse del poder de los magistrados en la Roma republicana o del estado de derecho moderno. Es el pueblo en todas esas formaciones el que otorga el poder, y por eso el poder está limitado ante el pueblo por el derecho. Por ello no carece de consecuencia interna el que el usnaturalismo de la Ilustración, que se proponía una limitación del poder del estado, considera, con su doctrina del contrato social, que todo poder existente se basa en el acuerdo voluntario y en la transmisión contractual.

En la medida en que se trata de relaciones sociales de poder externas a la esfera política - esclavitud, servidumbre de la gleba, potestad familiar, etc. -, el sometimiento al derecho se produce en cuanto aquellas relaciones quedan

2) Cf., por ejemplo, el lugar del Espejo de Sajonia (III, 42) en que se dice: "Cuando se instauró el derecho por vez primera, no había un sólo hombre siervo, y todas las gentes eran libres".

recogidas en el derecho político común y limitadas por él. Ello ha ocurrido muy tardíamente para la *patria potestas* romana, por ejemplo. Ciertamente que esta limitación no cobra realmente importancia más que si la comunidad jurídica se propone hacer respetar los límites así trazados. Ello ocurre del modo más eficaz cuando el sometido mismo puede apelar a tribunales generales o comunes. Por ello el aislamiento de los campesinos siervos respecto del derecho territorial y los tribunales comunes, hecho ocurrido a fines de la Edad Media, ha empeorado tanto la posición del campesino alemán.

De todo lo dicho se desprende que toda auténtica concentración de poder - ya tenga fundamentos políticos, militares o económicos (23) - es sumamente peligrosa para la existencia del derecho. La formación y concentración de poder pone en todo caso en peligro aquella situación de equilibrio tan favorable al derecho y que tan clásicamente ha descrito Macaulay hablando de la Inglaterra medieval: "no man was altogether above the restraints of law; and no man was altogether below its protection". (24)

### III

Tampoco carece de tensiones la relación entre el derecho y la forma sociológica que hemos llamado "comunidad". Ello se patentiza del modo más claro cuando se considera precisamente la forma prototípica de comunidad, la comunidad plena o personal.

Por su esencia misma, el derecho es tan poco adecuado a la comunidad como a la relación de poder. La comunidad descansa - en su prototipo, la familia - en una estrecha convivencia personal. El orden que se establece en esa convivencia es un orden personal; es un orden que nace del peso relativo de las diversas personalidades que constituyen la comunidad; no es un orden fijo y determinado. El estado de ánimo dominante se compone de respeto recíproco, inclinación y

(23) Piénsese en los modernos cárteles o en la gran propiedad latifundista de los llamados *potentiores*, a fines de la Antigüedad.

(24) *History of England*, I, 25.

amor. Esos factores son, y no límites legales, los que protegen de los abusos, así como, por otra parte, hacen soportables las desigualdades y posposiciones, y hasta ni siquiera las dejan llegar a conciencia. El derecho, en cambio, es un orden sistemático, abstracto e impersonal, trazado según conformaciones típicas, y no según individualidades. Su principio supremo es la fría virtud de justicia, rebasada en la comunidad por el calor del amor y de la simpatía; el interés capital del derecho es la seguridad, para la cual no hay lugar siquiera en la comunidad auténtica. Por último, el derecho coacciona, y la comunidad es libre.

Por ello es en el fondo la comunidad inasible para el derecho. La esencia de la comunidad no puede apresarse ni imponerse en reglas abstractas.

Por ello, cuando el derecho tropieza con la comunidad, lo único que en el fondo puede hacer es dejarle campo libre, renunciando a normarla. Así se aprecia con especial claridad en el derecho matrimonial. (25) Aunque en tiempos antiguos, como en el derecho romano, la inhibición del derecho público ante el matrimonio puede haberse debido más bien al carácter total del estado - que había asumido aún pocas tareas y no podía asumir muchas más -, es característico que la misma inhibición se reproduzca en el derecho moderno. En el Código Civil alemán leemos por ejemplo que los esposos están obligados a tener "una comunidad marital de vida", fórmula con la cual la ley renuncia conscientemente a normar en detalle la relación, y alude en su lugar a la esencia misma de la comunidad. Cosa análoga se presenta frecuentemente cuando el derecho se encuentra con una auténtica comunidad. Así, por ejemplo, en el derecho canónico el orden jurídico tiene que limitarse a delimitar las comunidades históricamente dadas, asignándoles el objetivo de ser auténticas comunidades cristianas. Pero aquella auténtica comunidad que constituye el cuerpo místico de Cristo se sustrae a la fijación jurídica, y no puede crearse por vía jurídico-organizativa. Sin duda es posible al derecho tener en cuenta la estrecha vinculación de los miembros de una comunidad en su relación con terceros externos a la comunidad. En eso se basan las disposiciones del derecho alemán acerca de los bienes en mancomunidad, que no permiten una disposición sobre bienes comunes más que cuando todos los miembros de la comunidad actúan en el mismo sentido, y prohíben la enajenación unilateral de una parte por uno de los miembros.

(25) Cf. la exposición de Savigny, aún digna de ser leída, en el *System*, I, 344, y según la cual las relaciones familiares pertenecen "sólo parcialmente al ámbito del derecho".

Las tendencias de la comunidad y las del derecho se encuentran, pues, en cierta contradicción. En líneas generales, el derecho apunta a la defensa del individuo en sí; a ese fin tienden tanto la tendencia a la seguridad que predomina en el derecho cuanto la justicia que da a cada cual lo suyo. El derecho se propone asegurar a cada miembro de un grupo dado su posesión, su honor, su poder, etc. (26) Una auténtica comunidad se caracteriza en cambio por el derecho de que en ella no desempeña ningún papel la conservación de las posiciones adquiridas; predominan la inclinación y la entrega, y las auténticas vivencias comunitarias se determinan precisamente por el rasgo de que el individuo se disuelve en la comunidad, se funde en ella y amplía su yo hasta la totalidad común. En ello precisamente radica el carácter sublimador y liberador de la comunidad. Mientras que el derecho separa y aísla, la comunidad funde todo lo que separa hasta conseguir la unidad. Por ello no puede existir verdadera comunidad cuando cada cual insiste en su derecho y no tiene capacidad de entrega más allá de la obligación de derecho. La mentalidad jurídica y la mentalidad comunitaria son mentalidades diversas,

Por eso puede el derecho destruir la comunidad. Su penetración es precisamente un síntoma de la decadencia de la comunidad. Cuando el derecho penetra en una comunidad, cuando empieza a delimitar y fijar con precisión dentro de ella las prerrogativas del individuo, la comunidad se convierte en contrato o en una relación de poder jurídicamente limitada (inauténtica); en ambos casos queda desnaturalizada. Ejemplo claro de este proceso es el matrimonio moderno. La jurisprudencia de la Ilustración intentó reducir el matrimonio a un esquema puramente jurídico; el resultado fue la aceptación de una relación contractual por la cual se desconocía totalmente la esencia del matrimonio de comunidad; la definición kantiana del matrimonio - en sus *Principios metafísicos del derecho* - (27) es grotesco testimonio de ello. A

(26) No contradice a esa afirmación el que en una determinada fase de la evolución del derecho no aparezcan como sujetos propiamente dichos más que grupos (las *Sippen*, por ejemplo) como titulares del deber de venganza y del derecho a la compensación. En casos como éste el orden jurídico-público es aún en gran medida un orden "entre *Sippen*".

(27) Página 107 de la edición de Königsberg de 1797. Según Kant, el matrimonio es la "vinculación recíproca de dos personas de distinto sexo para la posesión de sus respectivas propiedades sexuales durante toda la vida".

medida que esa concepción contractual del matrimonio iba penetrando incluso en el derecho común, el matrimonio moderno iba perdiendo sustancia. - La misma estampa ofrece la evolución del derecho de sociedad tanto en el derecho romano cuanto en el germánico medieval; a medida que progresa la fijación jurídica de los derechos y deberes recíprocos va perdiéndose el carácter de comunidad. La *societas* del derecho clásico no presenta ya más que tenues restos de su origen como comunidad hereditaria, y la sociedad comercial de fines de la Edad Media no es ya tampoco una plena comunidad. - La disolución de la propiedad feudal de la tierra desde la Revolución francesa ha disuelto no sólo una relación de poder, sino también, en muchos casos al menos, una auténtica relación de comunidad patriarcal. Por eso han sido repetidamente criticadas las nuevas leyes - como por ejemplo hizo el barón Von Marwitz frente a Stein - por colocar la relación de derecho, fría e impersonal, en el lugar de la vieja comunidad. La misma reflexión está en la base de la negativa de Federico Guillermo IV a admitir una constitución; el rey no quería sustituir su relación personal con el pueblo por una serie de relaciones de derecho. Por la misma razón se ha criticado muchas veces el moderno derecho laboral, y a esas críticas se ha respondido comúnmente con el reproche de falso romanticismo conservador. La justificación de todas esas críticas conservadoras depende de si realmente existía en el antiguo régimen una auténtica comunidad. En general, puede sin duda decirse que no había tal comunidad, lo que justificó la intervención del derecho. En los casos en que realmente existiera, vale también aquí la regla general según la cual el progreso de la fijación jurídica es paralelo de la decadencia de la comunidad.

Pero también puede decirse con cierta justificación lo inverso: la plena comunidad no necesita el derecho, y por eso lo reprime donde ella domina. Es un hecho característico que el que quiere estudiar la estructura interna y la regulación de la vida de la familia romana primitiva tiene que basarse en la costumbre y los usos. La tradición jurídica no nos informa más que de la ilimitada autoridad del paterfamilias; las limitaciones a que presumiblemente estuvo sometida esa autoridad, y que le darían su propia vida y plasticidad, resultan de la costumbre no jurídicamente fijada. La estrecha comunidad de la familia se constituye sin intervención del derecho de la ciudad. - Por eso no es casual, sino alusivo a una conexión estructural, el que en la moderna política de

los estados dictatoriales se enfrente constantemente la idea de comunidad u organicidad - ante toda la comunidad nacional - a la idea de derecho, violando en nombre de esa comunidad las posiciones jurídicas del individuo. En este caso, como en tantos otros, la propaganda ha aprovechado consecuentemente una contradicción real. La hipocresía de esa actitud consiste en que entre los miembros de una nación de millones de almas es imposible establecer una comunidad auténtica y plena; es posible que en algún momento se actualice por poco tiempo una tal comunidad, pero jamás logrará abarcar la vida entera de todos sus miembros:(28) el derribo de las limitaciones jurídicas está en estos casos al servicio de fines muy diversos de los de la comunidad, a saber, al servicio de la fundación de un poder ilimitado de los caudillos. El pensamiento comunitario se aprovecha para debilitar el derecho en beneficio del poder, sin que realmente se pueda - ni se quiera - fundar una comunidad.

Con esta observación quedará de manifiesto cuál es la justificación de la presencia del derecho incluso en el seno de la comunidad, y en qué sentido incluso puede el derecho ponerse al servicio de ésta. No hay comunidad terrena alguna en la que las personas de sus miembros se disuelvan plenamente y sin excepción; por regla general siguen subsistiendo ciertos intereses personales que no se integran en la comunidad y en los que el individuo sigue sintiéndose en su particularidad, como individuo.(29) En este punto se presenta la posibilidad justificada de una intervención del derecho; el derecho puede proteger esos intereses que siguen siendo personales. Un ejemplo de esto se tiene en el régimen de bienes matrimonial. Cuando los asuntos de intereses materiales de los esposos no llegan a convertirse en asuntos comunitarios, el derecho debe asegurar aquellos intereses, y ante todo los de la parte más débil, es decir, en general, los de la mujer, más amenazada por la comunidad. El derecho dotal romano de la edad clásica resuelve esa tarea; mientras que los asuntos personales de los cónyuges son comunitarios y el derecho no tiene nada que decir sobre ellos (aparte de confirmar la comunidad), éste se ocupa cuidadosamente, con minuciosos preceptos particulares, de los derechos de la mujer en el terreno

(28) Troeltsch hablaría también en este caso de una "ley natural sociológica". Cf. *Historische Zeitschrift*, 106, pp. 237-238.

(29) Cf. Vierkandt, *Gesellschaftslehre*, 2, p. 209.

económico no comunitario. El derecho, pues, se introduce en la comunidad en beneficio de un interés que sigue siendo individual. Lo mismo puede observarse en el derecho civil moderno a propósito de la preservación de la decisión individual de los niños en cuestiones de fe; también en este caso se trata de asuntos que son siempre estrictamente personales. Esta protección jurídica es necesaria porque la comunidad significa siempre peligros de importancia para la parte más débil; precisamente por basarse en una entrega sin reservas, la comunidad está expuesta al peligro de abusos, peligro que puede afectar, cuando se produce, también a los intereses aun personales de los diversos miembros.

Cuanto más limitada es la esfera de acción de la comunidad, tantos más intereses individuales siguen subsistiendo y tanto más importante resulta la tarea del derecho en el marco de la comunidad. En las grandes - y, por lo tanto, "abstractas" - comunidades de la nación o la Iglesia, el campo del derecho es por ello amplio e importante. Cuanto más intensamente se desarrolla una sociedad en el marco de tales comunidades, tanto más necesario se hace el derecho. El individuo lleva en ellas una existencia doble: existe como miembro privado de la sociedad y como miembro de la comunidad. La tajante separación entre ambas esferas resultó, por ejemplo, manifiesta en la imposibilidad de trasladar a la "vida civil" la camaradería de los soldados durante la guerra. Quedó claro que cada una de esas dos esferas tenía su propia ley. Pero todo eso explica, también, el que en el curso del tiempo el ámbito del derecho vaya extendiéndose a medida que el individuo se hace consciente de su peculiar situación y de sus especiales intereses en el seno de la comunidad; cuanto menos se funde el individuo con la comunidad, tanto más protección jurídica necesitará. El derecho procede paso a paso en paralelismo con el progreso del individualismo.

Por último, el derecho puede y debe intervenir cuando se disuelve una comunidad. En este caso tiene que preocuparse de que la partición, ahora necesaria, se haga de un modo concorde con el sentido de la comunidad preexistente. Los principios mismos de la comunidad se hacen aquí derecho. En una comunidad de bienes el derecho tiene que cuidar también de que las pérdidas y ganancias se beneficien y soporten comunitariamente, que cada una reciba y soporte su parte. Esto da lugar a especiales principios jurídicos de los que más tarde se tratará con más detalle. El derecho obra en todos esos casos como sanción de la comunidad, pero su intervención sigue naturalmente en contra-

dicción con el espíritu de la comunidad; según este espíritu, debería ser innecesaria la regulación jurídica. Las comunidades jurídicamente reguladas no son ya auténticas y plenas comunidades. Por eso es típico que la intervención jurídica se produzca precisamente en el momento de la disolución de la comunidad. Ejemplo de esto pueden ser las sociedades personales del derecho mercantil. En el caso de comunidades personales no es posible al derecho ni siquiera esa sanción; la única sanción posible es la disolución misma de la comunidad.

#### IV

La *relación de lucha* se encuentra en clara contradicción con la esencia del derecho, puesto que se orienta al daño y hasta aniquilamiento del contrario.<sup>(30)</sup> Esto es incompatible con la tendencia pacificadora del derecho. La lucha violenta no es accesible al derecho más que en la primitiva y limitada forma de éste en la cual no es más que un conjunto de "reglas del juego",<sup>(31)</sup> y además amenaza siempre con destruir esos primeros pasos hacia una regulación jurídica. La afirmación vale señaladamente de las guerras nacionales de masas de la edad contemporánea. No sólo puede aplicárseles la frase *inter arma silent leges*, sino que, además, esas guerras resquebrajan por mucho tiempo la mentalidad jurídica y ponen en tela de juicio la posibilidad del derecho. Esto no se debe sólo al hecho de que en la guerra el individuo se acostumbre a la violencia y a la violación de derechos, sino también y principalmente a que la guerra intensifica fabulosamente la voluntad colectiva de autoafirmación y los sentimientos colectivos de odio y venganza, destruyendo así la disposición a admitir la existencia de otras naciones y a aceptar la vigencia de la justicia y la vinculación a principios jurídicos entre los países.

Pero también con medios pacíficos puede llevarse adelante una lucha: piénsese en la lucha política propia de los estados democráticos o en las

(30) En este sentido, Horvath, *Rechtssoziologie*, p. 162. En la parte II, sección 2, del libro, ofrece un estudio muy detallado de la relación de lucha y el derecho.

(31) Cf. supra.

22

520

05

modernas luchas laborales. La competencia en una economía de mercado es también un ejemplo de lucha "pacífica". En todos estos casos se satisface la exigencia de paz propia del derecho. No obstante, y prescindiendo de la prohibición de practicar la violencia, el derecho se limita entonces a establecer "reglas del juego" y a garantizar su cumplimiento. Pero no puede garantizar ni la subsistencia de una determinada propiedad (32) ni preocuparse de que se dé una ganancia justa. Lo primero queda de manifiesto - por citar un ejemplo práctico - en el hecho de que no exista ninguna acción para evitar los perjuicios sufridos por competencia lícita. (33) El derecho tiene que limitarse a la observación de las reglas del juego, a evitar, con otras palabras, una competencia con medios ilícitos. Lo mismo puede decirse de la lucha electoral en una democracia. La renuncia a una solución reglada según criterios de justicia material se manifiesta en este caso, por ejemplo, en el hecho de que no se decide según determinados criterios personales quién debe ser presidente o diputado. El orden jurídico democrático no intenta siquiera determinar por sí mismo quién es el más digno. En cambio, en el orden político monárquico el rey se presenta como escogido de Dios y reconocible como tal por criterios externos. Tampoco el orden jurídico de una economía competitiva fija quién debe o puede producir tal o cual cosa - por ejemplo, tras un examen de aptitudes de los interesados - (como hace en cambio toda economía planificada); se limita a dar oportunidades y a vigilar el modo de lucha competitiva. Del mismo modo se abstiene (y no desea) determinar el resultado, es decir, la distribución de la riqueza. Así, pues, siempre que el derecho admite la lucha pacífica, tiene que renunciar en cierto sentido a la realización de sus fines supremos: la justicia y la seguridad. Cuando no quiere renunciar a esos fines, tiene que eliminar la lucha y determinar él mismo lo que en otro caso era determinado, como resultado, por la lucha. Una economía justa presupone dirección y planificación, y la seguridad económica garantizada significa privilegios y limitaciones profesionales.

(32) En la mayoría de las críticas del derecho económico liberal-capitalista se pasa por alto esa considerable limitación del derecho de propiedad.

(33) Por ejemplo, podría existir en el sentido de la acción defensiva de la sociedad comercial constituida, establecida en el derecho alemán por analogía con el Art. 1004 del código civil [Art. 1004 del Cód. civ. alemán: "Si la lesión de la propiedad se produce por modos diversos de la usurpación o detentación de la propiedad, el propietario puede exigir del autor de la lesión el cese de la perturbación. Si son de temer nuevas lesiones, el propietario puede actuar contra aquél para obtener seguridades. No se admitirá la demanda cuando sea obligación del propietario sufrir el daño"]

Si a pesar de eso encontramos, precisamente en la cultura occidental, una relación de lucha recogida con relativa frecuencia en el orden jurídico, ello se debe a la decisión de alcanzar otro alto bien: la *libertad*. Pues no se puede poseer la libertad sino a cambio de aquel precio, admitiendo el riesgo de la competencia y de la lucha pacífica. El que quiera seguridad y el que quiera una justicia plena que abarque a todos los hombres tendrá que renunciar a la libertad. Entre los hombres no es posible tener al mismo tiempo la república de Platón y la libertad personal. (34) Tal es la enseñanza de la historia. Pero si se abandona la libertad se corre el riesgo de enrigidecer y perder la vida. Cuando encontramos una relación de lucha recogida por el derecho no se trata pues necesariamente de una manifestación de primitivismo jurídico, sino que puede ser también una renuncia consciente a la plena realización de la idea de derecho en beneficio de la libertad.

En resumen podría decirse que la relación de las diversas formas de convivencia humana con el derecho es diversa. Lo más favorable para la constitución del derecho es la existencia de una "sociedad" de miembros iguales e independientes. Lo mismo puede decirse de las relaciones entre grupos. El derecho internacional se ha desarrollado bajo los auspicios del equilibrio entre las potencias; no habría podido nacer - como muestra la historia de la Antigüedad - bajo el predominio de una potencia. La existencia de una *relación de poder* favorece la formación y la imposición de un orden jurídico entre los sometidos al poder; pero mientras mantenga su verdadera esencia, la *relación de poder* pone límites insuperables a la difusión y extensión del orden jurídico. La relación de poder misma es inaccesible al derecho; y no se puede someter a él mientras no pierda su carácter de ilimitación y tome el de poder delegado. La *comunidad* plena y personal se encuentra en una relación de exclusión respecto del derecho; donde ella domina no hace ninguna falta el derecho. El derecho es capaz de regular la relación de la comunidad al mundo externo, pero las relaciones internas de la comunidad le son inaccesibles. Sólo cuando en el seno de la comunidad siguen subsistiendo intereses personales, o se constituyen en ella, o cuando la comunidad se disuelve, queda libre un ámbito para el derecho. La progresiva justificación es

(34) Cf. infra.

signo de descomposición de la comunidad. Por último, en la *relación de lucha* el derecho no puede desarrollarse sino como sistema de reglas del juego. La relación de lucha contradice a la tendencia pacífica del derecho cuando da lugar a la violencia. La lucha pacífica puede en cambio ser aceptada por el derecho como precio de la libertad; pero también en este caso renuncia a conseguir plena seguridad y justicia.

La convivencia bajo leyes de derecho no es, ni histórica ni sociológicamente, la única forma en la cual los hombres pueden existir juntos o han existido juntos. Junto a esa forma se encuentran las comunidades personales que llenan toda la vida de sus miembros, el poder personal, (35) la lucha y la violencia. El derecho no es una cosa obvia. Hay que crearlo y hay que conservarlo. Pero hay unas cuantas circunstancias sociológicas que le son favorables. El equilibrio entre el poder y la propiedad dentro de una comunidad de derecho favorece a éste, igual que lo ponen en peligro una superioridad exorbitante de poder de una clase sobre otra o grandes diferencias en la propiedad. El orden jurídico está siempre en peligro cuando una masa desposeída se encuentra frente a unas cuantas fortunas gigantescas. Los ricos, en efecto, no tendrán que someterse al derecho; la masa no se interesará por él, pues no tiene nada que perder. La historia de la decadencia de la república romana ofrece un ejemplo de ello. El poder estatal tiene que ser lo suficientemente fuerte para conseguir afirmarse y sostenerse frente a los grupos de intereses; pero, al mismo tiempo, tiene que ser concebido como servicio público, y no como dominio autosuficiente y fin en sí mismo. No deben existir luchas violentas, trátase de guerras entre pueblos, guerras civiles o revoluciones. Si se añade a todo ello que el derecho presupone además determinadas condiciones psicológicas - sentido firme de la libertad, del orden y de la justicia - se comprenderá por qué la existencia del derecho en la historia ha sido siempre precaria: pocas épocas han vivido seguras bajo la protección del derecho.

(35) No hay orden jurídico que pueda eliminarlo totalmente.

## APENDICE

Las masas proletarias de la sociedad moderna constituyen un problema especial en la temática del mantenimiento del derecho. La sociología aplica el término de "masa" a diversos hechos. Me parece necesario distinguir entre los siguientes:

1. La masa en el sentido de una serie de hombres reunidos para una acción común, tal como se presenta en manifestaciones, reuniones y acciones revolucionarias. Le Bon partió de la observación de estas masas. Pueden ser amenazadoras para la subsistencia momentánea del derecho, a causa de su inclinación a los excesos y a la violencia, pero son irrelevantes a la larga para el desarrollo y la existencia del derecho, pues sus acciones son siempre aisladas.

2. La masa en el sentido de la mayoría normal dentro de una sociedad que no es capaz de abarcar en su pensamiento y en su vivencia las ideas de cultura básicas, vive sin visión propia, por mera tradición y convención, y no disfruta, por lo tanto, de verdadera libertad. (36) De ella ha dicho con razón Otto Veit: "La pertenencia a la masa admite muchos grados y matices. Nadie está completamente fuera ni completamente dentro de ella. Ciertamente que las gradaciones son tan dilatadas en su conjunto y tan separadas que frente a la mayoría de aquellos que son casi totalmente hombres-masa se encuentra una minoría de otros que pueden ser considerados como personalidades casi totalmente independientes". (37) La masa en este sentido tiene para la formación del derecho un valor que no es en modo alguno negativo. Por el contrario, es la portadora de la tradición indispensable para el sostenimiento del derecho. Precisamente en ella - en las capas campesinas, por ejemplo - puede conseguir el derecho esa tenaz firmeza que necesita imprescindiblemente para asegurarse contra la arbitrariedad y el reformismo burocrático. Por otra parte, la masa en este sentido es naturalmente poco accesible a las últimas aspiraciones morales del derecho. Igual que contra la arbitrariedad, esta masa puede oponerse también al desarrollo del derecho en el sentido de los valores morales.

3. Propiamente problemática se hace en cambio la posición del derecho cuando determinan el sello de la civilización las masas sin tradición y sin

(36) Véase su caracterización en el terreno religioso por Mensching, *Soziologie der Religion*, pp. 134-135.

(37) *Die Flucht vor der Freiheit*, p. 45.

23

520

05

ataduras convencionales propias de la civilización moderna. (38) El peligro que significa para el derecho la existencia de esas masas arraiga en el hecho de que carecen de tradición y de individualidad, de propiedad también y, por lo tanto, son radicales a causa de su miseria. (39) La falta de individualidad, de tradición y de propiedad las hace insensibles a las bendiciones de una situación jurídicamente ordenada y asegurada; el derecho es para ellas irrelevante, y no es en ningún caso un valor por el cual valga la pena sacrificarse. El radicalismo termina con el respeto a los derechos de otros. Y no sólo por lo que hace a la propiedad ajena, sino también, por ejemplo, para los derechos del acusado en el proceso penal. Es asombrosa la indiferencia del moderno hombre-masa ante lesiones del derecho en este terreno. En todo caso, para el hombre-masa importa más el resultado práctico, especialmente cuando es de tipo material y económico, que el mantenimiento del derecho. En una sociedad que consta principalmente de tales masas, las condiciones son naturalmente desfavorables para el establecimiento del derecho.

(38) Masa en el sentido de Ortega y Gasset en *La rebelión de las masas*. Cf. también la caracterización dada por Mensching en *Soziologie der Religion*, pp. 135-136.

(39) Sería, por lo demás, erróneo identificar esta masa con el proletariado industrial. La historia de los últimos decenios muestra que la mayor parte de la burguesía media económicamente amenazada está más próxima de este tipo de hombre-masa que el proletariado organizado.

## PARTE SEGUNDA

LOS DATOS DEL DERECHO;  
IDEA DEL DERECHO, NATURALEZA DE LA COSA,  
DERECHO NATURAL

## CAPITULO V

LA IDEA DEL DERECHO  
Y LA NATURALEZA DE LA COSA

El derecho es una creación humana. Pero no es una creación arbitraria. No se encuentra en un ámbito puro. Está al servicio de determinados fines. Tiene como materia un determinado ámbito de objetos que debe ordenar. Con esto surge la cuestión de si en esos datos, en los fines y en la materia del derecho, existen y son perceptibles leyes a las que el derecho estuviera ligado so pena de errar sus fines. Se trataría de leyes, normas o legalidades dadas *a priori* al derecho(1) y que obrarían en la conformación de su contenido. Su conocimiento permitiría identificar el contenido necesario de un derecho que realmente correspondiera a sus fines propios, y, al menos, precisaría los límites del ámbito en el cual podría darse un tal derecho.

La cuestión primera es precisamente la de si existen tales leyes. En la medida en que el objeto de interés fundamental es el de los fines del derecho, la cuestión desemboca en el problema de si en la creación del derecho el hombre puede proceder libre y arbitrariamente o si su voluntad está moralmente ligada de un modo perceptible. El análisis del derecho como fenómeno social ha mostrado que en la vida jurídica se manifiestan determinadas exigencias éticas. La cuestión es si esa evidencia resiste a un análisis ulterior y más detallado y si el contenido de esas finalidades éticas puede ser fijado de un modo válido. La

(1) Con razón habla Husserl a este respecto de "datos prejurídicos" y de sus conexiones esenciales (*Rechtskraft und Rechtsgeltung*, p. 9)

cuestión básica es, pues, la de si existe algo así como un derecho de valores y leyes morales identificables por el hombre, que determinen su obrar y constituyan una parte del mundo en que vive; en la misma cuestión va implicado el problema de cuáles son las consecuencias que se desprendería de ello para el derecho como orden social. Desde el punto de vista de la materia del orden jurídico - la vida social -, la cuestión pregunta si esa materia puede conformarse de cualquier modo que se desee o si presenta ya alguna estructura propia. La cuestión de la existencia de esas leyes no puede ser recusada *a limine* como cuestión impropia, pues hay muchas ramas de la ciencia que se ocupan de tales leyes. La economía y la sociología se orientan al conocimiento de tales leyes en la vida social; también la psicología, en cuanto intenta comprender el comportamiento del hombre, busca legalidades en su vida y en su obrar. La primera apariencia habla en todo caso más en favor de la idea de que tampoco el derecho se enfrenta con su materia como con algo conformable de cualquier modo que se desee, y de que esa materia está ya preformada de un modo determinado.

Al mismo resultado conduce la consideración del proceso de desarrollo del derecho mismo. El desarrollo del derecho arroja una característica consecuencia que se nos presenta en la historia de la problemática jurídica. Las ideas jurídicas de la ciencia y de la judicatura manifiestan en su evolución una determinada lógica inmanente y una clara continuidad, incluso cuando no vale el principio del *stare decisis*. El modo como se obtuvo consecuencias de ideas como la de la *bona fides*, la fidelidad feudal, la libertad personal o la esencia de determinadas instituciones, muestran una asombrosa coherencia a lo largo de dilatados lapsos de tiempo. Lo mismo puede comprobarse estudiando el desarrollo de cualquier judicatura importante o la historia de la problemática de la ciencia jurídica. Esta consecuencia interna apunta a la posibilidad de que en el fondo haya una conexión objetiva en sí, una cosa en sí. El espíritu humano actúa creadoramente en la formación del derecho, pero no arbitrariamente. Es evidente que sigue determinadas conexiones que se le presentan en los problemas. Esto no es mera impresión de observador que reconstruye *a posteriori* la realidad jurídica; más bien corresponde a la sensación misma del hombre en el momento de la acción jurídica. El juez que decide un proceso no tiene la impresión de haber dado una solución "cualquiera", sino la de haber ofrecido la prefigurada por la cosa misma. En esto se basa la notable certeza de toda auténtica decisión

jurídica. El mismo lenguaje lo expresa así. La judicatura y la ciencia del derecho no deciden libremente en el sentido de la arbitrariedad sin lazos; y ello no sólo en los casos en que aplican una clara regla positiva, sino también cuando manejan una cláusula general o cuando colman una laguna de la ley. Su actividad es como la del investigador que se da cuenta de haber llegado a una verdad; y su decisión queda determinada por su conocimiento. Este conocimiento se basa a su vez en conexiones objetivas y morales. W. G. Becker ha atribuido al derecho natural una significación sintomática; cuando se apela a él, es señal de que va a procederse a un perfeccionamiento del derecho.<sup>(2)</sup> Pero también esas decisiones perfeccionadoras del derecho nacen de determinadas conexiones problemáticas; no son libre invención, sino que son descubrimiento basado en la comprensión objetiva y aluden por ello a una conexión objetiva y suprapersonal.

La historia de la cultura muestra que efectivamente se han buscado siempre legalidades de ese tipo y en las dos direcciones. Cuando son los fines morales del derecho los protagonistas de la discusión, se ha buscado el prototipo y modelo moral de todo derecho: éste es el problema de la *idea del derecho*. Por lo que hace a la materia del derecho se ha buscado un orden natural de la convivencia humana, que fuera reconocible en la vida social misma. Este problema ha sido planteado del modo más profundo por la filosofía social cristiana, que vio en la vida social y en sus instintos una realización de las ideas divinas, del orden de la Creación impuesto por Dios al mundo.<sup>(3)</sup> Pero también al margen de la filosofía cristiana se ha suscitado la cuestión. La idea de un *ordre naturel*, presentada por la Ilustración en el terreno de la economía, se encuentra en esta misma dirección. En la jurisprudencia práctica ese mismo punto de vista aparece constantemente bajo la más modesta denominación de "naturaleza de la cosa".

En ambos puntos de vista se basa la idea de que hay ciertos principios jurídicos que valen para todas las naciones y todos los tiempos por encima de cualquier derecho positivo; es la idea del *ius cogens*, del derecho natural. Este pensamiento se ha desarrollado tanto partiendo de determinadas exigencias éticas cuanto partiendo de la naturaleza de la cosa. Ya en la Antigüedad se

(2) Cf. *Archiv für die zivilistische Praxis*, 150, 121.

(3) Cf. Rommen, *Die ewige Wierkehr des Naturrechts*, 2a. ed., pp. 41 y ss.

24

570

05

encuentra, junto a ciertos principios éticos, la idea de que institutos como la adquisición de la propiedad por ocupación, la venta, etc., son de derecho natural.

Este conjunto de problemas será objeto de las siguientes consideraciones. Su punto de partida es la pregunta por la finalidad moral del derecho, la pregunta por la idea del derecho. Su discusión lleva por sí misma a la cuestión de un orden natural de las cosas en la vida social. Una y otra discusión desembocan en la cuestión de la posibilidad y del posible contenido de un derecho natural.

## I

1. La doctrina de la idea del derecho se remonta a la filosofía platónica. Para Platón, las ideas son entidades ideales que están en la base de todo ser real, dado en la experiencia, del que son prototipos. Ellas son el ser propio y verdadero, frente al cual la realidad empírica es un ser de menor dignidad. El hombre puede apresar las ideas con el pensamiento, pues las ha contemplado antes de empezar su vida terrena, y es portador de un indeleble recuerdo de ellas. Entre las ideas se cuentan, al igual que las puras formas matemáticas, la esencia de lo bueno y de lo justo. Bajo nuestras opiniones subjetivas acerca de esa esencia está nuestro recuerdo de la idea misma; en el diálogo dialéctico sobre nuestras ideas acerca de lo justo, podemos volver a encontrar el verdadero contenido de la idea; nuestro conocimiento de las ideas es, pues - usando una expresión posterior en la historia de la filosofía -, *a priori*.(4) El contenido del diálogo platónico sobre el estado es precisamente una tal meditación sobre la idea de la justicia.

La doctrina platónica de las ideas fue recogida más tarde por la filosofía cristiana. Las ideas se convierten aquí en ideas de Dios. La Edad Moderna ha procedido a una separación de la palabra idea de su transfondo metafísico.(5) Entre los juristas se ha hecho especialmente sólito el designar con la expresión "idea del derecho" la finalidad ética de éste, especialmente la justicia.

Este uso lingüístico es esencialmente fallido, pues la palabra *idea* no puede en el fondo desprenderse plenamente de su originario sentido metafísico de

(4) Cf. Kranz, *Griechische Philosophie*, pp. 153-154.

(5) Cf. el artículo "Idea en el *Philosophischen Wörterbuch* de Brugger. (Traducción castellana, *Lectio nario Filosófico*, Barcelona, Herder, 1955.)

esencia, fin del desarrollo, prototipo ideal de un fenómeno. Si pese a todo lo conservamos también nosotros, ello se debe al deseo de mantenernos en el ámbito lingüístico más extendido; por la expresión "idea del derecho" entenderemos, pues, el contenido ético y normativo de la configuración del orden jurídico.

La descripción de la esencia del derecho que intentamos en el capítulo segundo nos mostró que la realización de ideas morales desempeña un papel destacado en la formación del derecho. Hablamos entonces de las exigencias de justicia, igualdad, libertad y mostramos que de ellas procede la capa más elevada del derecho. Con ello se presenta la cuestión de si es posible obtener de esas exigencias éticas un contenido concreto unívoco y de si es posible determinar entre ellas una precisa conexión. Tal sería en efecto la condición previa necesaria de la posibilidad de demostrar la existencia de determinados fines éticos como contenido necesariamente ligado al derecho. Tenemos, pues, que intentar aclarar la esencia de los valores morales presentes en toda esta constelación problemática, y muy especialmente la esencia de la justicia.

2. Con ello nos encontramos ante un problema que rebasa con mucho el campo de la filosofía del derecho. Se trata de una de aquellas cuestiones de las que hablamos al principio.(6) y en las que la meditación sobre el derecho desemboca en cuestiones filosóficas generales. Es en este caso la cuestión de si existen o no intelecciones morales válidas, de si hay algo así como un ámbito propio de lo moral que no sea exclusivamente expresión de otros impulsos vitales o instintos. Es el problema de la vigencia de los valores morales.

El hecho de que nos encontramos ante un problema filosófico general queda inmediatamente de manifiesto por la circunstancia de que todos los planteamientos resolutorios que se dan en la filosofía a la cuestión de la existencia de lo moral resulta también relevantes en el marco de la filosofía del derecho. Igual que el escepticismo filosófico ha puesto siempre en duda la subsistencia y la validez de auténticos valores morales en general, así también se repite en el marco de la teoría del derecho la duda sobre la consistencia de la idea misma de derecho. En ambos casos se trata de la misma posición fundamental; y es necesario discutirla antes de poder seguir adelante con nuestra cuestión básica.

(6) Cf. *supra*, p. 19-20.

Por de pronto, es necesario precisar el problema. Todo concepto que formamos alude por su contenido a un objeto; con cada proposición (juicio) que formamos acerca de un objeto atribuimos o negamos a dicho objeto una determinada propiedad. El concepto es adecuado cuando recoge las notas reales o internas relaciones esenciales del objeto mentado, y el juicio es verdadero cuando atribuye al objeto propiedades que realmente posee. Todo hombre en poder de la necesaria capacidad mental, debería llegar al mismo resultado cuando se concentra en un determinado objeto. Nuestro problema consiste en averiguar si es posible formar tales conceptos y juicios válidos acerca de las cosas morales.

Ello ha sido negado con diversos fundamentos. Pueden distinguirse a este respecto dos concepciones de principio. Según una - la más radical -, los conceptos y juicios morales no tiene objeto alguno; se mueven en el vacío, pues lo que llamamos moral es en realidad un ámbito de datos de muy diverso tipo, como, por un ejemplo, una disimulada voluntad de autoafirmación, de poder, o una costumbre que hemos adoptado. Al hablar, por ejemplo, de la esencia de la justicia, sucumbimos a una ilusión; en realidad no existe esa esencia ni esa entidad. Podemos llamar a esta concepción escepticismo o nihilismo moral. La segunda concepción aludida no niega la existencia propia de lo moral; pero niega que puedan obtenerse de ella conceptos válidos y que puedan enunciarse proposiciones acerca de lo que es justo, etc. Los juicios de valor, afirma esta segunda posición, no son científicamente probables o demostrables; no hay necesidad lógica que los constringa a aceptarlos; son mera factibilidad; no poseen, por lo tanto, validez universal, sino que, en el fondo, sólo informan de las concepciones particulares del que los emite: nos dicen que tal o cual persona juzga así. Según la formulación de Radbruch, los juicios de valor son confesiones, no conocimientos.(7) Lo único a que podría llegarse sería, pues, una especie de tópicos (estadística) de los juicios de valor posibles. Tal es la concepción del relativismo.(8)

Escepticismo y relativismo desembocan generalmente, aunque no siempre, en el positivismo metodológico; la norma positiva les resulta el último elemento

(7) *Filosofía del derecho*, p. 2.

(8) Cf. sobre el relativismo en la ciencia jurídica la exposición crítica de Emge, *Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus*, 1916, especialmente pp. 16-22.

del derecho realmente apresable; carece de sentido entonces preguntarse por la corrección, por la "verdad" de la norma jurídica positiva.

Desde antiguo se presenta el nihilismo jurídico como una doctrina "desenmascaradora". Los sentimientos morales de valor, la supuesta aspiración a la justicia, no son más que un engaño, y, en el mejor de los casos, un autoengaño subjetivamente creído. En realidad no existen tales sentimientos y aspiraciones, y detrás del derecho se encuentran realmente otros objetivos humanos, y especialmente la voluntad de poder (teorías del poder).

En esa forma presenta ya Platón la teoría en su diálogo sobre la justicia, o *Politeia*. El defensor de la tesis, Trasímaco, no tiene paciencia para esperar que le llegue su turno: asalta, por así decirlo, a los oyentes con su concepción desenmascaradora y destructora de ilusiones; el modo como el escéptico se lanza con alegría y agudeza a la tarea de destruir lo que hasta entonces se creía verdadero da lugar a un retrato clásico en las manos de Platón. Trasímaco expone que el derecho no es más que algo puesto por el poderoso; el poderoso proclama justo lo que le es útil (*τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρειν*, I 339), y lo pone como derecho. La supuesta justicia del súbdito no es más que su sometimiento a esa ley (I 340 b) - aquí aparece el positivismo - y, por lo demás, es un signo de su debilidad, pues basta poseer el poder para permitirse cualquier crimen o ilegalidad sin ser perseguido ni castigado (I 344). En esta última concepción se nos presenta ya la capitulación ante el poder característica del nihilismo jurídico. Trasímaco niega como inexistente un fundamento moral del derecho, y reconoce en cambio al poder político, por existir y ser eficaz, como causa verdadera y suficiente del derecho.

Esta teoría ha sido repetidamente defendida con ciertas variantes: negación de la justicia, reconocimiento del poder como contenido del derecho, y, como consecuencia de ello, reconocimiento de cualquier norma puesta por la autoridad social como derecho, cualquiera que sea su contenido: tales son sus signos característicos. Cuando, por ejemplo, Kelsen declara en su *Teoría pura del Derecho* (1934) que la justicia es pura ideología y que la verdadera aspiración apunta en realidad al poder y a la felicidad,(9) que el contenido de la norma jurídica es indiferente,(10) que el orden jurídico no es más que el poder

(9) pp. 13-14.

(10) p. 28.



520

85



BIBLIOTECA

organizado,(11) tenemos en el fondo ante nosotros la misma concepción.(12) También los políticos cínicos la han defendido siempre; la fórmula nacionalsocialista según la cual el derecho es lo útil a la nación, es decir, lo útil al poder y al bienestar de la nación, exponía en el fondo la misma concepción nihilista negando el contenido moral del derecho. También la fórmula hegeliana según la cual la historia universal es el Juicio Final puede constituirse en nihilismo jurídico si se la separa de su trasfondo metafísico.

Por otros motivos lleva la teoría del materialismo histórico a una negación de la idea de derecho. Por mucho que subrayara la importancia de los intereses de clase en el orden jurídico, Karl Marx no ha defendido la teoría del poder recién apuntada y que casi podría llamarse primitiva. Marx considera el cambio histórico de las formas jurídicas en las que vive la sociedad humana y llega, en contradicción con Hegel, que veía en cada fase histórica un grado del proceso de "conscienciación" del espíritu del mundo, al resultado de que ese cambio está condicionado por modificaciones de la estructura económica de la sociedad. Lo causal en la evolución del derecho no es una idea del mismo consciente en el hombre, sino las relaciones económicas en las cuales vive. Tal es la doctrina llamada de la "sobreestructura jurídica". "En la producción social...", dice Marx en la clásica exposición de su doctrina en el prólogo de la *Crítica de la Economía política*, en la que describe su propio desarrollo intelectual, "los hombres entran en determinadas relaciones necesarias, independientes de su voluntad, las relaciones de producción, las cuales corresponden a un determinado grado de desarrollo de sus fuerzas materiales de producción. La totalidad de esas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se yerguen una sobreestructura jurídica y una subestructura política, y a la que corresponden determinadas formas sociales de la conciencia. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general..." No hay en esta doctrina lugar alguno para una idea del derecho, porque, en cierto sentido, el derecho no es más que

(11) p. 70.

(12) Si bien el nihilismo jurídico lleva al positivismo, no puede afirmarse a la inversa que todo positivismo descansa en un nihilismo jurídico. Así, por ejemplo, la llamada jurisprudencia de intereses, cuya actitud es fundamentalmente positivista, piensa que el derecho surge de una lucha de intereses, pero admite al mismo tiempo que entre esos intereses juegan también algunos "intereses éticos". No puede, pues, hablarse en este caso de nihilismo.

una función del proceso económico, sin verdadera independencia sustantiva. Por eso no puede haber verdades eternas y universalmente válidas, del mismo modo que no son las ideas, sino las relaciones económicas las que constituyen la clave de la historia. La existencia de la idea del derecho es, por lo tanto, consecuentemente negada por la teoría marxista ortodoxa.(13)

Hay un último grupo de teorías nihilistas, orientadas en primer término a la ética y a la moral social y sólo en segundo término al derecho y su desarrollo, que podrían llamarse teorías psicológicas reductivas. Tienen de común el intento de reducir evolutivamente las aspiraciones morales superiores del hombre a tendencias primitivas y a instintos, subtrayéndoles así su significación propia. Ejemplos típicos de estas concepciones son las doctrinas de Spencer, Nietzsche y Freud. Spencer explica el origen de la idea de justicia indicando que las acciones que hoy llamamos buenas o justas fueron en tiempos primitivos celebradas por los demás porque les parecían útiles; así nacieron los conceptos de "justo" y "bueno", basados, pues, en la categoría de lo útil.(14) Más profundo es el alcance de la teoría desarrollada por Nietzsche, de su brillante modo, en *La genealogía de la moral*. Nietzsche parte del hecho documentado, en la historia de la lengua, de que en las lenguas indogermánicas las palabras que en fases adelantadas de culturas significan valores morales, significaban originariamente, en otras fases anteriores, excelencias físicas y de carácter, como fuerza, valentía, ascendencia noble, etc. De ello infiere que los valores hoy llamados morales fueron originariamente una valoración de la capa aristocrática dominante, la capa de los conquistadores, que expresaban así sus sentimientos de fuerza y superioridad. La valentía, la fuerza, el poder y el honor eran sus valores rectores. La actual significación "moral" de esos motivos se ha producido por una transvaloración o trasmutación de valores practicada por los sometidos, movidos por su resentimiento y por su reprimido deseo de poder. En una moral "rebelión de los esclavos" los sometidos han colocado como verdadero valor su propio comportamiento, a saber, la vil humildad, la compasión, etc., y "desvalorado"

(13) Otra cuestión es la de si en su doctrina de la sociedad sin clases no ha desarrollado Marx una especie de iusnaturalismo. Cf. E. Troeltsch, *Gesammelte Schriften*, III, pp. 149 y 334; Troeltsch lo afirma. H. Mitteis (*Über das Naturrecht*, p. 31) alude a la íntima relación que existe entre derecho natural y socialismo en general, sin estudiar especialmente el caso de Marx.

(14) En el fondo se manifiesta también aquí, de otro modo, la idea básica que Platón pone en boca de Trasímaco.

los anteriores valores. El cristianismo ha contribuido especialmente a esa falsificación de valores. - Con esto las valoraciones morales pierden su sentido propio, y no son en el fondo más que disimulada voluntad de poder y de autoafirmación de los sometidos, de los que han salido malparados de la lucha vital.

Freud, por último, ve en las concepciones valorativas vivas en la conciencia moral de la sociedad unas "sublimaciones de los instintos", es decir, transformaciones y desviaciones de los instintos primitivos de autoafirmación y sexual, sublimaciones realizadas por la sociedad, por el grupo, en interés de su propia existencia. Así, porejemplo, y por motivos económicos, ha intentado transformar el instinto sexual en energía de trabajo. De esa expresión de los instintos originarios nace "el malestar en la cultura".(15)

Específicamente jurídica es la teoría de Georg Jellinek. Jellinek fundamenta en la costumbre nuestras representaciones e ideas acerca del derecho. "El origen de la creencia en la existencia de relaciones y situaciones normales se encuentra en una determinada actitud de comportamiento del hombre ante los procesos reales, y esa actitud está psicológicamente determinada. El hombre ve lo que siempre le rodea, considera lo que constantemente percibe, entiende lo que repetidamente hace o ejerce no sólo como hecho, sino también como norma del juicio valorativo, norma con la que examina lo que se aparta de ella y con la que juzga material ajeno a sus hábitos". Así, por ejemplo, los mandamientos de un sacerdote, obedecidos al principio por auténtico temor, pueden convertirse finalmente en mandamientos morales a causa de la repetida obediencia.(16) Tal es la célebre (y tan a menudo desfigurada en las citas) doctrina de *la fuerza normativa de lo fáctico*.

La objeción crítica que debe enfrentarse a todas esas teorías es que simplifican de modo inadmisiblemente el hecho que se trata de explicar, esto es, la vida jurídica misma. Esas teorías sucumben a una tendencia que sin duda es característica de todo pensamiento humano, pero que lleva a menudo a éste al

(15) *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse*, Berlín, 1933, especialmente pp. 16-17, 349; *Totem und Tabu*, 1913. Aquí se encontrará también la teoría freudiana de la conciencia, derivada por el autor de la ambivalencia sentimental respecto del padre. [Trad. española de las obras de Freud, *Obras Completas*, I-II, Madrid, Biblioteca Nueva, 1948. Las dos obras citadas se encuentran en el vol. II.]

(16) *Allgemeine Staatslehre*, 3a. ed., reimpresión 1922, pp. 338-339.

error: la tendencia al monismo, a reducir a una única causa la intranquilizadora multiplicidad de los fenómenos. Ello ocurre tanto en la teoría del poder cuanto en las teorías reductivas, en el materialismo histórico o en la doctrina de Jellinek. En un caso lo que aparece como "verdadero" y único factor conformador del derecho es el poder, en otro el resentimiento de los oprimidos, en otro las condiciones económicas y en otro la costumbre. Pero así no se puede dar razón del fenómeno del derecho. La multiplicidad de contradictorias tendencias que se aprecian en la vida del derecho queda así perdida. Estas teorías ponen en términos absolutos un factor en sí mismo importante. Tal es el resultado que se obtiene en cuanto que se considera rasgos particulares del desarrollo del derecho. La teoría del poder no podrá explicar nunca por qué el poder se disfraza tan gustosamente de derecho (así lo han hecho todos los tiempos; piénsese además en las "guerras justas"), si se parte de la base de que el sentimiento de la justicia no es una fuerza activa en el alma humana. Pero, sobre todo, la teoría fracasa necesariamente ante detalles de la historia del derecho. El desarrollo de la *bona fides* romana, la jurisprudencia acumulada sobre los artículos 242 u 826 del Código Civil alemán,(17) la "invención" de la teoría del enriquecimiento injustificado no se explicarán nunca apelando puramente a la voluntad de poder o a los intereses de clases, sin recoger la presencia de ideas éticas. Lo mismo puede decirse de todo el proceso jurisprudencial en general.(18) La teoría del poder manifiesta así ser una excesiva generalización, y lo mismo puede decirse de las teorías reductivas y del materialismo histórico.

Pero además, puede objetarse a todas esas teorías algunos hechos particulares: en la medida en que explica el derecho como mera función de las condiciones económicas, el materialismo histórico descansa en un desconocimiento de la causalidad anímica. Pasa por alto que en toda adaptación, de un organismo igual que de un ser espiritual, a condiciones externas hay siempre un elemento de espontaneidad, un rendimiento espiritual propio; no puede en absoluto hablarse de simple determinación mecánica. En este contexto vale lo

(17) R. Pound ha subrayado y justificado ese hecho básico en el derecho angloamericano. Cf. *The Formative Era of American Law*, 1936.

(18) Art. 242 del Código civil alemán: "El deudor está obligado a efectuar la prestación como lo exigen la lealtad y confianza recíprocas, de acuerdo con los usos admitidos en los negocios". Art. 826: "Todo aquel que intencionalmente causa perjuicio a otro de un modo lesivo de las buenas costumbres está obligado respecto de éste a reparar el perjuicio". (N. del T.)

26

320

35

que tan brillantemente ha aducido Bergson contra la doctrina causal de la adaptación darwinista. (19) El hecho de que el derecho se adapte a determinadas condiciones económicas no excluye pues que se exprese en el derecho una especial tendencia del espíritu. Tampoco se sigue de ello que en la misma adaptación el derecho no persiga fines propios, ni que el derecho se abstenga de intentar realizar la justicia dentro de las situaciones dadas, y hasta reformar éstas.

Por lo que hace a las teorías psicológicas reductivas, hay que subrayar ante todo que la génesis histórico-evolutiva de un órgano o de un sentimiento no dice aún nada sobre el valor de las ideas o comprensiones así conseguidas. (20) Por lo demás, también estas teorías tienen en contra suya el dato inmediato: los sentimientos morales existen y actúan. En vez de partir simplemente de esos datos, las teorías reductivas tienen que explicarlo mediante complicadas hipótesis que no son demostrables en sus detalles. Esto puede decirse ante todo de la doctrina de Freud. Pero también la teoría nietzscheana de la transmutación de los valores por el resentimiento es una doctrina insatisfactoria. Nietzsche ignora que también valores como la humildad albergan una vivencia auténtica y propia, y no sólo resentimiento.

También la teoría de la fuerza normativa de lo fáctico destaca una circunstancia - en sí importante para la formación del derecho, como hemos indicado ya antes - (21) y no basta por ello para explicar todos los fenómenos. Los principios morales en los que parcialmente descansa el derecho no pueden explicarse sólo por la costumbre. Precisamente la jurisprudencia, en la que se comprueba diariamente, por así decirlo, la viva fecundidad de una idea ética como la de lealtad, es una prueba de que los valores morales tienen una vida propia en el derecho, de que son fuentes de renovado conocimiento como de ningún modo podría serlo una mera costumbre. Con su teoría, Jellinek ha generalizado inadmisiblemente una exacta observación hecha en el ámbito de la vida estatal. (22)

(19) *Évolution créatrice*, cap. 1. - Bergson contrapone aquí la "adaptación" de una cantidad de agua que se echa en un vaso, adaptación que es a la forma del vaso (adaptación mecánica), y la "adaptación" de una especie animal a las condiciones del mundo circundante (adaptación espontánea). Cf. Troeltsch, *Historische Zeitschrift*, 106, p. 239.

(20) Cf. el texto de Otto citado en p. 80.

(21) Cf. *supra*, p. 40.

(22) Más precisamente, en el círculo de problemas de la legitimidad, cf. *infra*, p. 215, nota 124.

Pero la crítica no debe llevar a caer en el extremo opuesto, declarando al derecho entidad puramente espiritual, fundada exclusivamente en la ética, de tal modo que se ignoren los demás elementos de su estructura. También las teorías del nihilismo jurídico contienen penetraciones esenciales en el ser del derecho; su error consiste propiamente en que absolutizan verdades parciales y pasa por alto las tendencias morales supremas del derecho. Todo derecho positivo contiene también una seguridad del poder, y es por tanto expresión de relaciones de poder. Todo derecho positivo está en el peligro de servir a intereses de clase, y sucumbe además a menudo a ese peligro. Los intereses de clase y la conciencia de clase no son sólo obstáculos difíciles de superar en la imposición de la regulación justa, sino que, además, constituyen un peligro de desviación del sentimiento jurídico y resultan así un riesgo para la jurisprudencia misma. Conocer ese peligro es por ello mismo de suma importancia para todo juez: sólo conociéndolo puede hacerle frente con su propia vigilancia. El estudio de las relaciones entre el derecho y la vida económica es imprescindible para el conocimiento del desarrollo histórico del derecho; pero el hecho es que en ella existe una pugna de diversas tendencias, una pugna de la voluntad económica con la voluntad jurídica, y no una unilateral determinación en una dirección. Finalmente, por lo que hace a las teorías psicológicas, las concepciones de Freud - por más que discutibles en detalle - ofrecen en su conjunto una exacta descripción de la "domesticación" de los individuos por el grupo, y la doctrina de Nietzsche es también verdadera en la medida en que aclara la intrincación, siempre posible, de motivos muy diversos incluso en exigencias de apariencia estrictamente ética. Para la ciencia y para la práctica jurídica es de suma importancia conocer la complicada motivación de los deseos humanos, incluso de los éticos, saber que también detrás de esfuerzos jurídicos y morales puede haber otros motivos no sólo conscientes (que esto se ha sabido siempre), sino también inconscientes. (23)

Como se ha dicho, el *relativismo* no niega la existencia de tendencias y valores morales, ni tampoco la existencia de la aspiración a la justicia; lo que niega - en diversos modos - es, en parte, la perceptibilidad unívoca de los valores

(23) Cf. por ejemplo lo dicho *supra* acerca de la relación entre la exigencia de igualdad y la envidia, p. 69.

morales y, en parte, la existencia de criterios universalmente válidos de la corrección y de la superioridad de determinados valores morales sobre otros. También en este caso deben distinguirse diversas concepciones.

Ante todo hay que considerar la concepción, de origen kantiano,(24) según la cual las proposiciones universalmente válidas sólo permiten expresar la forma de la ley moral, y no el contenido de las ideas valorativas morales. Esta concepción descansa en la idea de que toda la vida sentimental del hombre depende en su contenido de estímulos sensibles, esto es, de la acción de objetos empíricamente dados, y de que el mundo de los sentimientos, incluidos los sentimientos éticos, no muestra ni un contenido describable ni una articulación determinable;(25) con eso esta concepción da lugar a una tendencia a considerar como tema único de la filosofía del derecho la investigación de la *forma* pura de éste. Esta tendencia ha desempeñado claramente un papel en la filosofía neokantiana del derecho.(26) La concepción ignora que también en la vida sentimental pueden distinguirse grupos de sentimientos muy diversos, y que los contenidos sentimentales - y precisamente los morales - están dados al hombre independientemente de toda experiencia externa. Esa concepción debería considerarse superada por las investigaciones de la fenomenología y de la psicología moderna.(27) De mayor influencia contemporánea es la doctrina de la ética de la responsabilidad, representada principalmente por Max Weber y no sin relación con las concepciones de origen kantiano. Según la ética de la responsabilidad es posible distinguir y describir una multiplicidad de valores éticos, pero entre esos valores no existe jerarquía alguna, sino que más bien están en contradicción. El individuo puede decidir entre ellos, en favor del valor que es para él supremo, bajo su propia y personal responsabilidad. No hay criterios objetivos del acierto de su elección. Max Weber ha hablado gráficamente de "politeísmo de los valores", un politeísmo en el cual hay que decidirse por algún

(24) Sobre otros orígenes históricos de la concepción, cf. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik*, pp. 62-64, 269.

(25) Cf. la frase de Stammler, según la cual el alma es "un mar incommensurable e imprecisable", *Richtiges Recht*, p. 148. Cf. también Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 14.

(26) Cf. apéndice III.

(27) Cf. la crítica de Scheler, *loc. cit.*, pp. 49 y ss., 58 y ss., 78 y ss., y Nohl, *Ethische Grunderfahrungen*, pp. 102 y ss.

dios.(28) Esta concepción ha hallado eco en la ciencia jurídica sobre todo en las filas de la escuela del derecho libre.

La doctrina de Radbruch que podría llamarse del *relativismo sistemático*, constituye cierta limitación de la anterior. Radbruch empieza por reconocer, cosa muy importante, la existencia de la justicia como un valor formal,(29) pero universalmente vinculatorio;(30) afirma sin duda la existencia de diversos posibles valores supremos de relevancia para el derecho (persona, comunidad, cultura), pero se da cuenta de que el reino de los valores no permite una elección absolutamente indiferente, sino que más bien es sólo un número reducido de valores supremos lo que se presenta, y que cada decisión por uno de ellos acarrea una serie de consecuencias sistemáticamente apreciables.(31) Con ello se reconoce - a diferencia de lo que ocurre en el puro politeísmo de Max Weber - que en el reino de los valores existen amplias conexiones reconocibles y que limitan la humana libertad de decisión.(32)

Una última matización del relativismo es el *historicismo*. El historicismo parte del reconocimiento de que las ideas morales de los hombres se conforman de modos diversos en las diversas épocas y culturas y que, consecuentemente, sólo en los respectivos marcos de esas épocas y de esas culturas tienen su valor. Se trata en el fondo del descubrimiento de que todos los mandamientos morales y jurídicos están ligados a una situación determinada e irrepitable. En este sentido ha hablado Riezler de la relatividad de todo derecho: "Esta relatividad tiene que significar... que todo derecho, sea derecho positivo, sea el ideal jurídico..., se encuentra en relación con determinados presupuestos históricos, políticos, sociales, económicos, empíricos, en una palabra, y que, como esos presupuestos no se dan en todas partes y en todas las épocas ni son siempre los mismos, también el derecho es diverso en los distintos pueblos... y está sometido a un cambio constante; dicho negativamente: no existe ningún derecho positivo universalmente válido y libre de tales lazos, ni puede existir tampoco un ideal

(28) Cf. *Wissenschaft als Beruf*, 3a. ed., p. 32. Cf. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 28.

(29) Cf. *infra*, p. 130, nota 63.

(30) Cf. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, pp. 23 y ss.

(31) Max Weber ha formulado ideas análogas (cf. por ejemplo *loc. cit.*, pp. 31-32), pero no lo ha hecho nunca con la claridad y la agudeza sistemática de Radbruch ya en la primera edición de su *Rechtsphilosophie*, pp. 94 y ss.

(32) Cf. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, p. 27 (§ 8 III).



520 05

absoluto".(33) Según esta concepción, sólo en el marco de una cultura puede llegarse a una concreta conformación de lo ético, a una "síntesis cultural" (Troeltsch). Como creación concreta, esa síntesis cultural no tiene más que un valor relativo.(34) Toda cultura merece el mismo respeto como conformación concreta: todas las épocas están en este sentido a la misma distancia de Dios. También en este caso tiene, pues, el individuo, que decidir entre ellas. El historicismo, por lo tanto, niega que exista una configuración de contenido moral o político por encima de los tiempos. En sentido absoluto no puede haber, a lo sumo, más que una idea formal de lo moral; su contenido, en cambio, su materia, está necesariamente ligada a la situación y se diversifica según ella.

El relativismo de estas concepciones puede ser de muy diverso alcance. Mientras una concepción no deja irresuelta y libre más que la elección entre valores supremos determinados y precisos en su contenido, la tendencia extrema está dispuesta a considerar correcta cualquier valoración eficaz en la historia, o a considerar subjetivas a todas las valoraciones.

El relativismo se basa en una serie de hechos: la dificultad de fijar objetivamente los contenidos morales, la ligazón entre las exigencias éticas y la situación, tal como se presenta, sobre todo, en la diversidad histórica de los sistemas morales, la lucha de los diversos ideales éticos del presente y el hecho del conflicto entre valores.(35)

Para poder tomar posición ante estas cuestiones es necesario profundizar en la cuestión metodológica de cuál es la vía por la cual llegamos al conocimiento de exigencias éticas.

Llegamos al conocimiento ético por reflexión sobre el contenido de nuestro sentimiento moral, o, por decirlo con la acertada expresión de Dilthey, mediante un "análisis de la conciencia moral". En ese análisis podemos servirnos de las formas históricas de la ética del cómo nos las ofrece la historia de la cultura; lo decisivo para cada cual es aclararse el contenido del propio sentir moral.(36)

(33) *Festgabe für Wenger*, I, 24. En el mismo sentido va su crítica a la teoría apriorística del derecho de Reinach, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 17, pp. 264 y ss., esp. p. 278.

(34) Para Troeltsch, de todos modos, cada síntesis cultural está en relación con lo absoluto, a causa del fundamento divino de la historia. Cf. *Gesammelte Schriften*, p. 211.

(35) Este es el fenómeno consistente en que en una determinada situación se presentan al hombre varios valores exigiendo su cumplimiento; por ejemplo, el deber de decir la verdad y el amor al prójimo en el caso del enfermo desahuciado.

(36) Cf. Nohl, *Die sittlichen Grunderfahrungen*, p. 11.

Todo conocimiento moral tiene que apoyarse en "la experiencia de los valores que tiene lugar en el sentimiento y en los actos de preferencia".(37) En nuestra conciencia moral se nos dan determinados hechos espirituales: justicia, veracidad, lealtad, etc.; los llamados valores.(38) Constituyen un ámbito propio en el seno del ser ideal; pues también aquí hay que distinguir entre nuestras representaciones y sentimientos y el hecho al que apuntan. Los valores no son meros fenómenos de conciencia: son independientes de la conciencia que los apresa.(39) El análisis de la conciencia moral da como resultado que en el terreno moral no nos hallamos en presencia de un valor único - el valor "bueno", por ejemplo - , sino con una multiplicidad de valores morales específicos y diversos; para decirlo gráficamente, hablaremos del reino de los valores morales.(40) reino que se nos abre y manifiesta en nuestro sentimiento moral.

Esta posibilidad de alcanzar un conocimiento moral ofrece sin duda ciertas dificultades inevitables. No posee la exactitud de los métodos científico-naturales ni la constrictión de una deducción lógica o matemática. Se trata efectivamente de mostrar e identificar propios contenidos de conciencia, para analizarlos y describirlos; la evidencia no puede, por lo tanto, proceder más que del propio sentimiento del valor. No hay posibilidad de comprobación experimental: la última instancia es la vivencia humana. La posibilidad de errores es por ello mismo relativamente grande. Tampoco es, en efecto, un criterio seguro la opinión general, el *consensus omnium*: también este consenso puede errar. Para poner esto de manifiesto no es siquiera necesario recordar el hecho empírico de que precisamente la masa de los hombres no es frecuentemente capaz de seguir ideas valorativas elevadas;(41) basta para el jurista con considerar la jurisprudencia del Tribunal del Reich sobre el concepto de "buenas costumbres". El Tribunal del Reich ha descrito el concepto mediante la fórmula de que lo decisivo es "el sentimiento de decencia de las personas que piensan con justicia y equidad". En esa descripción encontramos, por un lado, el *consensus omnium* (como elemento subjetivo), y, por otro, una apelación a evidentes

(37) Cf. Scheler, *Formalismus...*, p. 338.

(38) Cf. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik*, etc., 2a. ed., pp. 11, 30, 33, 45, 357; N. Hartmann, *Ethik*, 1a. ed., p. 27.

(39) Cf. Scheler, *loc. cit.*, p. 276, y lo dicho *supra* acerca del ser del derecho.

(40) Cf. Hartmann, *Ethik, passim*; Scheler, *loc. cit.*, pp. 104 y ss. Nohl, *op. cit.*

(41) Cf. Mensching, *Soziologie der Religion*, pp. 132 y ss.; Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*.

conceptos morales, pues sólo se considera el juicio de los "que piensan con justicia y equidad" (elemento objetivo).<sup>(42)</sup> Interesante en nuestro contexto es el hecho de que cuando después de la primera guerra mundial alguien intentó apelar al descenso del concepto general de moral, el Tribunal del Reich declaró que esa modificación de las concepciones generales carecía de relevancia ante el contenido fijo de aquello que es justo y equitativo. Esta sentencia muestra que el *consensus omnium* no puede ser siempre decisivo. Por otra parte, empero, la sentencia pone de manifiesto que existe algo así como una intelección general y universalmente válida del contenido de los valores morales, y que en la vida práctica partimos acriticamente de esa intelección. La opinión descrita, según la cual es imposible un conocimiento cierto sobre cuestiones de contenido moral, siendo a lo sumo posible la opinión subjetiva, carece de fundamento. Cierto que la intelección moral no puede nunca despojarse totalmente de la vivencia subjetiva (pues esta vivencia es la única vía de acceso que tenemos para llegar al mundo de lo moral), cierto también, consiguientemente, que una proposición acerca del contenido de valores morales no alcanzará nunca la exactitud del conocimiento científico-natural y que la importancia de la "ecuación personal" será siempre considerable; pero siempre será posible enunciar un grado de verdad sobre el contenido de los diversos valores morales. En otro caso sería completamente imposible e inimaginable una comprensión entre hombres, especialmente de diversas culturas. En última instancia, también en este terreno de lo moral se pone de manifiesto, como en el de la percepción sensible, que, en líneas generales, es el mismo ámbito de ser el que se abre a todos los hombres. Tenemos pues que partir del hecho de que los diversos valores morales, tal como se nos dan en la conciencia moral, son describibles con cierto grado de corrección objetiva.

Sigue empero en pie el inquietante fenómeno de que en diversos momentos de la historia y en diversas culturas encontremos diversos valores proclamados como *supremos*, o el fenómeno de que también en el mundo presente nos encontramos ante diversos valores que exigen que les sigamos sin que podamos satisfacerlos a todos. En el mundo de Homero o en el orden jurídico de las sagas

(42) Análogamente se partió en los procesos por crímenes de guerra en Nuremberg de principios jurídicos generales válidos en todos los países civilizados.

islandesas encontramos ideas de valores muy diversas de las de la cultura cristiana occidental. Mientras que por un lado encontramos como valores supremos las cualidades del guerrero - valor, robustez, honor, ascendencia noble -, por otro damos con el respeto al hombre, la humildad ante Dios y el amor al prójimo como supremas exigencias morales. Ante análogo conflicto de valores nos encontramos en Alemania cuando el nacionalsocialismo proclamó su llamada "concepción nacional del mundo" oponiéndola a la cristiana. En este punto surge, ante todo, la cuestión de si realmente se equivalen todas estas concepciones del valor. No hay duda de que unas y otras presentan valores: valores son la valentía y la fuerza igual que la humildad y el amor. Pero la cuestión es si se equivalen en rango o si existe entre ellos una jerarquía. También en este caso tenemos que apelar a un examen de nuestra vivencia de los valores. Y tampoco podemos esperar una respuesta exacta en cada caso concreto. No obstante, está fuera de duda que no todos los valores son del mismo rango. La mera valentía física y la robustez corporal son excelencias que retroceden ante los valores propiamente espirituales y morales; tampoco es el honor el bien supremo; la conciencia de haber obrado bien vale más que la fama externa. La historia de la cultura confirma a grandes rasgos esa jerarquía de los valores. Pues ¿en qué apreciamos el progreso de los hombres, sino en el desarrollo de su capacidad espiritual y moral? La experiencia histórica ofrece también el fenómeno de la imposibilidad de abandonar "hacia atrás" un determinado grado de conocimiento espiritual y moral, o la imposibilidad al menos de abandonarlo con la conciencia limpia. El proceso de consecución de intelecciones espirituales y morales superiores es irreversible. Una vez obtenidas aquellas intelecciones, es imposible seguir ignorando los valores superiores. Con razón se ha hablado de la "irreproducibilidad de las fases éticas primitivas".<sup>(43)</sup> El intento de algunos grupos nacionalsocialistas de restablecer una especie de primitiva ética de la tribu era por ello inviable; jamás habría podido dar lugar a una auténtica involución de la conciencia moral en el sentido de una ética tribalmente ligada.<sup>(44)</sup>

(43) Mensching, *loc. cit.*, p. 254.

(44) Es característico que Hitler mismo no se tomara en serio esos intentos: basta para convencerse de ello leer las despectivas consideraciones sobre el pueblo contenidas en *Mein Kampf*. El intento no era en última instancia serio. Nuestras observaciones valen análogamente cuando se trata de las relaciones de valor entre persona y comunidad.



320

05

La jerarquía de los valores que nos es perceptible basta, pues, para manifestarnos los grados elementales del reino de los valores; basta para eliminar la tesis del historicismo radical según la cual todas las ideas morales que han sido eficaces en la historia son en principio de igual dignidad.

Queda por considerar el fenómeno del conflicto de valores en el seno mismo del mundo de éstos, por ejemplo, entre el ideal humanístico de autodesarrollo y autoformación y el ideal del amor al prójimo. Esos dos valores son muy difíciles de coordinar en el ejercicio práctico; nos vemos así obligados a elegir entre ellos, a decidimos por uno de ellos. Este es un hecho que no puede negarse. La decisión moral es ineliminable de la vida moral. *Pero sería falso describir la situación como si fuera nuestra decisión la que diera al valor su valor.* No se trata de eso. El que tengamos que decidir se debe a la limitación de nuestras vidas; no podemos realizar homogéneamente todo el reino de los valores, no podemos reasumir en nuestra acción a la humanidad entera. Nuestro destino es la limitación.(45) Pero precisamente por eso siguen conservando su valor los valores por los cuales no nos decidimos; el que no los sigamos es culpa nuestra. El hecho de que, como individuos, tengamos que elegir no afecta, pues, al carácter de los demás valores (no elegidos): éstos siguen siendo valores incluso para nosotros. (46)

Hay que observar, además, que no todos los valores éticos son tan excluyentes que nos impongan tal decisión. Hay una serie de exigencias morales elementales -relativas especialmente a nuestro comportamiento con el prójimo- que pueden fácilmente ser satisfechas todas a la vez y junto con valores capaces de llenar la vida; entre ellos hay que contar precisamente los valores de que se ocupa el derecho: justicia, fidelidad a la palabra dada, honestidad, etc.(47)

Por último, por lo que hace al condicionamiento situacional de las exigencias éticas, es verdad que nuestra conciencia moral no nos proporciona instrucciones o indicaciones abstractas, sino que se limita a indicarnos el camino a seguir en el caso particular, en la situación concreta. Pero no debemos pasar por alto que

(45) Cristo no nos llama la atención sobre todos los hombres, sino sólo sobre nuestro prójimo, que es el próximo.

(46) Cf. Nohl, *op. cit.*, pp. 130-131.

(47) Sobre esto ha llamado la atención principalmente Troeltsch, *Gesammelte Schriften*, III, pp. 197, 203 y 706; análogamente Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, pp. 23 y ss.



la vida humana es de tal naturaleza que no solo cuenta con una evolución, sino también con fenómenos fundamentales que se repiten siempre: hay una tópica de las situaciones, cosa que desconoce el historicismo. Es posible describir el contenido de los valores morales tomando en cuenta esas situaciones típicas -sin duda que a costa de no agotar el contenido en cuestión-, consiguiendo así una imagen esencial que rebasa la situación individual. De este modo puedo, por ejemplo, determinar el concepto de justicia, al menos en su núcleo.

Así volvemos a nuestro propio problema: la cuestión del contenido moral del derecho, la cuestión de la idea del derecho. Frente al relativismo hemos mostrado que es posible una intelección moral objetiva, y, en cierta dimensión, también por lo que hace a la jerarquía de los valores morales. De esa intelección general debemos ahora inferir las consecuencias relevantes para nuestro problema específico.

En el centro de los valores morales del derecho se encuentra, como hemos visto, la justicia. Nuestra investigación debe ahora dirigirse a ella.

3. Como valor objetivo,(48) la justicia se orienta a nuestra actitud y nuestra relación con el prójimo. Ella nos exige que reconozcamos al prójimo del mismo modo que deseamos nosotros ser reconocidos, vivir y desarrollarnos. Esto implica ante todo cierto dominio de sí mismo: no puedo ceder simplemente a cada uno de mis deseos o de mis humores; tengo que tomar en consideración al otro, su existencia, su derecho a la vida; aquí precisamente reside el parentesco de la justicia subjetiva (virtud personal) con la consideración y el tacto. La justicia obliga a *reconocer* al otro, por principio, como un ser de iguales derechos y de valor propio. G. del Vecchio identifica por ello la justicia con la posición del otro como sujeto en el sentido de un idealismo fichteano.(49) En este sentido se asemeja la justicia a la virtud de humanidad, y por eso se ha dicho con razón que esta última es el fundamento de todo derecho.(50) Por eso, pues, no debo dañar a otro ni personalmente ni en su propiedad, y si a pesar de ello lo he hecho, tengo que compensar la lesión. Aquí destaca un rasgo característico de la justicia. La justicia cuenta con una determinada *escala* para precisar el

(48) Cf. sobre esto N. Hartmann, *Ethik*, pp. 318 y ss.; se encontrará también una exposición resumida y de conjunto, con inclusión de las doctrinas más importantes en la historia, en *La Justicia*, de G. del Vecchio.

(49) *Loc. cit.* Cf. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, 1796, p. 19.

(50) Albert Schweitzer, *Kultur und Ethik*, pp. 261 y XXI.

modo como hay que reconocer al otro, el modo como debo realizar mi respeto del otro.(51) Esto la diferencia característicamente de la virtud de humanidad y del humanismo, el cual en el sentido del *homo sum humani nil alienum mihi puto*, supone una comprensión más amplia y generosa que la justicia. La justicia exige *igualdad*. Debo tratar al otro como él me trate a mí; no debo esperar del otro nada que yo no esté dispuesto también a hacer por él. No hagas a otro lo que no deseas que te hagan a ti, ordena la justicia: haced a los demás todo lo que quisiérais que los demás hicieran por vosotros. A la prestación debe corresponder una contraprestación; a la lesión, compensación. El límite entre el otro y yo no puede trazarse sino por criterio de equivalencia. En esa equivalencia se expresa precisamente la justicia entre los dos; le trato como yo mismo querría ser tratado, y le respeto así como persona al modo como me respeto yo mismo.(52) Con esto se expresa otra nota de la justicia: ella exige que dé al otro lo que le corresponde: *táááá proshcmta*, dice Platón, *suum cuique tribuere*, dice Ulpiano (D. 1, 1, 10). La escala sigue siendo la igualdad: no exijo la prestación que no hago. La exigencia de dar a cada uno lo suyo se manifiesta también en el grupo, cuando alguien está superpuesto a otros como dirigente. El que está por encima tiene que dar a cada cual lo que le corresponde, sin preferir a nadie, tratando a todos igualmente por principio, y sin hacer distinciones más que ante prestaciones diferentes - exactamente igual que en la relación de reciprocidad a un mismo nivel.

Con esas exigencias excluye la justicia un determinado tipo de actitud respecto del prójimo: el trato arbitrario y caprichoso y la violencia.(53) La arbitrariedad es la contradicción precisa de la justicia. Tratar arbitrariamente significa no tratar según una escala fija, no compensar prestación con prestación, sino decidir, sin motivo objetivo, un trato una vez bueno y otra vez malo según capricho. La justicia es consecuente y constante,(54) el humor es inconsecuente. *Sic volo, sic iubeo, stat pro ratione voluntas*, tal dice la arbitrariedad, mientras que la justicia puede aducir un fundamento para su comportamiento, un fundamento que se encuentra ya presente en el comportamiento del otro. El capricho no se ata a ninguna escala

(51) Emge ha destacado especialmente este punto en *Sicherheit und Gerechtigkeit*, pp. 18 y ss.

(52) Cf. Del Vecchio, *op. cit.*, p. 68, y Mitteis, *Über das Naturrecht*. Deutsche Akademie der Wissenschaften, Vorträge und Schriften, Heft 26, p. 34.

(53) Cf. especialmente Darmstaedter, *SJZ* 48, p. 430.

(54) Mitteis ha subrayado con razón este punto, *loc. cit.*, pp. 31, 34-39.

de criterio: prefiere o perjudica, premia o castiga de un modo imprevisible, diferencia a su gusto y según caracteres que nadie puede prever porque no tienen relación alguna con el fondo objetivo de la cuestión. La justicia es calculable y segura, la arbitrariedad no lo es. El favorito es favorecido porque resulta simpático, no porque rinda una determinada prestación; y el hombre desagradable para el que decide es pospuesto aunque sea competente. Eso supone un desprecio, un desconocimiento del propio valor humano del así tratado. La arbitrariedad no considera necesario tomar en serio a ese hombre, pensar en lo que sabe y en lo que hace; salta por encima de él como si no existiera, como si fuera una cosa y no un hombre como nosotros. El tratado arbitrariamente es violado como hombre.

En contradicción con la justicia está también toda desmesura, como por ejemplo la venganza: la venganza es desmesurada. Su objetivo es en el fondo el aniquilamiento del odiado enemigo: no da paz hasta llegar a aniquilarlo. Por eso se encuentra en contradicción con la justicia. La justicia compensa, pero no se venga. Por esta razón todos los estados psíquicos de irritación son perjudiciales para la justicia: cólera, rabia y excitación cierran el paso a la justicia. Ésta presupone calma y objetividad, tiene que proceder *sine ira et studio*. El que quiere ser justo tiene que reflexionar sobre lo que corresponde al otro, tiene que sopesar lo que ha hecho y dado de sí, tanto en el trato recíproco como desde el punto de vista de la comunidad. Luego de hacerlo, determina lo que le corresponde. La justicia exige pues un determinado estado anímico y una determinada actitud respecto del otro: tiene que ser objetiva, en el sentido del proceso del conocimiento, de la investigación de la verdad, del análisis de una conexión compleja que se orienta totalmente al objeto, dispuesta y resuelta a capturarlo. Por eso deben reprimirse todas las relaciones emocionales que se tengan con la persona del otro. Mal juez es el que ama u odia. Así se pone de manifiesto la relación entre conocimiento y realización de la justicia, entre ésta y la investigación de la verdad, parentesco tan básico para la actividad del juez y para las reglas de esa actividad, el proceso y el derecho procesal. Presupuesto del obrar justo es el conocimiento objetivo de la verdad: para dar a cada uno lo suyo, tengo que saber lo que cada uno es y hace.

Pero la justicia no tiene su contradicción sólo en la venganza, la cólera y la arbitrariedad; hay también valores superadores de esas actitudes y que al mismo

29

35

tiempo promueven un comportamiento que rebasa la acción de la justicia.(55) Ya hemos citado antes la virtud de humanidad; más allá van aún la gracia y, sobre todo, el amor. La gracia supera y elimina la pena exigida por la justicia, la anula por una infinita superioridad sobre todo lo humano, mediante una participación que viene de arriba. La gracia deja a sus espaldas la escala de la justicia y es propiamente sobrehumana y divina.(56) Pero el amor es el que más da, por encima de todo mérito y medida; el amor no mide ni calcula; da y unifica mientras que la justicia separa y distancia. Con cálida inclinación abraza el amor al ser entero del otro, mientras que el justo intenta simplemente juzgar, con frialdad y objetivamente, manteniéndose por ello ante todo en las acciones y en las prestaciones objetivamente documentables.

Sobre este valor de la justicia se levanta la capa más alta del derecho.(57) Pero, como ya hemos destacado, la justicia se encuentra con un material previo que le viene del orden pacífico dador de seguridad; la justicia no puede obrar con entera libertad: está atada por las propiedades de ese material, igual que en la obra de arte la idea artística no puede realizar sin tomar en consideración la característica del material. La justicia conforma al derecho en el sonido de la igualdad, del mismo respeto para todos, del tratamiento de todo el mundo según sus prestaciones; la justicia se propone eliminar la arbitrariedad y dar a cada uno lo suyo. A ello se opone el orden social con sus peculiaridades: ante todo con la limitación de su competencia objetiva. La justicia no se ocupa por principio más que con la sección de las acciones humanas que es socialmente relevante.(58) Luego encuentra la justicia nuevos límites en el hecho de que el derecho es un orden abstracto, basado en casos típicos en los que nunca queda abarcada la totalidad de la personalidad.(59) Con ello la justicia del derecho entra en contradicción con la justicia personal. La justicia del derecho se basa en hechos y acciones aisladas de un modo mucho más exclusivo de lo que debería hacerlo una justicia personal. La característica de frío cálculo destaca mucho más en la justicia del derecho. Ésta es abstracta, se limita a abstraer del caso concreto unos

(55) Esta circunstancia puede dar lugar a confusiones, como ocurrió cuando la Ilustración combatió la gracia como arbitrariedad.

(56) Cf. Grewe, *Gnade und Recht*, pp. 11, 41.

(57) Cf. *supra*, p. 50.

(58) Cf. *supra*, p. 36.

(59) Cf. N. Hartmann, *Ethik*, p. 475; *supra*, p. 33.

elementos típicos y pasa por alto los demás, mientras que una justicia personal es en este sentido mucho más flexible. La abstracción de la justicia del derecho no resulta soportable sino porque, en general, se ocupa de acciones y manifestaciones humanas en las que el hombre pone relativamente poco de su personalidad. Lo mismo ocurre con la contradicción entre justicia y equidad. La palabra *equitativo* se interpreta de muy diversas maneras y afecta a hechos muy diversos. En su uso por la jurisprudencia parece ser a veces simplemente una especial designación de ciertas exigencias de la justicia;(60) pero al lado de ese tiene también un sentido propio. Llamamos a una decisión "equitativa" cuando - rebasando las exigencias mínimas de los principios del orden jurídico - tiene en cuenta las especiales circunstancias del caso decidido y la situación personal de los interesados en el mismo. Al rebasar los principios en los que se manifiesta la justicia jurídica, la equidad se aproxima a la justicia personal. Otra limitación del ideal de justicia es la tendencia del derecho a la seguridad; el derecho asegurará por de pronto una situación existente. Esto estrecha el ámbito de la justicia. La justicia del derecho se mueve siempre en el marco de un determinado orden del poder y de la propiedad, orden aceptado tal cual y cuya transformación en el sentido de las exigencias de la justicia tropieza siempre con tenaz resistencia. Aquí se abre el profundo abismo entre justicia del derecho y justicia social, y este es precisamente el frente en el que siempre ha estallado la lucha entre el derecho y la idea del derecho - contra el derecho en nombre de la idea del derecho.(61) Pero el obstáculo se aprecia también el problemas particulares. El ejemplo clásico es la fuerza jurídica de la decisión judicial objetivamente incorrecta: el interés por la paz y la seguridad triunfa en este caso sobre la justicia. Esta barrera a la justicia puesta por la institución de la cosa juzgada se debe, en efecto, a que en la justicia alienta un cierto elemento anárquico. La exigencia de justicia no descansa nunca, mientras que el orden social exige calma y tranquilidad. Las tensiones que así se constituyen se aprecian en toda la historia del derecho y constituyen una parte considerable del movimiento de esta. Siempre que la idea de equidad triunfa sobre el derecho estricto, la idea de justicia libre rompe las ataduras que le pone el orden de la seguridad. Cada vez que el derecho natural se levanta contra el orden positivo se lanza a la lucha contra las ataduras del rígido orden de la paz social.

(60) Cf. M. Rümelin, *Die Billigkeit im Recht; Isay, Rechtsnorm und Entscheidung*, pp. 116 y ss.

(61) Cf. Mitteis, *loc. cit.*, p. 13.

Aún hay que destacar otro momento lógico de esta problemática. El orden jurídico es un orden de grupo; su fuerza se ejerce en la relación de subordinación de los sometidos a los titulares del poder. Por eso se manifiesta menos el rasgo de reciprocidad propio de la justicia que la otra nota: igualdad en el trato. Por eso la fórmula de la justicia jurídica podría formularse así: tratar igual casos iguales; evitar discriminaciones no impuestas por la cosa misma. Así destaca fuertemente la idea de igualdad en el sentido de trato igual a todos los ciudadanos. Esa idea queda reforzada por el carácter abstracto del orden jurídico: la idea de igualdad se antepone a la exigencia de justicia individualizada.

La justicia jurídica es, pues, discutible y problemática desde muchos puntos de vista. No se trata sólo de que la justicia no sea el supremo valor en el reino de lo moral: es, además, que este valor no puede realizarse en el orden jurídico sino en medida muy limitada. La justicia jurídica es necesariamente una justicia sumamente fragmentaria. Nunca significa la última palabra, sino que es siempre una palabra provisoria. De toda sentencia judicial puede decirse en el fondo lo que se dice del juez de la fábula de Natán el sabio:

*Por eso os cito ante este tribunal  
para dentro de mil y de mil años:  
Habrá entonces aquí un juez más sabio  
que yo, y él hablará: marchaos.*

Al hablar de las tensiones que se manifiestan en el ámbito de la justicia jurídica hemos tocado un último problema íntimamente enlazado con la idea misma de justicia. En la esencia de la justicia yace una antinomia, antinomia que no se manifiesta con claridad sino cuando se trata de algo más que la simple relación de reciprocidad, a saber, cuando alguien, en una situación de superioridad, tiene que juzgar sobre otros (o sea, en la situación en que de modo típico se encuentra el juez). Se trata de la contradicción entre la exigencia de *igualdad* y la exigencia de *justicia individual*. La justicia me exige que dé a cada cual lo suyo; pero "lo suyo" no puede medirse más que individualmente: sólo me hará justicia - a mí y a mi obrar - el que me califique según toda mi peculiaridad individual, y ésta es precisamente la más profunda aspiración de la justicia. Pero si toda acción se mide partiendo de la totalidad de sus concretas condiciones y de su origen individual, entonces deja de haber acciones y hechos comparables,

pues todo evento social es único y aislado en su tipo.<sup>(62)</sup> No quedaría, pues, espacio alguno para la igualdad. La igualdad es sólo imaginable entre acciones iguales, lo que significa que sean previamente comparables. La igualdad impone, pues, la exclusión de una serie de notas individualizadoras, para no apreciar más que el contenido típico de las acciones. Pero incluso cuando se procede así, cuando se centra todo en lo típico, resultan determinadas diferencias en la construcción del caso o en la constitución de las personas, diferencias que ni siquiera la voluntad de igualdad puede pasar por alto; en estos casos hay que diferenciar, si es que no se quiere violar gravemente la exigencia *suum cuique*. En la consideración de un contrato puedo eliminar por abstracción el hecho de que por una parte se trate del pianista X y por otra del pintor Y; pero si una de las partes es un adulto y la otra un niño de diez años, no puedo pasar por alto la circunstancia concreta. Por eso la exigencia de la justicia no dice rígidamente "a todos lo mismo", sino "tratar igual casos iguales". Es, pues, un compromiso entre la igualdad generalizadora y la justicia individual.

Pero aquí se plantea precisamente la espinosa cuestión de cuál es la escala para decidir cuándo hay que tratar de modo igual y cuándo hay que diferenciar. Esta cuestión no puede resolverse en base a la justicia exclusivamente; la justicia nos deja aquí en un callejón sin salida, pues no contiene sino el criterio negativo de que la diferenciación no debe ser arbitraria; no nos da ninguna respuesta positiva, sino que nos indica la esencia misma de las cosas. La diferenciación, exige la justicia, tiene que poseer un fundamento *objetivo*; tiene que resultar de la cosa misma, y no debe ser puesta arbitrariamente por el hombre. La idea del derecho manifiesta aquí su apertura: no nos suministra ninguna valoración cerrada y conclusa. En esta cuestión la idea del derecho nos remite más bien a aquel otro complejo de fenómenos que constituyó el segundo punto de partida en nuestra investigación de los prototipos del derecho: la naturaleza de la cosa. Nuestro estudio tiene que dirigirse ahora a este segundo concepto.<sup>(63)</sup> La

(62) Troeltsch destaca con razón ese elemento como factor decisivo del concepto de individualidad histórica, *Gesammelte Schriften*, p. 120.

(63) Por esta razón se ha calificado frecuentemente a la justicia de "formal". Así hacen Radbruch, Troeltsch, Del Vecchio. Yo preferiría decir que la justicia es "abierto". La denominación de "formal" - aparte de su equivocidad - no expresa el hecho de que la justicia tiene indiscutiblemente un contenido positivo, exige un comportamiento claramente delimitado y excluye otros, por ejemplo el comportamiento arbitrario.

30

520

05

cuestión planteada consiste en si en la naturaleza de la cosa podremos encontrar una complementación y una escala de la justicia que, por puro conocimiento de las cosas, sin ulteriores valoraciones, permite dar respuesta a las preguntas que deja abiertas la justicia, o si esa complementación nos remite a ulteriores valoraciones. En el primer caso podríamos terminar el examen de la idea del derecho con la consideración de la justicia; en el otro caso, se erguiría de nuevo ante nosotros la cuestión de los valores.

## II

Cuando el jurista habla de la "naturaleza de la cosa" no piensa, por de pronto, sino en lo que la expresión parece significar literalmente. Piensa en la manera de ser de los objetos que desempeñan algún papel en la vida social, por ejemplo en el tráfico económico. Así, el jurista habla de cosas muebles e inmuebles, etc., y funda en su naturaleza diversas formas, verbigracia, de transmisión de la propiedad. Cuando el proceso de propiedad del viejo derecho romano exigía regularmente la presencia de la *res litis*, excluía de esa exigencia los bienes raíces "por su naturaleza". Así también hablamos nosotros de cosas destinadas al uso "por su naturaleza".

Pero el sentido de la expresión rebasa pronto su significación literal. Tomemos por ejemplo el caso antes aludido del contrato una de cuyas partes es un niño. También aquí exige la "naturaleza de la cosa" un trato diverso que cuando las dos partes son adultos. Pero, en este caso, por naturaleza de la cosa se está entendiendo algo diverso. Más precisamente, son dos cosas aquellas cuya naturaleza es en este caso relevante: por una parte, la propiedad que tiene el negocio contractual de exigir determinados niveles de inteligencia, previsión y experiencia; por otra, la naturaleza del niño, que carece precisamente de esa previsión inteligente y de esa experiencia. Con ello el concepto de "naturaleza de la cosa" cobra una significación notablemente nueva. Por una parte incluye la *naturaleza del hombre*, sus capacidades naturales, sus impulsos, sus objetivos volitivos, etc., tal como se presentan en las diversas edades de su vida. Por otra parte, incluye además en sí la característica *objetividad* propia de los diversos ámbitos de actividad y de las diversas comunidades del hombre.

Ambas cosas requieren más detallada consideración. (64)

El hombre es el centro del proceso de creación del derecho. Sus características psíquico-somáticas desempeñan un papel decisivo en todos los ámbitos del derecho. Su nacimiento, su desarrollo, la necesidad y protección del niño, la separación de sexos, todos sus instintos y pasiones, la organización y los contenidos de su vida espiritual: todo es de importancia suma para el derecho. Sin la capacidad y la voluntad de propiedad de los hombres, sin su capacidad de curar autónomamente por sí mismos, sería inimaginable una institución como la propiedad; sin el sentimiento del honor no habría ninguna norma jurídica que lo protegiera; sin creaciones espirituales personales no habría tampoco ningún derecho de autor ni ninguna protección jurídica de las patentes de invención. Pero también la característica del acaecer psíquico en particular y en detalle puede ser relevante; piénsese en el hecho psíquico del error. Con razón afirma Flume que este "hecho psicológico" tiene "una decisiva relevancia jurídica". (65) También la culpa y la premeditación son datos psíquicos previamente dados al derecho y a la acción jurídica. (66) Por último, la aspiración del hombre a la vida comunitaria y a la colaboración son datos de decisiva importancia.

La misma relevancia tiene la estructura del mundo que circunda al hombre. Hemos citado ya la diferencia entre cosas muebles y cosas inmuebles. A ella hay que añadir muchas otras hasta el hecho del ritmo noche-día, y, en una palabra, todo lo que influye en la existencia del hombre: la escasez de los bienes, la necesidad de conseguirlos a través de la división del trabajo, etc. De especial importancia es la técnica, con sus características y especiales leyes objetivas. M. E. Mayer ha subrayado con razón que el trato del hombre con las máquinas técnicas y otros dispositivos análogos da lugar a especiales modos de comportamiento cuya observancia hay que exigir en la moderna convivencia y que, por ello mismo, se convierten en normas jurídicas. (67) En muchos casos de lesión por imprudencia, la norma violada es en el fondo, antes que una norma

(64) Se encontrará una exposición algo más detallada en Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, pp. 281-319. Huber habla de los "elementos reales de la legislación". - Cf. también Regelsberger, *Pandekten*, I, p. 87 - En contra, Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, pp. 78 y s. - Más recientemente Radbruch, *Festschrift für Laun*, pp. 157 y ss.

(65) *Eigenschaftsirritum und Kauf*, p. 32.

(66) Cf. Welzel, *SJZ*, pp. 48, 371.

(67) Cf. *Rechtsnormen und Kulturnormen*, p. 79.

jurídica, una regla del comportamiento técnico; piénsese en los accidentes de tránsito, en los accidentes del trabajo industrial, etc. En estos casos la culpa del agente consiste por lo general en no haber respetado reglas de prudencia dimanantes de la naturaleza de la cosa técnica, como pueda ser el haber fumado en un garaje cerca de la gasolina, etc.

Un tercer elemento se encuentra en íntima conexión con los considerados hasta ahora: la objetividad propia e interna de los diversos ámbitos de la actividad. Ya hemos dado, por vía de ejemplo, con una especialidad del negocio jurídico; pero no se trata de la única especialidad que desempeña un papel en la vida jurídica. El artículo 354 del Código de Comercio alemán enuncia una prescripción, derivada de la "naturaleza de la cosa", que es, en este caso, la naturaleza del negocio mercantil: "El que en el ejercicio de su oficio o industria cura los asuntos de otro o le presta servicios, puede exigir compensación aun sin haberlo pactado". El comerciante es *homo œconomicus*; no puede esperarse que actúe sin compensación económica, y hay que contar con ello: ello yace en la naturaleza de la cosa, corresponde a la naturaleza del tráfico mercantil. Este es un intercambio de valores económicos: toda donación le es extraña.

Del mismo modo desempeña un papel la ley estructural interna de otros ámbitos de la vida. Así, por ejemplo, la esencia del matrimonio es relevante para el derecho de familia, la esencia del servicio al estado es relevante para el derecho administrativo, la esencia del ejército para el derecho militar con su característica jerarquía y la estricta subordinación del individuo al todo. El derecho eclesiástico no puede comprenderse sin la esencia de la vivencia y de la comunidad religiosas. Por todas partes nos sale al encuentro la "naturaleza de la cosa". Sociología, psicología social y económica deben investigarla.

Pero no sólo ámbitos totales de la vida - como el tráfico económico, el matrimonio o la vida religiosa - manifiestan su propia legalidad interna, sino también determinados procesos particulares como, por ejemplo, un determinado tipo de negocio. Aparte de su construcción jurídica detallada, la prenda tiene una estructura económica perfectamente determinada. El dinero se da en crédito a cambio de garantía real; así se manifiestan intereses típicos; el acreedor quiere seguridad y valorabilidad de la prenda; el deudor quiere aplicación prudente de la prenda y limitación de su pérdida. (68) Lo mismo puede decirse de la compraventa,

(68) Cf. Heck, *Sachenrecht*, § 76, Nr. 9 y 10.

la *locatio*, etc. La responsabilidad por daños en la cosa, por ejemplo, nace en el derecho alemán de la consideración de determinadas expectativas típicas del comprador. Cosa análoga se encuentra en todos los ámbitos jurídicos. Consideremos, por ejemplo, la organización de la justicia. La posición del juez exige una independencia asegurada, pues el juez debe ser imparcial. Un juez emparentado con uno de los partidos en litigio no debe decidir en la cosa. Por la misma "naturaleza" de ésta. Lo mismo puede decirse de la organización de la investigación científica. La verdad puede buscarse y hallarse; pero es imposible convocarla por una orden. Tal es la "naturaleza" del proceso del conocimiento científico, y el derecho tiene que respetarla. También aquí, en procesos individuales típicos, encontramos la "naturaleza de la cosa".

En última instancia, esa "naturaleza de la cosa" en el ámbito de la vida social se basa en la naturaleza del hombre y del mundo en que vive. (69) En otro lugar he esbozado el modo como la vida social se desarrolla a partir de esa base; (70) aquí me limitaré a algunas alusiones. En la vida social el hombre realiza las diversas tendencias que alientan en él: sus simples impulsos e instintos, como los de alimentación y habitación, sus aspiraciones vitales al poder, la influencia, el honor y la libertad, sus finalidades espirituales: busca la verdad, la belleza, lo santo. Busca asociación y comunidad. Todas esas tendencias tienen su especial impronta; constituyen al hombre, tal como ha mostrado Spranger en sus *Formas de Vida*, y dan lugar a la legalidad interna propia de los diversos y particulares ámbitos sociales. En la legalidad interna y característica que así se constituye desempeña un papel decisivo el mundo en que vive el hombre, con todas sus circunstancias. La legalidad interna de la vida económica, por ejemplo, objeto de la investigación de los economistas, no es posible sino porque el *homo œconomicus* tiene que satisfacer sus necesidades con un cúmulo de bienes que, en relación con las necesidades, es escaso, y cuya conquista y aprovechamiento exige la división del trabajo.

Si se resume ahora ese hecho, se observará que la modesta expresión "naturaleza de la cosa" parece ampliarse hasta convertirse en idea de un amplio orden de las cosas sociales. Dentro de las cosas mismas parece darse ese

(69) Por eso en su *Lehrbuch des Naturrechts*, Gustav Hugo ofrecía una entera "antropología jurídica"...

(70) Cf. *Oberste Grundsätze*, cap. 1.

31

520

05

orden(71) que la justicia no tendría más que descubrir y respetar para proceder con seguridad. La cuestión abierta en la sección anterior, el problema de la escala necesaria con cuyo hallazgo se concluiría satisfactoriamente la discusión del tema de la idea del derecho, parece hallar así su definitiva respuesta: la "naturaleza de la cosa" parece dar a la "abierto" justicia los criterios o escalas que le faltaban, de tal modo que la idea del derecho podría ampliarse hasta ser un orden concluso por la apelación al orden que yace ínsito en las cosas mismas. La justicia consistiría entonces en ordenar a los hombres y a los procesos sociales en el orden jurídico por el procedimiento de adjudicarles el lugar que ya ocupan por el eterno orden del ser. La tarea del legislador justo se convertiría en una tarea científica, y no de decisión: en una tarea de conocimiento. El derecho natural - en el que se habría ampliado la idea del derecho - sería un reflejo del orden que yace en los hombres y en las cosas mismas. El conocimiento del verdadero ser pondría al legislador en situación de dar a cada uno lo suyo.

Esta fusión de la idea de justicia con la de un orden eterno del ser se ha realizado efectivamente muy pronto en la historia del derecho. La encontramos en los estoicos, con la doctrina de la *lex aeterna*, la divina ley que penetra al mundo y que, reconocida por los hombres, constituye el contenido de la *lex naturalis*. "Lex est ratio summa insita in natura quae iubet ea quae facienda sunt prohibetque contraria. Eadem ratio quom est in hominis mente confirmata et confecta, lex est. Itaque arbitrantur prudentiam esse legem, cuius ea vis est ut recte facere iubeat, vetet delinquere..." (Cicerón, *De legibus*, I, 6, 18). "A lege ducendum est iuris exordium; ea est enim naturae vis, ea mens ratioque prudentis, ea iuris atque iniuriae regulae" (*ibid.*, 19). Esa *lex aeterna* fundamenta la ley moral, y también la decisión sobre aquello que corresponde y compete al hombre. Por ello puede surgir la idea de explicar el derecho por la naturaleza del hombre, por su determinación a la vida.(72) en común: "Natura enim iuris... ab hominis repetenda natura".(73) Esta idea logra su formulación más plena en la doctrina iusnaturalista de Santo Tomás. Para éste, *lo suum*, lo que la justicia debe dar a cada cual, es aquello que compete a cada cual por serle atribuido por el

(71) "Las realidades vitales llevan en sí, más o menos desarrollados, su orden y su medida" Demburg, *Pandekten*, I, 3a. ed., p. 87.

(72) Cf. *De Legibus*, I, 12, 33.

(73) Cf. *De Legibus*, II, 5, 17. - Sobre las doctrinas estoicas, Barth-Goedecke-Meyer, p. 101.

orden del ser. Todo ente y toda institución, el estado y el matrimonio, por ejemplo tienen su sentido natural, su telos, que les es señalado por Dios.(74) El derecho tiene que dar a cada cual lo que le corresponde por su naturaleza esencial según el orden divino de la Creación. Este orden es la medida de lo bueno y de lo justo. En la sociología protestante, Friedrich Julius Stahl, el fundador filosófico del conservadurismo prusiano, es el principal representante y cultivador de esa concepción en el siglo XIX. Hay, para Stahl, junto a la ética individual que afecta a la acción del individuo, una "ética de la existencia en común", (75) que es el orden de las condiciones de vida en común de los hombres. Esta ética surge por el hecho de que las instituciones de la vida social humana, el matrimonio, el estado, las clases sociales, tiene un fin moral inmanente (telos) que les ha sido puesto por Dios en la Creación. Este orden es el "ethos objetivo" o "mundo moral".(76) Este orden, y no la justicia (la cual tiene que orientarse según el orden ético dado), es el fundamento del derecho.(77) El derecho es una reproducción del orden cósmico divino, de la "libre y divina economía del mundo".(78)

Naturalmente que ni Santo Tomás ni Stahl han enseñado que el conocimiento de ese orden del ser sea tan completo como para poder eximirnos de toda necesidad de decisión. Por lo menos sigue siendo necesario ordenar en cada caso la situación particular mediante decisiones concretas, las cuales se basan sin duda en la intelección de principio del orden, pero se adecuan a las especificidades de la situación.(79) Además, precisamente en el ámbito del pensamiento cristiano se ha puesto siempre en tela de juicio la total cognoscibilidad de un tal orden del ser, y se ha subrayado la problematización de las instituciones sociales terrenas. Tal puede decirse especialmente de la doctrina del estado en San Agustín. San Agustín subraya enérgicamente la contradicción entre la ciudad

(74) Cf. Rommen, pp. 49-50.

(75) *Die Philosophie des Rechts*, 2a. ed., 1845-1846, I, p. 77.

(76) *Ibid.*, pp. 79-80.

(77) *Ibid.*, pp. 165, 244, 247.

(78) *Ibid.*, p. 93. Con formulaciones mucho menos radicales se encuentran ideas análogas en la filosofía social de E. Brunner. Cf. su *Gerechtigkeit*. - También la concepción de Emge (*Sicherheit und Gerechtigkeit*, p. 28) según la cual impera la justicia cuando cada cual obra según su esencia, presupone en última instancia un tal *ordo rerum*.

(79) En el caso de Santo Tomás, éstas se conciben como *conclusiones y determinaciones* de los principios jurídico-naturales, cf. *Summa Theol.*, II-I, q. 94, a. 4; q. 95, a. 4.

celestes y la ciudad terrena. Para San Agustín el estado es un resultado del humano amor propio (amor sui), de la ambición y la sed de dominio: el fundador del estado es Caín, el fratricida.(80) La ética social protestante ha subrayado siempre el carácter provisional y de mal menor que tienen las instituciones sociales. El estado y el derecho no se presentan para ella como expresión del orden eterno del ser, sino como instituciones de mal menor en el eón del pecado original. La doctrina del *ordo* cognoscible del ser es recusada por la filosofía social protestante porque da a la realidad terrena una dignidad propia como reproducción de la divina.(81)

No podemos estudiar aquí en detalle esta contradicción, de importancia básica para la actitud filosófica general ante el hombre. Es importante en esta conexión el hecho de que la importancia del orden del ser como escala de la justicia queda siempre limitada, también en la filosofía cristiana, y hasta puesto en duda. La historia de esta problemática nos da pues un aviso, una exhortación a la prudencia, que es conveniente no desoír.

Esa prudencia queda además confirmada por la experiencia. Ciertamente que el conocimiento de conexiones ontológicas, de la naturaleza humana y de la legalidad interna de los procesos sociales, es imprescindible para la constitución de un derecho justo. El legislador no necesita sólo conocimiento objetivo en el sentido de un conocimiento especializado de los problemas e intereses concretamente afectables por la legislación; necesita también un saber general acerca del comportamiento humano, por ejemplo en el ámbito económico. Cuando se pasan por alto intereses individuales típicos se presenta el peligro de que esos intereses se impongan *praeter legem* y el derecho, consiguientemente, resulte ineficaz. Un ejemplo clásico de este hecho es el tratamiento de la transmisión de garantía en el derecho alemán vigente. El Código Civil alemán no contempla ningún contrato de prenda sin transmisión de la posesión. Pero, de hecho, una prenda sin esa transmisión es claramente necesaria en la vida económica, como prueba, por lo demás, no sólo la situación actual de la economía, sino incluso la historia del derecho.(82) En el tráfico moderno se presenta ante todo la

(80) Cf. *De civitate Dei*, XIV, 28; XV, 4, y XIX, 5. Cf. comentario en Troeltsch, *Historische Zeitschrift*, 106, p. 251.

(81) Cf. entre la literatura reciente Thielike, *Kirche und Öffentlichkeit*, pp. 50 y ss., especialmente p. 55.

(82) Cf. por ejemplo el desarrollo del *interdictum Salvianum* en el derecho romano.

necesidad de utilizar existencias de mercancías como fundamento del crédito. Pero tratándose de existencias de mercancías queda excluida la posibilidad de una transmisión de la posesión directa al acreedor con garantía de prenda, si es que el deudor debe seguir adelante con su tráfico económico. El resultado fue que la transmisión de la garantía del modo en cuestión - que, sin paliativos, representa en sí misma una violación de la ley - se produjo sin más, y que la jurisprudencia la aceptó. La intención del legislador no había tenido éxito porque no había considerado suficientemente la naturaleza de la cosa. Ejemplos análogos podrían acumularse aquí; en líneas generales, la actividad generadora de derecho que han realizado los pretores romanos es expresión de esta trascendencia de los reales y existen intereses vitales sobre y contra una ley anticuada.

Mientras que en estos casos se trata de típicos intereses particulares, la inobservancia de las leyes esenciales de las instituciones sociales puede traer consigo el peligro de desorden social o de fallidos desarrollos sociales en determinados ámbitos. Así por ejemplo el estado, como organización social del poder, necesita un aparato administrativo firmemente puesto en manos del gobierno. En otro caso no podría llevar a cabo las funciones que le competen en la vida social. Por eso en el cuerpo de funcionarios del estado debe imperar el principio de obediencia. Este principio puede ser limitado por razones jurídicas, pero no puede ser suprimido. Por ello el derecho de huelga de los empleados es un absurdo: en su resultado tendría que dar lugar a una paralización del aparato del estado por irresponsables situados fuera y al lado del gobierno, dando lugar también al desorden. Del mismo modo es una gran amenaza la fusión plena de poder político con poder eclesiástico, así como la fusión plena de la educación con el poder estatal, porque la vida del estado como organización de poder sigue leyes plenamente diversas de las de una iglesia o una organización educativa, y la fusión organizativa lleva siempre consigo el peligro de que el estado oriente a la Iglesia o a la educación en interés de sus propias organizaciones de poder, apartándolas de sus tareas propias.

El respeto a la esencia interna de las diversas organizaciones ha cobrado sobre todo importancia en el derecho público y en la doctrina de la institución, tal como la ha expresado Hauriou. Cuando Hauriou dice que todo poder público institucionalmente fundamentado está atado a una *idée mère de l'entreprise* y



520

05

limitado así, (83) piensa en la finalidad de la organización, insita en la naturaleza de la cosa, en su ley esencial interna, a la cual debe adaptarse la configuración jurídica. La teoría de la institución pertenece en este sentido al campo de la doctrina general de la naturaleza de la cosa.

Aún más claramente - y más amenazadoramente en sus efectos sobre la vida social - se manifiesta el peligro propio de la inobservancia de la "naturaleza de la cosa" por el derecho cuando el orden jurídico intenta reprimir permanentemente tendencias humanas legítimas en sí. (84) En este caso el orden jurídico coloca permanentemente al individuo ante la elección entre renunciar a intereses importantes normalmente protegidos por el derecho y obrar ilegalmente. Prácticamente, en una situación así el derecho lanza siempre o casi siempre al individuo a la ilegalidad. Una situación de este tipo existió por ejemplo en Alemania hacia fines de la última guerra, cuando la inminente catástrofe estaba a la vista de cualquiera y, sin embargo, estaban prohibidas y penadas no sólo manifestaciones que expresaran la realidad, sino incluso medidas de precaución, como preparar una mudanza para alejarse de zonas directamente amenazadas, o, en el terreno militar, la preparación de movimientos de retirada plenamente justificados desde el punto de vista profesional. Análogo efecto tuvo después de la guerra la "inflación acumulada", pues el derecho impuso el mantenimiento de la ficción de valor de la moneda y prohibió el intercambio directo de mercancías. El deseo, legítimo en sí, de recibir un verdadero contravalor de la cosa enajenada quedaba de repente sometido a castigo. En tales casos el derecho impone al hombre una duradera contradicción consigo mismo. (85) Pero lo normal es que esa situación no pueda mantenerse por mucho tiempo: las acciones ilegales se hacen cada vez más numerosas, y predominan al final hasta tal punto que la pena legal parece arbitrariedad; los jueces (desde el punto de vista de la igualdad ante la ley) se encuentran en graves conflictos morales y la autoridad del derecho sale seriamente perjudicada. (86) Nada más erróneo, pues, que desconocer la importan-

(83) Cf. *Droit administratif*, p. 41.

(84) Cf. las observaciones de Huber acerca de la actitud "neutral" del legislador respecto de las características individuales del hombre, *Recht und Rechtsverwirklichung*, p. 293.

(85) Cf. Veit, *Geldreform und Geldverfassung*, p. 9.

(86) Cf., acerca de análogas consecuencias de la legislación económica durante la primera guerra mundial y acerca de la legislación prohibicionista en América. Exner, *Kriminalbiologie*, 2a. ed., pp. 124-125.

cia de la "naturaleza de la cosa". Según la acertada expresión de Franz Böhm, tenemos que escuchar a las cosas antes de disponernos a ordenarlas.

Pero lo que no podemos obtener de la consideración de la "naturaleza de la cosa" es la intelección del concluso orden que nos resolvería definitivamente los problemas dejados abiertos por el estudio de la idea del derecho. La naturaleza de la cosa nos ofrece elementos de ordenación, pero no un orden como tal. Su consideración nos lleva al conocimiento de que la materia con la que tiene que operar el orden jurídico, la vida social, no es una masa plenamente informe, sino que tiene ya ciertas estructuras propias en las que tiene que basarse el orden jurídico. Pero el reconocimiento de estas estructuras no nos exime de la tarea de intervenir nosotros mismos valorando y ordenando en ese mundo estructurado: no se hace superfluo el acto ordenador que es la legislación o, más en general, la posición de derecho. El hecho se patentiza ya en el tratamiento del hombre en el derecho. No hay duda de que el derecho tiene que empezar por aceptar al hombre tal como éste es, y contar con todas sus propiedades. Pero no puede limitarse a eso. El derecho no puede dar vía libre a todos los instintos y a todas las pasiones del hombre. Más bien tiene que poner un freno a ciertas cualidades humanas, promover otras y dejar neutralmente vía libre a otras aún. Para hacer todo eso el derecho tiene que *valorar*. Además, pone determinadas exigencias al hombre. El derecho le pide que no se deje ir a todas sus mociones naturales, y le hace responsable de su falta de dominio, de acuerdo con las normas culturales de la comunidad, para usar la expresión de M. E. Mayer. El concepto de culpa que es la negligencia resulta buena ilustración de esas exigencias que la comunidad jurídica pone a sus miembros.

La necesidad de la valoración se manifiesta también en la delimitación de lo que puede ser llamado *determinatio* en el sentido del tomismo. Volvamos al ejemplo de la prenda. La consideración de la naturaleza de la cosa nos muestra los típicos intereses dignos de ser tenidos en cuenta, así como la naturaleza de los objetos relevantes para el caso concreto. Nos muestra por ejemplo el interés del deudor de aprovechar del modo más completo sus valores reales para conseguir el crédito y utilizarlo, y el contrapuesto interés del acreedor, que necesita conseguir la seguridad o garantía más amplia posible, etc. Entonces esos intereses tienen que delimitarse en concepto, en cada caso, mediante una regulación viable: establecerla requiere una decisión, una decisión, más pre-

cisamente, entre determinados puntos de vista valorativos. Es posible que entre todos los puntos de vista imaginables no haya en cada caso más que unos pocos objetivamente admisibles: con que haya dos basta para hacer necesaria la decisión.

Aún más claramente se presenta el carácter fragmentario de las estructuras insitas en la cosa misma cuando chocan dos ámbitos vitales de la vida social, por ejemplo el deseo de poder y la necesidad de conocimiento, la voluntad política y la convicción religiosa. Por razones de estado, el poder considera indeseable la expresión de ciertos conocimientos históricos o económicos: prohíbe su expresión. O bien considera útil, por razones de poder político, que predomine una determinada religión. Piénsese en el principio tradicional *cuius regio eius religio*. Todo ello puede estar justificado desde el punto de vista del poder político. Pero ¿basta eso para oprimir la verdad o desprestigiar la libre convicción religiosa? Cabe citar otro ejemplo: una familia que se encuentra en mala situación económica querría vender uno de sus hijos. Desde un punto de vista estrictamente económico ello puede ser muy útil, y ha sido además un procedimiento habitual durante largas épocas de la historia humana. ¿Puede permitirlo el derecho?

Tales preguntas no pueden ser contestadas sino por una *decisión moral*, basada a su vez en una determinada *valoración*. La naturaleza de la cosa, concebida como mera propiedad de las cosas y del hombre, como legalidad interna de los procesos sociales, nos deja aquí en un callejón sin salida. Desde el punto de vista del tomismo o del prusianismo conservador de Stahl podría sin duda objetarse que el orden del ser incluye también esas valoraciones y es por tanto perfecto. Según la doctrina esto es sin duda admisible, pero no nos da ninguna luz para nuestra problemática. La naturaleza de la cosa no nos aclara con más precisión si, y en qué medida, están incluidas en ella aquellas valoraciones. Pues la cuestión con la que llegamos al problema de la naturaleza de la cosa, esperando que nos lo resolviera, fue precisamente el de si podíamos encontrar un *ordre naturel* que nos eximiera de ulterior apelación a conceptos morales de valor, de tal modo que la idea de la justicia quedara complementada por un orden detallado y concluso sin valoraciones. En otro caso, si no existe tal orden no ha terminado nuestra búsqueda, sino que se yergue de nuevo ante nosotros el

problema del relativismo, la perplejidad ante varios valores sin criterio objetivo con el que practicar la necesaria decisión.

Desde el punto de vista de otro problema puede ponerse de manifiesto, a mayor abundamiento, que la situación es, como queda dicho, que la idea de "naturaleza de la cosa" no nos evita tener que introducir el tema de la valoración en el ámbito de nuestra investigación: ese otro problema es el de la "justificación objetiva" de las discriminaciones o diferenciaciones en el derecho.

Consideremos en este punto una serie de discriminaciones jurídicas que nos son familiares:

- a) Un contrato concluido por un niño debe tratarse jurídicamente de modo diverso que si fuera un contrato concluido por un adulto.
- b) Las cosas muebles y las inmuebles se tratan de modo diverso desde el punto de vista de la transmisión de la posesión; a diferencia de lo que ocurre con las cosas muebles, la disposición sobre inmuebles se encuentra frecuentemente dificultada por ejemplo, por la necesidad de obtener autorización administrativa.
- c) Un hecho penable no se da cuando la acción se ha cometido en una situación de grave peligro para su vida o el cuerpo del actor y que no era superable de otro modo.
- d) Un estado excluye del cuerpo de funcionarios a todo individuo que no pertenezca a la raza blanca

La discriminación a) resulta, como ya se ha indicado, de la naturaleza de la cosa.<sup>(87)</sup> Lo mismo puede decirse del tratamiento desigual de las cosas muebles e inmuebles, en lo que respecta a la forma de transmisión de la posesión. En cambio, la necesidad de autorización para disponer de inmuebles supone ya una valoración - aunque no una valoración moral. La tierra se considera entidad económicamente segura y valiosa de un modo especial.

El trato especial en el caso c) se basa también en la "naturaleza de la cosa" en la medida en que puede considerarse determinado por una especial consideración del instinto de conservación humano. Como en el estado de necesidad el hombre no puede hacer más que soportar un daño en su propio cuerpo o espíritu

(87) Cf. *supra*.

33

520

05

o dañar un derecho ajeno, no debe ser castigado. La naturaleza de la cosa fundamenta pues el tratamiento especial del estado de necesidad. Pero también es cuestión de valoración la determinación de la dimensión y el alcance en los cuales el legislador se propone apartarse de las normales consecuencias jurídicas del acto.

El último ejemplo lo es de una discriminación que se basa totalmente en una valoración. Las razas de color son objeto de valoración menor. No es posible decidir sin un juicio de valor si esa valoración es adecuada o no.

Esos ejemplos muestran que las diferencias o discriminaciones jurídicas no se desprenden sin más de las diferencias objetivas de las cosas, sino que siempre encierran cuestiones de valoración, incluso en el caso de que se intente mantenerse lo más posible en el terreno de la "naturaleza de la cosa". Este resultado queda confirmado por las experiencias hechas por la jurisprudencia suiza en la aplicación del principio de igualdad. La constitución suiza garantiza la igualdad ante la ley (art. 4) y da a todo ciudadano la posibilidad de hacer examinar todos los actos del poder soberano que puedan afectarle, para comprobar si lesionan el principio de igualdad (art. 113). La jurisprudencia partió ante todo de la base de que sólo diferencias en la cosa justifican discriminaciones jurídicas. Pero pronto quedó de manifiesto que era necesario tener en cuenta ciertas *valoraciones*. Al hacerlo se ha adherido a las concepciones jurídicas fundamentales expresadas en la misma constitución.(88)

La "naturaleza de la cosa" conduce pues a su vez a una jerarquía *moral*. Sólo en ésta puede hallar la justicia las escalas o criterios con que poder medir y comparar. Con ello vuelve empero a plantearse el problema del valor. La posibilidad de obtener de la idea de derecho un contenido unívoco y positivo depende, pues, de si es posible apresar unívocamente en su contenido y en su jerarquía esos *valores criteriológicos*.(89) Al mismo tiempo queda de manifiesto que, por su contenido, la idea del derecho rebasa las simples exigencias de la justicia. La idea del derecho exige en términos absolutos la *moralización del derecho*. La idea del derecho incluye en sí no sólo la justicia, sino también todas las exigencias morales cuya realización es posible en el derecho.

(88) Cf. Aldac, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung*, pp. 22-43.

(89) Emge (*Sicherheit und Gerechtigkeit*, pp. 19 y ss.) lo ha subrayado con razón.



### III

1. El problema más importante que se presenta en este contexto es la cuestión del valor de la persona humana. El hombre y sus bienes se encuentran en el foco del derecho; la lucha por el derecho se ha encendido y desarrollado siempre en torno de la cuestión de los derechos de la persona frente a sus conciudadanos y al estado. Y esto no se debe sólo a que el derecho sea orden social, sino que está ya fundamentado en la esencia misma de la idea del derecho tal como la hemos descrito.

La justicia impone el respeto al otro; la justicia es un valor moral que tiene por objeto la relación del hombre con los demás hombres. También cuando nos exhorta a dar a cada uno lo suyo lo hace por reconocer el valor propio de cada hombre. En la obligación de la justicia se expresa el hecho del valor propio del prójimo. Aquí se plantea pues la cuestión de dónde o en qué reside el valor del hombre. Esa cuestión ha recibido muy diversas respuestas, las cuales han conseguido a su vez expresión en el derecho. Ya antes hemos rozado este problema.(90) Una concepción arcaica halla el valor del hombre en sus propiedades vitales, en su fuerza, su valentía, su astucia superior. Se añaden a ellas la riqueza, el poder y el origen aristocrático, y así se forma la imagen axiológica de aquellos combativos tiempos. Cuando Aristóteles cita la *emgeneia* y la *cloudoz* como criterios de valoración del individuo en la aristocracia y en la oligarquía respectivamente, no hace historia: esos valores siguen viviendo en ellas. Pero con el progreso de la cultura y del conocimiento moral se les añade otra valoración orientada hacia las propiedades morales del hombre y que mide el valor de éste por su sabiduría y su justicia. Por lo que hace a la historia griega, se encuentra aquí el cambio significativo experimentado por el concepto de *aareth*. En Homero, *aareth* significa ante todo las virtudes guerreras caballerescas: audacia, valentía y fuerza; en Píndaro la palabra significa las cualidades que constituyen al vencedor de los juegos olímpicos; en Heráclito destacan la sabiduría y la justicia; en Platón y Aristóteles la idea de *aareth* se cumple en propiedades morales: veracidad, generosidad (*megalopepeia*) y amabilidad (*praothz*, *jilia*) se añade a la sabiduría y a la justicia.(91) Es el ideal del

(90) Cf. *supra*, p. 142.

(91) Cf. la visión de conjunto al respecto en Livingstone, *Greek Ideals and Modern Life*.

humanismo el que así se constituye. El individuo cobra su valor por el hecho de ser un ente moral, realizar valores morales y descartarlos en su ser.(92) Cada hombre individual está sin embargo enfrentado con la realización de valores muy determinados; por eso tiene un valor propio indestructible que debe realizar en su personalidad. Dos elementos determinan el valor del hombre según esta concepción: su carácter de persona moral y su individualidad. El hecho de que es una persona moral(93) significa que vive en propia responsabilidad moral. Se encuentra en directo contacto con el reino de los valores espirituales y morales; estos valores están abiertos ante él, y le son confiados; él tiene que realizarlos. Su responsabilidad personal carga con el modo como los realice, y nadie le puede ahorrar esa responsabilidad. Por lo que hace a la idea de individualidad, es la que le da el valor de unicidad; todo hombre es, con sus predisposiciones individuales, algo especial y único; tiene por tanto una tarea específica suya. Cada hombre tiene que realizar los valores que se le abren, que se le hacen accesibles, para constituirse a sí mismo en realidad, en persona formada, partiendo de la hermosa posibilidad que caracteriza a la juventud.

El cristianismo ha fundamentado el valor del hombre sobre una base metafísica más profunda. También según su doctrina descansa el valor del hombre en dos circunstancias: la Creación y la Redención. Dios ha creado al hombre según su imagen - "a su imagen y semejanza"; esta semejanza con Dios y la filiación respecto de Él dan al hombre su valor específico y único. Cristo ha redimido a los hombres de su pecado; ha muerto por todos los hombres; todo hombre es un redimido por Cristo. La acción redentora de Cristo es la confirmación recibida por los hijos de Dios. Pero ambas cosas valen no sólo de la humanidad en su totalidad, sino también de cada individuo. Por eso cada individuo cobra para el cristianismo un valor incomparable, no sólo ante Dios, sino también ante los demás hombres. ¿Quién herirá a aquel a quien Dios creó a su propia imagen, a aquel a quien Cristo redimió con su propia sangre?(94)

Cristianismo y humanismo han conformado históricamente la imagen valorativa del hombre que ha penetrado en los ordenes jurídicos de la cultura

(92) También la ética confuciana ve en esto el valor del hombre noble.

(93) En sentido filosófico, no jurídico. (N. del T.)

(94) Esta idea ha sido recientemente subrayada de nuevo por Ellul, *Le fondement théologique du droit*.

occidental. Ambos conceden al hombre individual como tal un valor específico y que no puede ignorarse, el valor de persona.

Esta concepción es necesaria en cuanto que se reconoce sin más la existencia de lo moral. Así lo ha elaborado en Alemania la doctrina clásica del derecho bajo la influencia de Kant, Fichte y Hegel. Pues con lo moral está dada también la responsabilidad moral, propia del hombre. Los valores morales obran en la conciencia humana, y se realizan determinando la voluntad del hombre. El hombre es el "punto de penetración de los valores en la realidad".(95) Los valores llaman a cada individuo, y cada individuo responde ante ellos. Nadie puede ahorrarle al individuo esa responsabilidad. Nadie puede delegar su representación ante la propia conciencia, y ningún poder externo puede derrotar a ésta. Con esa tarea personalísima, con esa personalísima responsabilidad, cobra el hombre una dignidad que le es característica. Ella le da un ámbito sumamente personal y le convierte en ser moral, infinita e incomparablemente superior a todo bien material. Siempre que entran en la conciencia valores y exigencias morales en forma pura resulta necesariamente exigido el reconocimiento de la dignidad moral del hombre. La esencia de la dignidad personal se encuentra pues en su *autonomía* moral, si entendemos por tal la inmediata posición y actitud del hombre respecto de los mandamientos morales, la tarea que consiste en vivir en trato inmediato y en responsabilidad directa con y ante lo moral.(96) Pues con esa tarea queda el hombre remitido a la autoformación de su propia vida, se encuentra ante la exigencia de dirigir su vida según su intelección moral.(97) Así, si la justicia, como valor moral, exige el respeto al prójimo, exige con ello el cumplimiento de un mandato moral elemental. La moralidad fundamenta la dignidad moral del hombre: por eso no puede haber entre hombres ninguna relación moral sin respeto recíproco.

Todo ello tiene que manifestarse en el derecho en cuanto que éste queda sometido a influencias morales bajo el efecto de la idea de la justicia. También en el derecho tiene que expresarse el respeto a la dignidad de la persona. La

(95) N. Hartmann, *Ethik*, p. 161.

(96) Cf. Nohl, *Ethische Grunderfahrungen*, p. 16; Hartmann, *Ethik*, pp. 161-169; Scheler, *Formalismus*, etc., pp. 498, 515.

(97) Esta tarea moral - y la dignidad subsiguiente - afecta a todos los hombres, aunque fracasemos siempre ante ella.



delimitación de los diversos ámbitos de poder y el respeto de las fronteras que así se trazan, y que son esenciales al derecho, se fundan originariamente en la voluntad de paz y de orden. Pero cuando el derecho se moraliza, reciben una nueva fundamentación moral; la exigencia *neminem laedere*, que era originariamente un mandato para obtener la paz (prohibición de la acción independiente), resulta ahora respeto de la dignidad personal del prójimo. Este respeto es, según la acertada expresión de Mitteis,<sup>(98)</sup> *el centro de la idea del derecho como idea de la fuerza moralizadora que obra en él*. Determina el fundamento de la valoración jurídica del hombre.

Pero ¿cómo puede realizar la idea de la dignidad humana un orden como el derecho? La idea de la dignidad humana se realiza en una estrecha comunidad personal por el *estado de ánimo* con el cual entran en contacto los hombres. El derecho, como orden impersonal, no tiene más que una posibilidad de estar a la altura de aquella idea. Esa posibilidad es específica suya y determina su esencia: es la posibilidad de conceder la *libertad* y protegerla. En el orden jurídico se realiza la dignidad humana cuando el derecho asegura a los hombres una esfera en la que pueden obrar como seres independientes y autorresponsables moralmente, una esfera en la cual el hombre no esté sometido a la decisión de poder de otros hombres ni convertido en mero instrumento al servicio de los fines de la comunidad, sino que es un hombre libre y responsable. Por ello es la *libertad* el bien supremo que la justicia jurídica puede entregar al hombre.<sup>(99)</sup> "El derecho", dice Savigny,<sup>(100)</sup> "está al servicio de la moralidad, pero no porque realice los mandamientos de ésta, sino asegurando su libre desarrollo, la fuerza que reside en cada voluntad individual". Y en otro lugar:<sup>(101)</sup> "Todo derecho existe a causa de la libertad moral que alienta en cada hombre particular".

Este respeto de la dignidad humana se exige *a todos* los hombres. Pues las exigencias éticas son absolutas: valen para cada hombre, sin distinción de raza, color ni categoría. Todos los hombres deben ser buenos. Tal es la exigencia de la moralidad. La idea del derecho traslada esa exigencia al campo jurídico y exige en él la *igualdad*: todos los hombres deben ser respetados en su libertad. Desde el punto de vista del desarrollo histórico se trata de una enorme exigencia.

(98) *Über das Naturrecht*, p. 34.

(99) Cf. la análoga exposición de E. Spranger, *Lebensformen*, 6a. ed., p. 372.

(100) *System*, p. 332.

(101) *System*, II, p. 2.

Pues el derecho surgió en el grupo, vive en concretos grupos históricos y su vigencia se limita a esos grupos. Sus fuerzas morales le han venido por de pronto de la moral del grupo y por eso ha estado también íntimamente ligado al grupo. Por ello la exigencia de respetar *a todos* los hombres es para el derecho históricamente positivo una enorme exigencia que no ha podido ganar terreno sino poco a poco y de la cual nuestro presente vuelve a estar alejado. En este punto queda claro que la idea del derecho, por orientarse según valores *absolutos*, impone la idea de un derecho natural y universal que rebase ampliamente el ámbito del grupo e incluya a la humanidad entera.

El reconocimiento de la esfera de la libertad (autonomía) fundamenta el *derecho subjetivo*. Los derechos subjetivos son expresión de la protección jurídica de que disfruta la autonomía de la personalidad: el individuo titular de ellos puede utilizarlos y disponer de ellos como quiera. Esto le posibilita una vida personal bajo la protección del derecho. Los derechos personales indican que la persona como tal es reconocida por el orden jurídico. Con razón ha visto Otto von Gierke en el derecho general de la personalidad el derecho básico que fundamenta todos los demás derechos subjetivos.<sup>(102)</sup> Sobre esta base cobra también su importancia la concepción de Dernburg según la cual el derecho subjetivo precede al objetivo.<sup>(103)</sup> De hecho, la dignidad personal del hombre es un dato previo y dado al derecho: el derecho subjetivo tiene, así, una fundamentación propia e interna.

El reconocimiento de la dignidad moral del hombre se manifiesta también en el hecho de que la responsabilidad jurídica, cuando se trata de la acción de individuos, no está nunca fundamentada más que cuando existe también culpa moral. Ninguna pena es oportuna si no hay culpa. Más tarde estudiaremos con detalle esas consecuencias de la moralidad en el orden jurídico.<sup>(104)</sup>

Frente a la específica forma jurídica de realizar el respeto a la dignidad humana hay, como ya hemos dicho, otras posibilidades; pasaremos ahora a detallarlas. Se trata de posibilidades puramente éticas en las cuales la dignidad humana queda exclusivamente garantizada por la actitud espiritual de los

(102) *Deutsches Privatrecht*, I, pp. 702 y ss.

(103) Dernburg, *Pandekten*, 5a. ed., I, p. 88.

(104) Cf. *infra*, pp. 180 y 221.

interesados los unos respecto de los otros. Este es especialmente el caso de la forma de convivencia que hemos llamado antes comunidad auténtica. En la comunidad no existen límites jurídicos que separen a los diversos miembros individuales; pese a ello, el subordinado no se encuentra entregado a ninguna arbitrariedad, sino que es respetado como persona. Este respeto arraiga en la actitud espiritual que asume frente a él la persona que le está supraordinada. El padre ama a su hijo; este amor incluye el valor propio del niño y es su mejor y más alta garantía. El patriarca no considera cosas a sus servidores, ni los somete a arbitrariedad; los considera hombres que necesitan de su dirección y que le han sido confiados, y se sabe responsable de ellos y de sus vidas. Por ello no abusará de su poder.(105) Albert Schweitzer ha explicado esto muy claramente en su relación con los negros. Schweitzer dice al negro: Soy tu hermano, pero tu hermano mayor. Donde impera auténtica comunidad no hacen falta garantías jurídicas; el estado de ánimo de los participantes incluye ya toda garantía y la limitación jurídica no haría sino perturbar la relación. Sólo cuando falta la específica y respetuosa mentalidad de la comunidad tiene que intervenir el derecho y asegurar con sus medios la dignidad de la persona.

Frente a esta concepción de la dignidad de la persona y de la libertad como valor central de la idea del derecho se han opuesto ante todo tres objeciones. Se ha dicho que la autonomía del hombre es inalcanzable, se ha indicado que muchos órdenes jurídicos reconocen relaciones patriarcales de sumisión sin salirse por ello del marco de las formas posibles de convivencia moral, y se ha aludido por último a la subordinación del individuo a la colectividad. Frente a esas objeciones hay que destacar lo siguiente. La autoterminación y la responsabilidad morales no son sin duda la única forma de acción moral. También obra moralmente el que, por sumisión a la autoridad ajena (heteronomía), prefiere el valor superior al inferior. Pero el obrar por propia intelección moral es la forma suprema de la moralidad. Es un estadio necesario del desarrollo ético de los individuos y de los pueblos y una vez alcanzado no puede ya ser abandonado; el desarrollo en cuestión es irreversible.(106) Por ello se convierte en necesario fundamento del orden jurídico una vez llegado éste a determinado

(105) Cf. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 4a. y 5a. eds., p. 13.

(106) Cf. Nohl, *Gründerfahrten*, pp. 16 y ss.

estadio de su desarrollo cultural. A partir de ese momento no queda más posibilidad que la de capacitar al individuo, mediante la educación y la formación, para hacer un uso correcto de la libertad que se le reconoce;(107) arrebatarse la libertad es imposible ante la idea del derecho y significa un retroceso histórico-cultural. Tal es el elemento trágico del progreso moral y jurídico; cuando el hombre demuestra no estar a la altura de una determinada cultura de la libertad, no por ello puede volver a cobijarse en los antiguos lazos; si abandona el derecho no volverá a la vieja comunidad, sino que caerá bajo el desnudo poder.

La alusión al reconocimiento de relaciones patriarcales no es una prueba contra la ligazón necesaria de la idea del derecho con la libertad moral. El orden jurídico que reconoce tales relaciones asume - en bloque, por así decirlo - una forma de convivencia que le es esencialmente ajena: la reconoce y le deja su propia ley interna. Pero en esta forma el respeto al valor propio del hombre está asegurado, aunque sea en forma diversa de la típica del derecho. Pues una auténtica relación patriarcal es comunidad, en la que, como hemos mostrado, la inclinación recíproca de los miembros asegura el respeto recíproco. Pero cuando una relación que según su idea debería ser patriarcal no lo es en la realidad, es una pura relación de poder que no puede ya calificarse de moral y cuyo reconocimiento sería una mancha para el derecho.(108)

La tercera objeción exige más precisa atención. Dice esa objeción que la exigencia de respeto incondicional de la dignidad de la persona individual frente a la comunidad en la que vive no puede tener verdadera vigencia y que la preeminencia debe darse a las grandes comunidades de la nación y del estado. El fundamento de esta concepción se encuentra en la idea de que el individuo no es más que un miembro de la gran asociación que le rodea, y que sólo tiene importancia en el cumplimiento de funciones que le competen en el marco de esa comunidad. "Tú no eres nada, tu patria lo es todo", dice esta concepción en su formulación extrema. En la historia de la cultura esta concepción ha ido frecuentemente unida con la idea de organismo. Según ella los grandes grupos humanos, como estados y naciones, constituyen entidades orgánicas en las que

(107) Esta es la razón del poderoso impulso pedagógico de todas las auténticas democracias. La democracia es imposible cuando se renuncia a esta tarea.

(108) Cf. la anterior discusión, cap. IV, pp. 87 y ss.



520

05

el individuo no tiene más importancia ni significación que la de un órgano o una célula. En esta concepción se basa la ideología del moderno nacionalismo, que ha hallado sus representantes extremos en el fascismo y el nacionalsocialismo.(109) Según estas concepciones la comunidad posee preeminencia absoluta sobre el individuo; los intereses de aquélla van por delante, y el individuo debe someterse a la autoridad del caudillo. El individuo no existe más que por la comunidad; ésta tiene por tanto el valor supremo; frente a ella el individuo carece de todo valor propio.

El organicismo no puede pretender ser más que una metáfora; entenderlo en sentido material sería caer en un inadmisiblesmo conceptual. Sólo los hombres individuales existen como organismos corpóreos; antes hemos expuesto cómo se realiza en el alma el sentimiento de pertenencia al grupo.(110) En realidad la formación del grupo es un proceso anímico; el grupo vive en el alma de los individuos; en el alma de los individuos se experimenta el grupo como unidad supraindividual. *La nation c'est un plébiscit tous les jours.*(111) De ningún modo es el grupo una persona. El orden jurídico puede tratar al grupo como persona: pero el grupo no es moralmente una persona. También aquí se trata sólo de una metáfora. Como totalidad, el grupo carece de intelección ética y de conciencia. No tiene responsabilidad moral. Así se ha puesto de nuevo de manifiesto en nuestros días a propósito del discutido problema de la llamada culpa colectiva.(112) De todo ello resulta que no compete tampoco al grupo la dignidad de la personalidad moral. No hay duda de que también el grupo encarna valores ni de que su existencia es, por lo tanto, valiosa. Pero el grupo no puede obrar moralmente. El grupo y su vida no constituyen más que la materia posible de la moralidad. No son morales en sí, sino en la medida en que los hombres lo ponen al servicio de fines morales.(113) El respeto debido a la persona no puede ser exigido por el grupo; no le compete la dignidad del hombre viviente y moral. Ante la ley moral no hay más que hombres individuales, y no naciones o estados.

(109) Frente a ello se encuentra la concepción conservadora de Fr. J. Stahl, que rechaza explícitamente la idea de organismo en favor de la de "imperio" (en sentido cristiano), *Rechtsphilosophie*, pp. 8-9, 102.

(110) Cf. *supra*, p. 71.

(111) Cf. la crítica del organicismo y la magistral descripción de la situación real por Litt, *Individuum und Gemeinschaft*, 1a. ed., pp. 26 y ss. Ver también la crítica de la concepción, igualmente errónea, del individuo aislado como única realidad.

(112) Cf. K. Jaspers, *Die Schuldfrage*.

(113) Cf. N. Hartmann, *Ethik*, pp. 334-335.

Esta intelección tiene dos consecuencias. La idea del derecho exige que se preserve la dignidad de la persona también frente al grupo, el estado o la nación; y exige que el valor propio de la persona sea reconocido por el grupo. El grupo no es el valor supremo; el individuo no puede ser rebajado a instrumento del grupo. El individuo puede sacrificarse voluntariamente y puede incluso hallar en ese sacrificio la plenitud de su vida personal.(114) Pero el orden jurídico de la comunidad no puede imponer ese sacrificio.(115)

La segunda consecuencia es que la ley moral y las exigencias de la idea del derecho por lo que hace al comportamiento humano valen también para aquellos que obran en nombre del grupo. También el estadista está sometido a ellas: se trata de una consecuencia ineliminable de la idea del derecho. Esta idea no puede admitir excepción alguna en nombre de la razón de estado. Por más que el orden jurídico deba tener en cuenta la naturaleza de la cosa, ese tener en cuenta encuentra aquí los límites que le pone la idea del derecho. Asesinato es asesinato, el incumplimiento de un tratado es una violación de la palabra dada, por más que se cometan en interés del grupo; y uno y otro ejemplos se hallan en indisoluble contradicción con la idea del derecho.(116) El grupo está por debajo de la idea del derecho, y no por encima de ella.

Así, pues, es incompatible con la idea del derecho la tesis de la incondicionada superioridad del grupo sobre el individuo. El "tú no eres nada, la patria lo es todo" no puede mantenerse ante la idea del derecho. Esa sentencia es en el fondo una supervivencia de las más primitivas fases de la evolución de la humanidad, fases en las cuales el grupo englobaba al individuo en medida más intensa que hoy, y en los que la religión, la ética y el derecho estaban para el hombre indisolublemente fundidos con el grupo. En esos tiempos la incondicionada superioridad del grupo sobre la persona era natural (aunque lamentable). El psicoanálisis nos ha enseñado qué mociones anímicas primitivas siguen bastante vivas en nosotros, sobre todo en nuestro mundo sentimental: ante estas teorías en las que el sentimiento de grupo lo invade todo y que colocan al grupo por

(114) Cf. el análisis de Litt, *Individuum und Gemeinschaft*, p. 106.

(115) Éste es, desde el punto de vista de la idea del derecho, el lugar de la problemática de la pena de muerte y del servicio militar obligatorio. Esa problemática contradice a la idea del derecho. En esto se manifiesta la indivisibilidad de la idea del derecho: el hecho de que en algún punto de la vida social o del tráfico entre los pueblos no domine aún la idea del derecho impide que esa idea impere en cualquier otro lugar.

(116) Cf. las agudas investigaciones de A. Schweitzer, *Kultur und Ethik*, p. 357.

encima de todas las constricciones morales, considerándolo valor supremo, estamos en presencia de esa persistencia del primitivismo. En realidad, desde que el hombre llegó a la intelección de que la religión, la ética y el derecho son instancias independientes del grupo (instancias absolutas) y poseen por sí mismas su valor y obligan por sí mismas, la doctrina de la incondicionada superioridad del grupo sobre el individuo resulta insostenible. Ha tenido lugar una transformación esencial y de principio: la persona del individuo se encuentra en relación directa con lo absoluto, no es el grupo el que alimenta esa relación. El grupo no puede seguir siendo considerado como valor supremo una vez que se ha llegado a la idea ética del derecho.(117) La idea del derecho exige el reconocimiento de la persona individual. La historia del derecho ofrece cierto síntoma de ello: el derecho no florece ni se desarrolla más que en tiempos en que se respetan al individuo y su derecho; épocas en las que impere el primado del grupo son poco favorables al desarrollo del derecho. Característico de estas épocas - salvo en el caso de que impere en ellas la pura arbitrariedad - es que tienen mucha administración y poco derecho. Esto puede demostrarse en el ámbito de la historia del derecho romano con la contradicción entre derecho penal y derecho privado en la edad clásica. El derecho privado continuaba la tradición de libertad básica del proceso republicano; el derecho penal recogió la impronta del principado, es decir, de un despotismo paternalista.

Aunque con las anteriores discusiones haya quedado claro en qué sentido compete a la persona humana un valor en el marco de la idea del derecho, queda de todos modos pendiente una cuestión: la del valor relativo de varios hombres los unos respecto de los otros. El orden jurídico se encuentra en muchos momentos ante este problema. Tómese por ejemplo el problema fundamental del derecho político: ¿quién debe gobernar? Los jilojot, enseñaba Platón; los monarcas, dice la teoría monárquica del estado; la élite, dice el fascismo; todos,

(117) En esto me encuentro en cierta contradicción con Radbruch, por ejemplo, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, pp. 26-27. Lo que él llama "personalidades totales" no puede ser interpretado y reconocido como superior al individuo desde el punto de vista de una idea ética del derecho (y no veo la posibilidad de ningún otro punto de vista). Pero, en general, la contraposición entre Radbruch y yo no me parece ser tan fundamental como puede parecer a primera vista. Pues Radbruch limita su reconocimiento de las personalidades totales en la medida en que expone como exigencia de la idea del derecho en cualquier caso un cuarto elemento liberal, especialmente el reconocimiento de los derechos del hombre.

dice la democracia. O bien tómesese el problema más profano: ¿quién debe ser mejor pagado en una economía planificada, el obrero o el artista? ¿Quién debe acceder a los estudios superiores, y qué bachilleres deben pasar a la universidad? Siempre se trata de la misma tarea de valorar hombres, comparándolos, y preferir el uno al otro porque se le reconoce un mayor valor, o porque es más adecuado - o, simplemente, porque es mejor.

Nos encontramos ante un problema de conocimiento y de valoración. Tenemos que conocer a los hombres y tenemos que medirlos según una escala válida para todos igualmente y capaz de recoger todas las cualidades relevantes para cada caso. El problema es de solución más simple, como es natural, cuando no se trata más que de una cualidad relevante, o de unas pocas, y cuando la escala está constituida por un solo valor. Las competiciones deportivas son un buen ejemplo de esta situación óptima. Si se trata de determinar cuál es el mejor especialista en los cien metros, la tarea de conocimiento y la de valoración son fáciles: decide el cronómetro. Los rendimientos pueden ordenarse sin dificultad en una serie descendente o ascendente. Más difícil es ya el problema de una competición por equipos. Aquí no me basta con valorar un rendimiento particular, sino que tengo que relacionar varios rendimientos entre sí, determinar cuántos puntos voy a conceder por un salto de longitud, cuántos por un salto de altura, etc. Lo mismo puede decirse por lo que respecta al examen de talentos espirituales o intelectuales. También en este caso se trata siempre de varias cualidades o capacidades: memoria, rapidez en la intelección, capacidad de razonamiento lógico, etc. El problema de conocimiento y de valoración se va complicando. Aún más difícil es la decisión cuando se trata de seleccionar para una determinada profesión. Pues en este caso desempeñan normalmente un papel, además de las dotes personales de tipo intelectual, también el carácter y la capacidad social para desempeñar una tarea de responsabilidad en la sociedad. Un jurista, por ejemplo, no está solo obligado a pensar con corrección lógica, sino que tiene que poseer además un carácter firme y equilibrado, sin temores humanos. Evidentemente, no puedo renunciar a valorar al candidato desde el punto de vista de estas cualidades. Nuestros exámenes académicos renuncian, en verdad, a considerar esas cualidades; pero éste no es el caso en las oposiciones a los cuerpos de funcionarios. En éstas la tarea de conocimiento y las de valoración van haciéndose cada vez más difíciles. Es más difícil examinar

36

320 05

peculiaridades de carácter y de mentalidad que talentos intelectuales o conocimientos; más difícil es aún reunir los dos tipos de talentos en una escala única de valoración; necesariamente hay que constituir en este caso varias escalas de valoración para coordinarlas *a posteriori*. Pero en todo caso se trata de *secciones* practicadas en el ser total del hombre; en ninguna de esas valoraciones queda absorbido el hombre en su totalidad. Así ha procedido también Platón en su *Politeia* para elegir la elite dominante. Para empezar, precisa las cualidades que debe tener el gobernante, entre otras cosas, y característicamente, la convicción de que el poder carece de valor,(118) y luego determina el procedimiento de selección.

Pero si queremos conocer y valorar la personalidad total de un hombre la tarea se complica en tal medida que no resulta ya resoluble de una manera ni siquiera aproximada. Ante todo la tarea de conocimiento es extraordinariamente difícil. ¿Quién pretenderá que es capaz de conocer realmente a otro hombre? De todos los hombres con los que convivimos conocemos cuando más sectores vitales.(119) Ni siquiera el amor penetra en el misterio de la personalidad y, cuando lo hace, no puede expresar ni fundamentar su conocimiento. Los fundamentos de juicio que tiene un individuo sobre otro son ante todo los hechos de éste; pero los hechos no nos descubren la verdadera esencia del individuo, su mentalidad, sino imperfectamente. Aún más difícil es la tarea de valoración. El número de los puntos de vista atendibles, de las series que tenemos que construir antes de llegar a la valoración definitiva, es grandísimo, y faltan criterios o escalas para poner en relación las diversas valoraciones (las "series"). ¿Cómo comparar, por ejemplo, valores estéticos y valores morales? ¿O la proximidad a Dios y la capacidad de trabajo social? En este punto fracasa nuestra intelección de los valores, pues falta una escala general.(120) El hecho de que no podamos formar con evidencia series de preferencia en el ámbito de los valores anímico-espirituales tiene amplias consecuencias.(121) No es posible una determinación exacta del valor relativo de una persona en la totalidad de su ser y en comparación con otras personas. Sólo podemos determinar con alguna seguri-

(118) *Politeia*, VII, 520d.

(119) Cf. Litt, loc. cit., pp. 12-13.

(120) Emge, *Sicherheit und Gerechtigkeit*, p. 27.

(121) Cf. *sura*, p. 123.



dad diferencias muy burdas, desviaciones considerables del tipo normal del hombre, como por ejemplo ocurre en la observación del hombre muy retrasados desde el punto de vista moral o intelectual o mal desarrollados en general. E incluso aquí es la clasificación a menudo difícil, como enseña la biología criminal.(122) El juez se encuentra aquí ante tareas a menudo difícilísimas. Pero cuando se trata de diferenciaciones entre hombres de los llamados normales, nuestro juicio fracasa, aun sin discutir la imposibilidad técnica que presentaría, por ejemplo, la tarea de examinar a un pueblo de millones de almas según métodos psicológicos. No me atrevo a decidir(123) a este propósito si esa imposibilidad técnica es definitiva o si se trata sólo de un límite provisional de la existente intelección humana;(124) pero me inclino por la primera posibilidad. Pues la capacidad humana de coordinar varios puntos de vista diversos tiene sus límites. En todo caso, y dada la situación actual de la humanidad, hay aquí un límite para nuestra capacidad de juzgar; en la medida en que se trata de una personalidad total somos incapaces de juzgar con seguridad de su valor relativo respecto de otras personas, y quedamos reducidos a un juicio más o menos inseguro, intuitivo e indemostrable. A ello hay que añadir otra circunstancia. El derecho es un orden abstracto. El que en algún caso sea posible con cierta seguridad una decisión intuitiva personal procedente de una persona educada, experimentada y de autoridad, no quiere decir que sea posible también una diferenciación en base a un orden abstracto, pues éste tiene que diferenciar según criterios generales. Esta es la situación por lo que hace a la valoración del valor relativo de los hombres

Esto es de extraordinaria importancia para la intelección de la idea del derecho. Pues ésta exige por sí misma la existencia de un tal criterio. Para dar a cada uno lo suyo no basta con saber que debemos respetar a todos como personas; tendríamos que saber también qué valor compete a cada cual respecto de los demás. Si nuestro conocimiento fracasa en este punto, también nuestro conocimiento de la idea del derecho quedará lacunario en el lugar homólogo. No

(122) Cf. la exposición de las dificultades de la clasificación de criminales en Exner, *Kriminalbiologie*, 2da. ed., pp. 217 y ss.

(123) Admito como justa la crítica de Würtenberg a mi exposición en los *Obersten Grundsätzen*, cf. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 150, p. 192.

(124) Cf. sobre esta diferencia N. Hartmann, *Ontologie*, pp. 47, 170 y ss.

nos resulta plenamente accesible la idea del derecho. Esto significa que debemos renunciar a la esperanza de deducir de ella un sistema ordenado concluso y justo. Todo sistema de este tipo tiene que llevar por fuerza a la arbitrariedad, puesto que medirá necesariamente con escalas inadecuadas.

Pero el reconocimiento de que el concepto de justicia no nos es totalmente accesible desde el punto de vista de la consideración de la persona humana, el reconocimiento de que no podemos apresar más que algunos rasgos de aquella idea, constituye también el fundamento de una intelección esencialmente positiva. Fundamenta lo que yo desearía llamar el *postulado de la libertad*. Si poseyéramos una intelección plena de la justicia podríamos decir qué lugar corresponde a cada cual en la vida social y podríamos deducir de ello un orden perfecto. Pero como no tenemos aquella plena intelección, tenemos que limitarnos: en muchos puntos de la vida social renunciaremos al intento de establecer un orden justo (el intento nos llevaría a la arbitrariedad) y nos tendremos que reducir, cuando no podemos ordenar con justicia, a dar ámbito al libre desarrollo. Las limitaciones de nuestra intelección nos imponen como constrictivo mandato el reconocimiento de la libertad cuando no es posible un orden justo. (125)

2. El orden jurídico no tiene como única misión la de ordenar las relaciones de persona a persona; tiene que delimitar también diversos ámbitos vitales, como el estado y la economía, la religión y la ciencia, etc. Para ello necesita una *jerarquía* de las tendencias y aspiraciones humanas. En ese hecho fundamenta Platón su comparación de la justicia en el estado con la justicia en el individuo, centro y fulcro de todo su diálogo sobre el estado. Al igual que la razón ordena a la persona para que cada una de sus capacidades anímicas haga su función y no pretenda el predominio que no le corresponde, así también ordena la justicia en el estado las diversas tendencias y aspiraciones sociales en sus relaciones recíprocas, dando lugar al cosmos social igual que la razón hace un cosmos del hombre.

Si nos ponemos a buscar una tal jerarquía de los fines de la acción humana tropezamos con la jerarquía de los valores a que hemos aludido antes. (126) La

(125) Volveré a tratar de este postulado de la libertad; cf. *infra*, pp. 206, 219.

(126) Cf. *supra*, p. 122-123.

aspiración anímico-espiritual está por encima de los impulsos animales y de la tendencia a lo útil; los valores "vitales" - fuerza, valentía, honor, etc. - se encuentran por debajo de los puramente espirituales, como la justicia, la verdad, la belleza. (127)

Esta jerarquía está también viva en la vida práctica del derecho, y por ello será conveniente discutirla en su ámbito. Supongamos que un hombre se ha ligado por beneficios de tipo financiero en una cuestión de su propio matrimonio (contraerlo o divorciarse). El Tribunal del Reich declara el acuerdo inmoral e ineficaz. El fundamento de su sentencia es la incomparabilidad de los bienes objeto del acuerdo: no puedo vender una decisión moral. Las decisiones morales están por encima de las ventajas de orden económico. (128) Por la misma razón no puedo hacer garantizar por juramento una prohibición de competencia. También el honor está por encima de los intereses económicos y no puede ponerse al servicio de éstos. (129) Desde el mismo punto de vista se ha opuesto la judicatura a la venta de clientela entre abogados y médicos y a ciertos acuerdos de los abogados con los clientes (honorario por éxito). En estos casos se trata de profesiones que implican especiales obligaciones éticas; por eso su ejercicio no puede convertirse sin más en objeto de transacciones económicas. (130) Aquí se nos presenta claramente una jerarquía de bienes: los superiores no pueden sacrificarse a los inferiores. Ello tiene importancia también para el orden de las tendencias y aspiraciones sociales en general. Sobre esta base hay que juzgar también los conflictos entre el poder del estado y las convicciones religiosas, el estado y la ciencia, etc.

3. El orden jurídico tiene también que ver con la "negociación" entre hombres. Por ello se hallan presentes en la idea del derecho los valores morales que se presentan en ese "negociar". Si consideramos aquí la naturaleza de la cosa, tropezamos ante todo con el fenómeno fundamental del intercambio de prestaciones por contrato. Pero en este fenómeno fundamental se nos presentan

(127) Como es natural, la jerarquía casi inversa vale por lo que hace al peso de los intereses en la vida. Cf. *Oberste Grundsätze des Rechts*, p. 14.

(128) Cf. RGZ 109, pp. 137 y ss., especialmente p. 142.

(129) Cf. RGZ 68, P. 229.

(130) Cf. sobre todas estas cuestiones en general mi trabajo *Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten"*, NJW 1947-1948, pp. 213 y ss.



determinados valores morales; esos valores morales pertenecen también a la naturaleza de la cosa. Aquí tenemos un pregnante ejemplo de cómo pasa al orden moral de los valores la naturaleza de la cosa, el orden natural del ser. En las culturas primitivas este hecho no destaca de este modo. El trueque primitivo está dominado por la desconfianza, y lo mismo puede decirse del puro negocio al contado, primera fase del negocio de compra y de intercambio en general. La interconexión de derecho y ética no es consciente al hombre desde el primer momento.(131) Pero a medida que se desarrolla el negocio obligacional, a medida que se hace más frecuente el pacto por el cual la prestación se pone en el futuro, van cobrando importancia las ideas morales y van sustituyendo paulatinamente a otras posibilidades de garantía.

Se trata ante todo de la *fidelidad*, del respeto de la palabra dada. Ese valor fundamenta la regla *pacta sunt servanda*: es el valor fundamental de la vida contractual. A él se añade la *veracidad*, que excluye el engaño de la vida contractual. Ambos juntos fundamentan la *confianza* en el comportamiento del otro y la fe en su palabra, sin las cuales es inimaginable un tráfico comercial desarrollado y hasta el mismo intercambio pleno de prestaciones. La *lealtad* es la coronación de ese sistema de valores. Ni esta última virtud ni el sistema mismo pueden desde luego desarrollarse plenamente en el mero intercambio de prestaciones. Pues, según la acertada expresión de Spranger, la lealtad es "una permanente orientación hacia el alma del otro", es decir, que es propiamente una relación de hombre a hombre. Su plena esencia no se desarrolla, pues, más que cuando se trata de tales relaciones, de relaciones que abarcan a la persona entera, como puede ocurrir en el matrimonio o en la relación del superior y el inferior feudales.(132) Pero también ese conjunto de valores obra en los contratos. En éstos proscriben toda astucia malévolas, todo dolo, y obliga a tener en cuenta la situación y los intereses del contratante. Sus efectos, como ha percibido claramente la jurisprudencia moderna (y no sólo ella), rebasan la relación contractual particular y llegan al ámbito total del tráfico jurídico; el que toma parte en éste y tiene que cumplir las exigencias de lealtad o buena fe.(133)

(131) Cf. Sombart, *Moderner Kapitalismus*, 2a. ed., I, p. 93.

(132) Cf. H. Mitteis, *Lehnrecht und Staatsgewalt*, especialmente pp. 14, 43 y ss.

(133) La lealtad impone también, gracias a esa extensión, la obligación de respetar a los demás. H. Mitteis especialmente lo ha subrayado así en el citado libro sobre el derecho feudal, cf. p. 80. Sobre la base del recíproco deber de fidelidad, se constituye para el señor feudal la obligación de respetar el derecho del vasallo a "afirmar su existencia y su dignidad". Ocurre aquí, pues, cosa análoga a la vista en la temática de la justicia.

El estudio de la naturaleza de la cosa nos lleva, pues, a una serie de valores claramente definibles y que ofrecen una escala o criterio a la justicia. Justicia y dignidad del hombre, lealtad y fidelidad son los fundamentos morales del derecho, el contenido de la idea del derecho.

#### IV

La idea del derecho es, según esto, la suma de los contenidos morales (valores) que están esencialmente ligados al desarrollo del derecho.(134) En el centro se encuentran la justicia y la dignidad personal del hombre. La justicia nos remite a la naturaleza de la cosa. De este modo penetra el orden del ser - en la medida en que es cognoscible para el hombre - en la idea del derecho. La naturaleza de la cosa se convierte en norma. También los valores morales del trato entre hombres - fidelidad, lealtad, confianza y veracidad - están ligados con ella del mismo modo.

Nuestro saber de la idea del derecho así entendida es fragmentario. En determinados puntos permanece cerrada a nuestro conocimiento; la idea del derecho queda lacunaria. Esta laguna que no puede evitar el conocimiento tiene que ser colmada por el obrar prudente para que pueda crearse un orden completo. El conocimiento no puede dar a la acción más que un consejo, por así decirlo. Ese consejo es el "postulado de la libertad": ordenar las cosas del modo más libre cuando no puede decidirse con alguna seguridad, pues la libertad corresponde a la dignidad humana más que cualquier regulación necesariamente arbitraria.

De todos modos, nos son posibles ciertas intelecciones evidentes de la esencia de la idea del derecho. Esas intelecciones nos ofrecen la posibilidad de superar proposiciones meramente formales para indicar determinados contenidos materiales como contenido moral necesario del derecho. Nuestro saber es lo suficientemente amplio como para preservarnos de un relativismo sin fundamento. Aunque fragmentario, nos da firmes puntos de apoyo.(135) La situación es en

(134) En este sentido, Mitteis: "La idea del derecho... se orienta según valores supremos", *Naturrecht*, p. 33.  
 (135) Creo que, a pesar de las varias diferencias en los puntos de partida, me encuentro en esto de acuerdo con Radbruch.

el fondo la misma que se presenta en otros terrenos del saber. Nuestro destino es no tener ni un saber completo ni una completa ignorancia.

La idea del derecho es el estrato supremo del derecho. Ella da al orden de la paz y el poder su contenido natural. Bajo su influencia se moraliza el derecho; pero no por ello se convierte en una parte de la ética. Los mandamientos jurídicos no se convierten en mandamientos éticos. Siguen subsistiendo las diferencias. La idea del derecho organiza el derecho, mientras que la ética organiza la vida personal. La ética da mandamientos para el comportamiento personal; el derecho sigue siendo orden de paz y organización externa de una comunidad. El comportamiento moral descansa en la conciencia y en la convicción personal; en este campo encuentra su norma última: Es autónomo. El comportamiento jurídico se somete a la legislación de la comunidad: es heterónomo. La ética afecta a todo proceso relevante según la conciencia, incluyendo pensamientos estrictamente personales y convicciones íntimas que no tienen ninguna relevancia externa: la ética se basa en la mentalidad. El derecho delimita esferas de intereses sociales: se orienta sólo a hechos relevantes para la paz de las comunidades; le basta con que se le siga en el comportamiento externo. La ética no conoce en cambio sanciones externas: no conoce más que el fuego del remordimiento en la conciencia. En cambio, en el derecho alienta una tendencia a la realización coactiva (Stammler); cuando es perfecto, está asegurado en su eficacia por la existencia de la coacción y los tribunales.

Ética y derecho se comportan como dos circunferencias que se cortan. El derecho penetra en el ámbito de lo moral por su zona ideal - por la idea del derecho. Pero no reabsorbe totalmente ese ámbito. Ello se debe por de pronto al hecho de que los valores morales se comportan de modos diversos respecto de un orden abstracto como es el derecho. El valor moral y la justicia tienen la propiedad de poder incorporarse a órdenes dados. Hay situaciones justas y situaciones injustas, órdenes justos y órdenes injustos. Lo mismo ocurre con la idea de libertad. También puede penetrar en un orden. Un orden puede ser en sí mismo libre y puede no serlo. Estos dos valores fundamentales de la idea del derecho - la justicia y la libertad - pueden, pues, realizarse directamente en un orden y por él. Pero éste no es el caso de los demás valores morales. El amor, la fidelidad, la veracidad no pueden realizarse directa e inmediatamente en un orden o por un orden. Sólo pueden funcionar como *escalas* de un orden. En este

caso el orden mide el comportamiento de los hombres que viven en él según la escala del hombre fiel, del hombre veraz, etc.

Pero tampoco todos los valores éticos entran en consideración como tales "valores de escala". La circunstancia de que el derecho descansa en los valores fundamentales de la libertad y la justicia excluye otros determinados valores del ámbito del derecho. La justicia excluye la gracia, pues la gracia es la superación de la justicia. (136) La idea de libertad excluye la idea de amor, pues el amor es la entrega incondicionada y la libertad es autoafirmación incondicionada. La vida en una comunidad de derecho no puede ser por ello la forma única de convivencia moral; ni es tampoco la más alta. Es más bien su forma elemental; pero es, de todos modos, una forma moral de convivencia.

El que la idea del derecho es contenido moral de un orden no significa, por último, tampoco que los valores morales que le corresponden no se manifiesten más que en ella. Junto a la justicia que se realiza en un orden y en su aplicación (junto a la justicia jurídica) existe la justicia libre y personal. (137) También ésta obra en la vida social, y hasta puede dominar la organización social. Lo hace siempre que el dominio de la sociedad compete a una persona y no a un orden. Así ocurre en la comunidad familiar. También en ella impera la justicia, pero la justicia personal de los padres, que se expresa inmediatamente, intuitivamente, sin consideración de ningún orden de principio. Lo mismo ocurre en estado el patriarcal, en el que es el príncipe, y no la ley, la instancia suprema. El patriarca rige según su personal justicia. Esta no ha llegado a encarnarse en un orden: existe en la persona del monarca. Así ha comprendido la Edad Media la esencia de la monarquía. (138) Ciertamente también el orden justo, a medida que se va realizando, desemboca finalmente en la decisión personal y justa del juez. (139) Pero la justicia personal de éste está orientada y ligada por el orden que la clarifica: es *justice under law*.

(136) Por ello se pierde totalmente la esencia de la gracia cuando se intenta juridificarla.

(137) Así lo subraya con razón Emge, *Sicherheit und Gerechtigkeit*, p. 20.

(138) En este contexto hay que citar también la justicia personal de los monarcas absolutos del siglo XVIII. Cf. la descripción de las llamadas "suplicaciones" en E. Schmidt, *Justitia fundamentum regnorum*, pp. 24-25. - A este propósito ha hablado Max Weber de "justicia de cadí". Prefiero la expresión "justicia personal". Me parece que es necesario separar rigurosamente esta personal realización de la justicia de la realización jurídica, incluso en la historia del derecho. En esto me han reafirmado mis conversaciones con mi apreciado colega de facultad Reicke, al que quiero expresar aquí mi agradecimiento. En esas conversaciones Reicke me ha insistido siempre en la diferencia entre personalismo e institucionalismo en la historia del derecho.

(139) Cf. la extraordinaria exposición de E. Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*.

38

520

05

En la realidad de la vida jurídica la idea del derecho obra como objetivo ideal. Es la idea regulativa y, en su acción anímica, es el motivo moralmente supremo de toda creación jurídica. El juez justo la lleva en el corazón; el legislador concienzudo orienta según ella su trabajo. Según la acertada expresión de Stammler, el derecho es un intento de justicia. Está caracterizado por la tendencia a la realización de la idea del derecho en la medida en que quiera ser derecho verdadero. La orientación por la idea del derecho distingue al derecho del mero poder estabilizado.

Ante la consideración histórica, la idea del derecho se presenta como una tendencia recurrente. Precisamente la historia del derecho, que tan frecuentemente ha sido tomada como fundamento del planteamiento escéptico, ofrece claras pruebas de la eficacia y de la existencia de aquella idea. La historia del derecho no es sólo "el libro de estampas de la idea del derecho", sino también la historia de su progresiva revelación. (140)

(140) Con razón ha considerado H. Mitteis como primera tarea de la investigación jurídica en el terreno de la historia del derecho la de elaborar este aspecto de la misma. Cf. *Das Naturrecht*, p. 42.

## CAPITULO VI

EL DERECHO NATURAL  
Y LOS PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA

## I

La idea del derecho es el objetivo moral a cuya realización debe orientarse todo orden jurídico. La idea de un derecho natural rebasa la temática descrita hasta aquí como propia de la idea del derecho. El derecho natural pretende ser no sólo un determinado contenido moral a realizar en el orden social, sino, además, el esbozo de un orden jurídico que satisfaga las exigencias morales de la idea del derecho. Frente a la idea del derecho - como puro contenido moral - el derecho natural tiene que ser un sistema de principios jurídicos de determinado contenido en los que la idea del derecho cobre configuración concreta y resulte así aplicable. El derecho natural convierte el contenido general de los valores morales ínsitos en la idea del derecho en una serie de principios jurídicos determinados que, por aplicables en la vida social, pueden servir como modelos para la legislación y la judicatura. En el derecho natural se hace practicable la idea del derecho, se transforma en principios que pueden expresarse y aplicarse en leyes y sentencias. Respetar la dignidad humana del prójimo. Ésta es una exigencia moral. Todo poder que pueda darse a un hombre sobre otros tiene que estar interna y materialmente limitado y controlado: éste es un principio del derecho natural.

El derecho natural se sale así del ámbito de la ética pura. No da máximas de comportamiento personal, sino principios del orden social. Es, como ha enseñado Kant, una "legislación de la libertad externa". Lo que importa en el derecho natural no es el comportamiento moral del individuo, sino la justa estructura del orden en la comunidad humana. El derecho natural tiene su lugar, por decirlo gráficamente, entre la idea del derecho y el derecho positivo; lleva de aquélla a éste.

Aunque, por lo dicho, rebase el ámbito de la idea del derecho, el iusnaturalismo reivindica para el derecho natural la misma atemporalidad que es propia de la

idea del derecho. Los principios que contiene deben ser decisivos siempre y en todo lugar en que se ponga y se enuncie derecho. Sin ninguna atadura de época, el derecho natural pretende ser el eterno y válido prototipo del orden jurídico, modelo de toda legislación positiva y capaz de suplir a ésta cuando falta, de completarla cuando tiene lagunas: el derecho natural tiene que ser un orden siempre presente al que los hombres puedan apelar en cualquier momento en que falle el orden positivo.

El iusnaturalismo tiene una tradición tan dilatada como venerable. Pero lo mismo puede decirse de la *skepsis* que ha suscitado. (1) Será conveniente para una cumplida discusión del problema del derecho natural empezar por considerar los tempranos puntos de partida del iusnaturalismo y las argumentaciones de sus contrincantes antes de intentar una propia toma de posición. (2)

Los dos puntos de partida del pensamiento iusnaturalista han sido ya aludidos en el capítulo anterior. Se trata de los contenidos morales de la idea del derecho y de la naturaleza de la cosa. De la idea de justicia se dedujeron ciertos principios generales - pero determinados - del comportamiento: *neminem laedere, suum cuique tribuere*, etc. De la naturaleza de la cosa se obtienen especiales normas sobre la pérdida y ganancias de la propiedad, sobre los deberes de los padres para con los hijos, etc. Esos dos puntos de partida están ya presentes en el iusnaturalismo antiguo y encuentran hasta cierto punto su unificación sistemática en las doctrinas de Santo Tomás de Aquino, el cual concibe la naturaleza de la cosa como un orden esencial dado por Dios, y la realización de lo bueno y de lo justo como la tarea esencial del hombre racional. En su doctrina los dos puntos de partida del iusnaturalismo se encuentra, pues, ligados en el orden general de la Creación, que es un orden divino. El segundo punto de partida fue luego convertido por el iusnaturalismo racional de la Ilustración en fundamento básico, fundiendo en él el primer punto de vista. El iusnaturalismo ilustrado parte de la naturaleza del hombre como ser racional que vive en sociedad, y deduce de esa comprensión un sistema completo del orden social. Sobre esa base define Grocio la justicia: "Ius sit quod iniustum non est. Est

(1) Cf. la impresionante exposición de Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Berlín, 1928, §§ 28-29.

(2) No puede ser tarea nuestra la de ofrecer aquí una historia del pensamiento iusnaturalista. Cf. como introducción el brillante trabajo de Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2a. ed., 1946.

autem iniustum quod naturae societatis ratione utentium repugnat". (3) La medida de la justicia es, pues, el hombre racional en sociedad. De acuerdo con ello es el derecho natural "dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem ac ab auctore naturae talem actum aut vetari aut praecipere". (4) Sin duda, Grocio recoge de sus modelos antiguos, Cicerón y Aristóteles, el punto de partida moral del derecho natural, la esencia de lo justo, y comenta toda la doctrina aristotélica de la justicia; pero en él los principios de la justicia no proceden de un contenido ético dado *a priori*, sino de la naturaleza del hombre como ser racional y social. Aún más acusadamente se presenta, como es natural, el punto de vista de la naturaleza de la cosa cuando desarrolla sus reglas especiales acerca de la propiedad, los contratos, etc. Lo que Grocio intenta ofrecer en ese plano es simplemente un derecho penal o un derecho de cosas, etc., "sobre la base de la naturaleza de la cosa", por así decirlo. Sólo sobre esa base puede comprenderse, por lo demás, un sistema de derecho natural que hasta tal punto descende a detalles. - Por esta vía ha procedido la Ilustración. Característico es en este sentido Christian Wolff, que define: "Vocatur... naturalis (lex) quae rationem sufficientem in ipsa hominis rerumque essentia habet". (5) En todo este desarrollo domina - y cada vez más intensamente - el enorme optimismo cultural de la época y, consiguientemente, una concepción muy optimista de la naturaleza del hombre. Wolff infiere de ella, como ley suprema, la obligación de promover la realización del ser humano y su perfeccionamiento. (6) Lo característico de esta doctrina es que va perdiendo progresivamente importancia el punto de vista de las obligaciones morales del hombre; lo que en épocas anteriores había sido sentido como reglas morales impuestas toma cada vez más el carácter de máximas racionales y útiles del hombre que aspira al progreso.

Frente a esa doctrina se erguiría Kant sobre la base de su reconocimiento de la indeducibilidad e irreducibilidad de lo ético. Para Kant, cualquier comprensión empírica sobre el hombre como ser racional en su esencia y en su acción es

(3) De iure belli ac pacis, I, 1, § 4, I.

(4) Op. cit., I, 1, § 10, I.

(5) *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Halle, 1750, .. 39.

(6) Op. cit., § 43.

39

520

05

insuficiente para dar el fundamento de los eternos principios del derecho, los cuales sólo son deducibles de la ley moral misma. Por eso se ha convertido Kant en Alemania en el destructor del derecho natural especulativo de la Ilustración.(7) Pero al mismo tiempo ha fundado un nuevo derecho natural que descansa en las exigencias de la moralidad. El fundamento de su sistema es la idea de la *libertad moral*. Al igual que en el obrar moral se manifiesta la libertad interna del hombre, así también se expresa en el derecho la correspondiente libertad de la conformación externa de la vida. "El derecho es la esencia de las condiciones bajo las cuales puede unificarse el arbitrio del uno con el arbitrio de los demás según una ley general de libertad."(8) Partiendo de esa definición desarrolló Kant un sistema de principios necesarios del derecho.

La misma idea de la libertad del hombre es punto de partida de la doctrina de los derechos naturales del hombre, desarrollada sobre todo en Inglaterra. En el fondo de esta doctrina está originariamente la idea religiosa de la libertad de conciencia y de la inmediatez del hombre a Dios.(9) Como doctrina política cobra ante todo forma por obra de John Locke.(10) Según ella los hombres tienen por naturaleza tres derechos fundamentales: libertad, igualdad y propiedad por el trabajo.(11) Los derechos del hombre encontraron expresión clásica en el *Bill of Rights* de Virginia de 1776 y en la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de la Revolución francesa.

Son, pues, tres ideas las que principalmente destacan como fundamento del derecho natural: la idea de justicia, la idea de libertad moral y la idea de ciertas regularidades o legalidades de la naturaleza del hombre y de los procesos sociales, regularidades que pueden ser en parte concebidas sobre la base del orden de la creación. Desde esos puntos de vista se han desarrollado efectivamente los sistemas del derecho natural.

En oposición a las doctrinas iusnaturalistas ha esgrimido el positivismo jurídico una serie de argumentos. Su punto de partida es - como ocurre con todo

(7) Cf. Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 90.

(8) Introducción a los *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, página XXXIII de la ed. Königsberg de 1797.

(9) Cf. Georg Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, especialmente pp. 35 y ss.

(10) Cf. *On civil government*, libro II.

(11) *Op. cit.*, núm. 4, p. 24 y ss.

positivismo(12) - la convicción de que la única realidad es la que nos es dada de un modo empíricamente verificable. En su aplicación al terreno de lo jurídico ese principio positivista significa que sólo deben considerarse como fuentes de derecho las leyes, usos jurídicos y decisiones judiciales cuyo origen histórico sea documentable.

Los argumentos del positivismo contra el derecho natural se encuentran reunidos en el célebre escrito de Karl Bergbohm *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892). Podemos utilizar esa obra como hilo conductor, tanto más cuanto que el libro ha sido, también desde el punto de vista histórico, una especie de balance del derecho natural científico.(13) Bergbohm no reconoce como derecho más que el derecho positivo. Para que una regla social sea derecho positivo hay que exigir, además del "contenido esencialmente normativo", "que... haya cobrado forma de derecho, lo cual sólo ha podido ocurrir porque un poder competente para la creación del derecho le haya impartido la cualidad de derecho mediante un proceso adecuado, externamente reconocible, que pertenece como tal a la historia y que constituye la fuente jurídica formal de la norma de que se trate".(14) Bergbohm llama a esta tesis "principio histórico". El criterio decisivo del derecho es, pues, que la cualidad de proposición o principio jurídico queda fijada por una autoridad externa en un acto históricamente identificable. Lo único válido es el dato positivo del hecho históricamente comprobable por el cual fue puesto el derecho.

Bergbohm presenta esencialmente tres objeciones a la posibilidad de un derecho natural:

1a. No hay principios fundamentales atemporales de naturaleza moral, sino sólo juicios socialmente condicionados e historizados por una parte, y opiniones personales y subjetivas sobre cuestiones morales por otra (argumento del relativismo ético).(15)

2a. Todo derecho está ligado a la situación. Vale siempre y exclusivamente para una determinada situación histórica, y resuelve conflictos específicos e históricos. La situación social por la que se orienta el derecho cambia constantemente en el

(12) Cf. Kunze, *Logik*, en *Handbuch der Philosophie*, ed. por Baümeler y otros, I, p. 9.

(13) Para una discusión más reciente, cf. R. Beyer, *Rechtsphilosophische Besinnung*. Beyer hace al iusnaturalismo objeciones basadas en peligros de tipo jurídico-político.

(14) *Op. cit.*, p. 549.

(15) Cf. ante todo pp. 425 y 175, así como 455 y ss.

tiempo y de un país a otro. Por eso no puede existir un derecho universal y de vigencia absoluta (argumento del condicionamiento situacional del derecho).(16)

3a. El derecho natural y el derecho no pueden ser vigentes el uno junto al otro. (Argumento de la unidad del derecho.) Este argumento incluye varias tesis.

El derecho positivo carece de lagunas y es completo; cuando las leyes tienen lagunas, los jueces las complementan con ayuda del razonamiento analógico.(17) Por eso el derecho natural no puede obrar supletoriamente junto al derecho positivo.

El derecho positivo vale en cualquier caso, incluso cuando es malo por su contenido. Por eso tampoco pueden considerarse al derecho natural como escala o criterio del derecho positivo.(18)

El derecho positivo tiene sus propios fundamentos de validez; vale por ser derecho. El derecho natural no puede, pues, tampoco, ser considerado como fundamento del derecho positivo. La ética no es una fuente de derecho.(19)

Por otra parte, para ser derecho, el derecho natural tendría que ser un orden comprensivo, pues todo derecho debe ser completo.(20)

Resultado final: el derecho natural es inútil en la medida en que coincide con el derecho positivo y en la medida en que lo contradice no es derecho. Derecho natural y derecho positivo no pueden coexistir como plenos sistemas jurídicos.(21)

Todo intento de fundamentar el derecho natural tiene que enfrentarse con esos argumentos.(22) Partiendo de ellos tiene que plantearse a sí mismo la cuestión de si es imaginable un derecho natural, cómo y con qué contenido. Estudiaré por eso en detalle los contraargumentos oportunos.

(16) pp. 410-411 y ss., 416. -Recientemente subrayado por Emge, cf. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1925, apéndice V, esp. pp. 110, 112-113, 99.

(17) pp. 373, 381 y ss., 384.

(18) Cf. p. 398.

(19) Cf. pp. 400, 444.

(20) Cf. p. 393.

(21) Cf. p. 403. Kelsen subraya también esta idea.

(22) Junto con estos argumentos se dice hoy a menudo que no puede haber ningún derecho natural porque todo derecho es creación humana, es decir, *derecho cultural*. Esa afirmación es en sí verdadera, pero afecta más al nombre que a la cosa. (Cf. Mitteis, *Über das Naturrecht*, p. 6.) Pues inmediatamente surge la cuestión de si el hombre puede crear libremente (arbitrariamente) el derecho o de si se encuentra vinculado por ciertas intelecciones morales y objetivas. Ésta es la tesis del derecho natural; si se niega esta vinculación, se recae en última instancia en las tesis y en los argumentos del positivismo.

Con el problema del relativismo ético nos hemos enfrentado ya antes. Nuestro resultado fue que la idea del derecho es en parte cognoscible, que existen ciertos elementales valores morales cuyo contenido es inequívocamente precisable y cuyas exigencias poseen validez supraindividual. Esos valores constituyen la parte cognoscible de la idea del derecho. En otro sentido, en cambio, falta a nuestra intelección una escala segura y firme. De ello se sigue para la cuestión del derecho natural que éste - por lo que hace a sus bases éticas - es sin duda pensable, pero que, a causa de las deficiencias de nuestro conocimiento de aquellas bases, no puede ser desarrollado más que como sistema parcial, y no como orden concluso.

Por lo que hace al condicionamiento situacional del derecho, el punto de partida de la argumentación positivista es indiscutible. Hemos tratado ya de ello.(23) No sólo el derecho, sino incluso los valores morales están en cierto sentido condicionados por cada situación. Las valoraciones morales están destinadas a servirnos en la vida real. Y nuestra vida se realiza en una incesante sucesión de cambiantes situaciones para las cuales las valoraciones éticas nos dan la orientación de la acción. La conciencia reacciona a situaciones concretas determinadas. Spranger ha llamado acertadamente a esto el gran milagro de la conciencia. Tampoco podemos expresar el contenido de los valores morales si no es describiendo lo que nos ordenan hacer en situaciones determinadas. En la discusión de la justicia o de la fidelidad se manejan ante todo cuadros de determinadas situaciones, sobre el fondo de los cuales se expone el sentido de esos valores.

Ante este hecho la posibilidad de un derecho natural como orden supratemporal parece realmente hundirse.

¿Cómo podemos imaginar, ante las cambiantes e irrepetibles situaciones históricas, principios jurídicos de relevancia general?

Si se toma en serio la idea de que toda situación histórica es única e irrepetible, hay que rechazar la idea de un derecho natural. La rectitud del comportamiento humano en cada situación no podría en este caso medirse sino por una norma especialmente establecida para la situación concreta. Pero entonces no se trataría ya de un derecho natural, sino de una especie de plan

(23) Cf. *supra*, p. 123.



523

051

moral de la historia universal.(24) Se ha intentado dar con una salida de esa dificultad mediante las doctrinas del derecho natural "hipotético" y "relativo". La idea de un derecho natural relativo se ha elaborado sobre todo en el iusnaturalismo cristiano. El punto de partida de la tesis es la idea de que los principios éticos puros no pueden realizarse plenamente en el mundo después del pecado original. Por eso requieren determinadas modificaciones teniendo en cuenta la pecaminosa naturaleza humana. El prototipo de esta concepción sería la palabra de Cristo acerca de la separación conyugal o divorcio: "Moisés os permitió que os separarais por la dureza de vuestros corazones, pero al principio no era así" (Math., 19, 8). Este derecho natural modificado, cortado a la medida del mundo, es el derecho natural relativo.(25) La doctrina del derecho natural hipotético es aún más restrictiva. Denomina derecho natural absoluto los principios que se desprenden de la mera existencia del hombre, y derecho natural relativo los principios que presuponen otras acciones previas, como, por ejemplo, las normas sobre la propiedad, sobre los contratos, etc.(26) Ambas doctrinas establecen cierta aproximación entre el derecho natural general y las concretas situaciones históricas; pero no resuelven nuestro problema, pues empiezan por presuponer un derecho natural general.

Otro intento de solución es la doctrina del "derecho natural de contenido variable"; establecida por Stammler. Stammler entiende por esa expresión "principios que, en determinadas circunstancias, contienen un derecho teóricamente justo".(27) Se trataría, pues, de un concreto contenido jurídico que resultaría objetivamente adecuado - es decir, naturalmente válido - para determinada situación dada. Esta doctrina presupone empero la existencia de criterios formales (es decir, no de contenido) con los cuales se pueda establecer si un derecho concreto es "teóricamente justo" o no. Stammler afirma la

(24) Emge, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, XVII (1923-1924), p. 558: "La cuestión de la justicia de una ley... es siempre la cuestión de un determinado sector de la realidad. Sólo si conocemos la debida evolución histórica podemos indicar cómo debe ser un comportamiento concreto en una concreta situación histórica..."

(25) Cf. Troeltsch, *Historische Zeitschrift*, 106, pp. 249 y ss. La doctrina cristiana podía enlazar en este punto con ideas estoicas.

(26) Cf. por ejemplo Höpfer, *Naturrecht*, 3a. ed., Giessen, 1785. La doctrina se presenta en forma análoga en casi todos los autores de la época.

(27) *Wirtschaft und Recht*, 2da. ed., p. 181. (Trad. castellana, *Economía y Sociedad*, Madrid, Reus, 1929.)

existencia de tales criterios; pero los que da no son en realidad puramente formales.(28) De serlo, volveríamos a la idea de un plan moral de la historia universal.

Por último, desde un punto de vista histórico-filosófico podría decirse que para cada época histórica - para la Edad Media europea, por ejemplo, o para la Edad Moderna, etc. - existe un derecho natural determinado y válido en ella. Esto significaría una identificación del derecho natural relativo con las ideas culturales rectoras en cada caso.(29) esto es, con la "idea de cultura en cada una de sus cristalizaciones históricas".(30) Pero esa idea es bastante problemática. Aparte de la inseguridad técnica de delimitar tales épocas históricas, esta concepción daría lugar a una relativización tal de la idea de derecho natural(31) que apenas tendría ya ésta contenido apresable alguno. Tampoco habría ya líneas rectoras de la acción, pues ¿quién decide de si con nuevas formulaciones de objetivos se inaugura o no una nueva época de la historia del mundo? Como es sabido, el nacionalsocialismo ha apelado a una especie de derecho natural en este sentido.(32) En último término, es entonces el éxito histórico el que decide del carácter de derecho natural de una formación jurídica o cultural. Como expresión de un derecho natural unitario esas ideas rectoras de una cultura no pueden parecer expresión de un derecho natural más que a aquel que, como Hegel, vea en la historia universal un desarrollo ordenado (y descubrible por el hombre) de una idea según los diversos momentos de su contenido.(33) Pero una tal concepción del mundo no es más que una hipótesis.(34) Además, tampoco esta concepción podría dar razón del hecho de la unicidad irreplicable de la situación histórica, puesto que admite un derecho natural para épocas enteras.

La solución se encuentra más bien en el hecho de que las situaciones de la existencia humana, a pesar de su innegable unicidad en el detalle, presentan elementos típicos y recurrentes. Puede mostrarse en ellas rasgos característicos que se repiten. Se presentan en ellas intereses típicos, relaciones típicas. En esto

(28) Cf. apéndice III.

(29) Así Koschacker, *Europa und das römische Recht*, pp. 345 y ss.

(30) Schönfeld, *Rechtsperson und Rechtsgut*, p. 202.

(31) Por eso niega Koschacker explícitamente la idea de un derecho natural general. *Ibid.*, p. 345.

(32) Cf. Riezler, *Festgabe für Wenger*, I, p. 31.

(33) En cada época histórica se manifestaría un contenido parcial de la idea. Así también Schönfeld.

(34) Cf. Veit, *Die Flucht vor der Freiheit*, pp. 43 y ss. - Heimsöth, *Geschichtsphilosophie*, pp. 9, 21-22.

descansa, por lo demás, la posibilidad del derecho positivo. Sin ese fenómeno será inimaginable un orden abstracto y general de los procesos sociales; todo "hecho" jurídico descansa en una constelación fáctica típica y recurrente de la vida social. Compra, alquiler, matrimonio, son otras tantas constelaciones factuales típicas. Cierto que esta amplia tópica podría estar limitada a pesar de todo a ciertas épocas o culturas con determinada conexión interna. Pero no es éste el caso en la realidad. Hay una tópica más amplia que rebasa esas fronteras. Eucken lo ha mostrado en un problema especial de sus fundamentales investigaciones sobre la relación entre la teoría económica y la historia económica. Muestra Eucken que no podemos entender órdenes económicos históricos si no es analizándolos con los modelos típicos de orden elaborados por la teoría. Estos "modelos", empero, descansan en observaciones según las cuales existe cierto número de formas fundamentales típicas de orden económico, las cuales se repiten en los diversos tiempos y países.<sup>(35)</sup> La misma experiencia ofrecen la ciencia política y la sociología. Sin esa tópica serían inimaginables como ciencias. Tenemos, pues, que partir del hecho de que existen situaciones y relaciones sociales típicas que se repiten incluso fuera de los límites de una determinada época o de una determinada cultura. Este fenómeno descansa en última instancia en el hecho de que existen ciertas estructuras básicas en la naturaleza humana, e igualmente ciertos factores constantes en el mundo circundante del hombre.

Por eso existe la posibilidad de fijar en principios, teniendo en cuenta esas situaciones típicas, las exigencias que resultan de la idea del derecho. En este sentido, pues, la determinación situacional del derecho no contradice a la posibilidad de principios jurídico-naturales. El hecho de que no podamos concebir las exigencias de los valores morales sino en relación con determinadas situaciones resulta ser incluso favorable para la tarea de deducir los principios del derecho. Pues ese hecho da la posibilidad de deducir de un valor ético un comportamiento determinado como moralmente exigido y, a la inversa, la posibilidad de calificar a un comportamiento contrario de comportamiento moralmente prohibido. Precisamente este último hecho es relevante para el derecho. A cada valor corresponde un contravalor o antivalor: a la justicia, la

(35) Cf. *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, esp. p. 86.

arbitrariedad; a la lealtad, la deslealtad, etc. También estos antivalores quedan satisfechos por un determinado comportamiento. De ello resulta la posibilidad de establecer no sólo principios positivos que imponen un determinado comportamiento, sino también prohibiciones que excluyen un determinado comportamiento contradictorio con la idea del derecho. Esto es de gran importancia para la creación del derecho: piénsese, por ejemplo, en los principios sobre el dolo o en las prohibiciones del Decálogo.

Pero si la tópica de las situaciones no imposibilita el derecho, significa, sin embargo, una limitación del mismo. Lo constante, el punto de inserción del derecho natural, resulta ser un conjunto de formas muy generales de la situación social. Son, por ejemplo, la situación de coordinación de subordinación unilateral bajo el poder de otro, la situación de comunidad. Se trata de regularidades o legalidades internas de una forma determinada de la actuación humana, por ejemplo de la ciencia, en su relación con la voluntad de poder, del estado, etc. Las relaciones concretas en las que se presentan esas situaciones podrán ser, pues, muy distintas las unas de las otras. Una relación de subordinación y poder existe entre el ciudadano y el estado o el grupo, pero también entre el comprador y el monopolio que le dicta el precio, entre el empresario y el obrero individual no organizado, etc. Las circunstancias más propiamente concretas no pueden, empero, ser recogidas en un principio que pretende tener validez supratemporal. El derecho natural no da más que puntos de partida para la regulación del caso concreto. De ello resulta que el derecho natural no puede ser más que un repertorio de ciertos principios generales, y no un sistema jurídico concluso aplicable sin mediación a cada situación concreta. Sigue, pues, subsistiendo la dificultad de la delimitación concreta.

Con esto llegamos al tercer argumento de Bergbohm, el argumento de la unidad del derecho y del fundamento de su validez. Este argumento se reduce en el fondo a la afirmación de que sólo el derecho positivo es derecho: en este sentido es el argumento una petición de principio.

Bergbohm piensa, por de pronto, que el derecho natural no puede ser derecho más que si es capaz de suplir al derecho positivo. Meros principios jurídicos no son derecho. Pero en todo orden jurídico hay ciertos principios supremos de contenido ético y constructivo. Entre ellos se cuentan los principios establecidos por las constituciones acerca de la conformación de la vida social, los "artículos



520 05

reales" del derecho privado, de lo que ha hablado Hedemann, como el § 242 del Código Civil alemán o el 1.382 del *Code civil*; también hay que situar entre ellos principios constructivos como la distinción entre derechos absolutos y derechos relativos. ¿No son esos principios derecho? Lo que son es precisamente las proposiciones decisivas del derecho. Es evidente que estamos en presencia de un sofisma. El derecho natural puede ser derecho aunque no conste más que de principios; lo que desde luego no puede ser es un sistema jurídico *completo*; pero la mayoría de los iusnaturalistas no ha llegado nunca a esta pretensión.

Por lo que hace a la imposibilidad de la vigencia simultánea del derecho natural y el derecho positivo, Bergbohm sucumbe a los peligros del pensamiento especializante y a la ilusión del carácter completo de las codificaciones. El pensamiento especializante le mueve a imaginar el derecho positivo y el derecho natural como dos cuerpos que se excluyen espacialmente. Pero esas figuraciones espaciales son inadecuadas cuando se aplican a formaciones ideales. (36) En los procesos espirituales vivos, como lo es la aplicación del derecho, resulta perfectamente imaginable la intrincación de diversos principios espirituales en su acción. Tal podría ser efectivamente la situación por lo que hace a las relaciones entre derecho positivo y derecho natural. Por de pronto, pensando en un derecho natural en el sentido de las antiguas doctrinas, todo derecho histórico contiene en sí mismo mucho derecho natural positivizado. En segundo lugar, la completud del derecho positivo ha sido reconocida como ilusión hace ya mucho tiempo. La ley tiene muchas lagunas, es decir, hay siempre hechos que no cubre. Estas lagunas no pueden complementarse siempre por medio de otras fuentes formales de derecho, como, por ejemplo, el problemático derecho consuetudinario. Queda, por lo tanto, aquí un campo de aplicación del derecho natural y de los principios generales del derecho. Aún más, cuando investigamos el concepto de las llamadas "lagunas inauténticas" o "seudolagunas", establecido por Zitelmann y recogido por un positivista como Heck, (37) concepto según el cual existe también una laguna cuando, aunque sea posible deducir de la ley una solución, ésta no da plena razón de una situación digna de protección jurídica, comprobamos la infiltración de una especie de corrección iusnaturalista del derecho a través de la teoría del tratamiento de las lagunas de la ley. Así resulta

(36) Cf. por ejemplo Litt, *Individuum und Gemeinschaft*, pp. 14-15.

(37) Cf. *Archiv für die zivilistische Praxis*, v. 112, p. 162.

la posibilidad de que el derecho positivo no viva más que de principios jurídico-naturales y en permanente autocomplementación, la posibilidad de que las fuentes materiales del derecho positivo, de las que toma éste su contenido, sean en amplia medida la (previamente dada) naturaleza de la cosa y los (también previos) principios del derecho arraigados en la ética, y que la jurisprudencia se alimente de esas mismas fuentes cuando desarrolla creadoramente el derecho. Puede decirse sin vacilaciones que el derecho positivo vive y se complementa constantemente del y por el derecho natural pre-positivo. (38) Tal es lo afirmado por Mitteis al decir que el derecho natural es el derecho realmente vigente. (39)

Por último, cuando Bergbohm discute y niega la posibilidad y necesidad del derecho natural como escala o criterio y como fundamento del derecho positivo, hay que decir ante todo que - incluso suponiendo la vigencia más o menos completa del derecho positivo sin consideración de su contenido - sería de todos modos posible que existiera una escala fundada ética y objetivamente y con la que pudiera medirse aquel derecho positivo. El valor de una tal escala sería indiscutible para un hombre moralmente vinculado, incluso en el caso de que el juicio dimanante de aquella escala careciera de toda relevancia para el derecho y su vigencia. Aún así, seguiría siendo una medida de la decisión personal y del juicio jurídico-político. Además, tampoco es correcto afirmar que el juicio jurídico-natural fuera a resultar del todo irrelevante para la validez del derecho positivo. Sin duda puede hablarse de validez o vigencia del derecho en más de un sentido, como más tarde consideraremos. Si al hablar de validez del derecho se tiene en mientes sólo el hecho de que una norma entra en vigor como derecho positivo, a través de un acto formal (y esto es lo que hace Bergbohm), entonces, naturalmente, el juicio jurídico-natural es irrelevante; pero es que entonces la cuestión planteada es ¿qué es derecho positivo?, y está claro que sobre ella el derecho natural, *ex definitione*, no puede dar información alguna. Si, en cambio, se piensa en la validez fáctica para el juez y para la comunidad, el problema

(38) Objetivamente en el mismo sentido: Becker, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 100, p. 129. La diferencia con Stammier, cuando éste habla del derecho positivo como de un "intento hacia la justicia",\* es simplemente terminológica; cf. *Richtiges Recht*, 1902, p. 31.

\* Venimos conformándonos con la traducción ya habitual - "derecho justo" - del tecnicismo de Stammier. Pero la equivalencia castellana propia del concepto de *richtigen Rechts* es más bien "derecho recto", "derecho correcto". (N. de T.)

(39) *Über das Naturrecht*, p. 38.

cobra un cariz muy distinto. La investigación de Franz Klein sobre los fundamentos de la obediencia al derecho - estudio conducido de un modo puramente empírico, y por lo que tanto nada sospechoso para la actitud de Bergbohm - llega al resultado de que en lo esencial la obediencia al derecho, y con ella la vigencia práctica del derecho, descansan en la conciencia.(40) Incluso teniendo en cuenta que la conciencia del individuo está preformada por las concepciones de su época y de su clase social, no puede ser del todo indiferente para la vigencia de un principio jurídico el que se encuentre en armonía o en contradicción con un principio jurídico éticamente fundamentado.(41)

Es importante subrayar en este contexto que el positivismo no es capaz de resolver el problema de la vigencia del derecho sobre la base exclusiva del derecho positivo. El positivismo fracasa ante el problema de saber quién ha hecho del legislador (o legislador constitucional) el "poder competente para la formación del derecho" en el sentido de la definición de Bergbohm. El positivista tiene que recurrir en este punto a algo prejuzgado, a la "naturaleza de la cosa" en una u otra forma. Kelsen, el más agudo representante del neopositivismo, ha visto este problema y ha establecido por eso la doctrina de la "norma hipotética fundamental", según la cual deben considerarse derecho las disposiciones del detentador fáctico del poder. Pero con razón ha visto Erich Kaufmann en esa doctrina una "plena capitulación."(42) El derecho no puede entenderse immanentemente sin superar las fronteras del derecho positivo. Esto arrebató mucha importancia a los argumentos de Bergbohm sobre la autosuficiencia del derecho positivo.

La discusión de la crítica positivista muestra, pues, que ella no puede refutar la posibilidad de un derecho natural. Queda la tarea de determinar positivamente en qué sentido - de acuerdo con el grado de nuestro conocimiento - puede hablarse de derecho natural, y la tarea de desarrollar su contenido.

El derecho natural debe entenderse como una suma de supremos principios jurídicos que constituyen el fundamento del derecho positivo de cada determinada cultura. Esos principios se derivan del contenido moral de la idea del

(40) *Die psychischen Quellen der Rechtsgehorsam*, etc., p. 32.

(41) *Cf. infra*, p. 249.

(42) *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, p. 31.

derecho teniendo en cuenta determinadas situaciones básicas y recurrentes y determinados hechos fundamentales de la vida social. En sus fundamentos éticos a priori contienen momentos empíricos en la medida en que se refieren a situaciones determinadas y parten de datos determinados de la naturaleza humana o de la naturaleza de la cosa. Son principios que pertenecen al mundo de los hombres; a ese mundo se limita su validez.(43) No constituyen para nosotros un sistema concluso ni un orden cerrado, pues la idea del derecho no nos es plenamente cognoscible.

En los principios del derecho natural reconocemos y formulamos una conexión particular del mundo de los hombres, conexión que se nos presenta en cualquier intento de crear un orden social justo. Formulamos en ellos determinados contenidos y datos de la vida social y de su nivel ético, datos y contenidos que obran en el orden social. El derecho natural constituye en este sentido - junto a la ética - un ámbito propio y característico del ser ideal. Dicho gráficamente, se encuentra entre los contenidos éticos de la idea del derecho y las regularidades o legalidades internas de la vida social. Igual que el reino de lo ético, el mundo del derecho natural como mundo de lo propiamente jurídico se ha ido manifestando paulatinamente - y, como queda dicho, no definitivamente - al conocimiento humano. La investigación de ese ámbito sólo ha sido obra de la doctrina iusnaturalista o de la filosofía del derecho en muy reducida parte. Los verdaderos investigadores y exploradores de esta comarca son los prácticos, los legisladores y los jueces que desde hace milenios siguen intentando repetidamente descubrir lo que es justo y adecuado - en el caso especial o en general. Toda ley lograda - esto es, orientada según la justicia -, toda sentencia adecuada es al mismo tiempo una porción de derecho natural descubierto y positivizado. El iusnaturalismo se ha limitado a establecer en líneas generales la suma de esos conocimientos. Es desde luego un procedimiento correcto. El iusnaturalismo tiene que poner en la cuenta todo lo que la investigación ético-filosófica ha reconocido como derecho natural, y todo lo que el derecho positivo haya reconocido a su vez como fundado en naturaleza. En este sentido se orienta necesariamente hacia atrás el iusnaturalismo y busca guía en el pasado. Su tarea consiste ante todo en examinar ese conocimiento acumulado desde el punto de

(43) En esto hay que adherirse a la exposición de E. Wolff, *Naturrecht und Gerechtigkeit*, en *Evangelische Theologie*, 1947-1948, pp. 233 y ss., especialmente p. 251.

42

570 05

vista de su contenido permanente, comparándolo con las exigencias de la idea del derecho y fundiendo en un todo los diversos conocimientos particulares. Con eso queda dicho al mismo tiempo que el iusnaturalismo no puede nunca exponer de un modo exhaustivo ese ámbito.

Como conexión objetiva del reino de lo espiritual, el derecho natural pertenece al mundo del ser (ideal). Como hecho éticamente determinado significa al mismo tiempo una norma. El derecho natural nos es accesible; nosotros debemos realizarlo en el orden social; es, pues, una tarea moral. En este sentido son los principios jurídico-naturales principios regulativos para el legislador, el juez y todo aquel que sea llamado a colaborar en el orden social. El orden jurídico positivo tiene que ser conformado según los principios jurídico-naturales. En esa medida es el iusnaturalismo al mismo tiempo política jurídica, y se orienta también hacia el futuro.(44)

Los principios del iusnaturalismo viven en el mismo derecho positivo. Constituyen el fundamento de éste en la medida en que se orienta según la idea del derecho. Se presentan inmediatamente en el marco del derecho positivo cuando éste se refiere a valores morales especiales (como la *bona fides*) o generales (como las "buenas costumbres").(45) Los introduce la jurisprudencia bajo diversas denominaciones: equidad, imparcialidad, naturaleza de la cosa. Sirven como principios o proposiciones jurídicas para colmar las lagunas del derecho positivo. En este sentido se utiliza por ejemplo en los tribunales alemanes el principio del artículo 75 de la introducción a la ley federal.(46) En el derecho internacional, la Cour Permanente d'Arbitrage International ha apelado en varias sentencias arbitrales a "the general principles of justice as distinguished from any particular system of jurisprudence of the municipal State law of any State".(47)

(44) Por eso no es casual la comprobación de Kelsen de que el derecho natural es en parte conservador y en parte revolucionario. (*Die philosophischen Grundlagen*, etcétera. §§ 20-21.) Eso se debe a su carácter, por un lado comprobador y resumidor, por otro de exigencia.

(45) Cf. mi trabajo *Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten"*, en NJW, 1947-1948, p.p. 213 y ss.

(46) Cf. la sentencia del tribunal territorial de Celle, SJZ, 48, pp. 391-392, y del de Hamburgo, SJZ, p. 267.

(47) Cf. Kaufmann, *Deutschland unter der Besatzung*, p. 19.

Las reglas del derecho natural son un criterio para apreciar en qué medida corresponde a las exigencias de la idea del derecho un determinado orden jurídico de la historias. En este sentido son determinaciones diferenciadoras, generales, y dejan un amplio campo a la conformación técnica detallada del derecho. Pero cuando no se respetan, se lesiona la idea del derecho y podemos sospechar la presencia de arbitrariedad. Un derecho que las contradice no tiene en su favor la idea del derecho; tiene que ser superado, y combatido incluso, si la lesión de las reglas del derecho ha ocurrido voluntariamente.

Autoridad y vigencia o validez del derecho natural son de naturaleza ética. Su validez tiene el mismo alcance que la de los valores morales de los que se deriva. No tienen en su apoyo el poder del derecho, sino que sólo pueden apelar a la conciencia. La sanción del derecho natural no es coacción estatal, sino llamamiento moral a la resistencia de naturaleza activa o pasiva. La ley contraria al derecho natural es moralmente no vinculante.

Con esto se plantea la difícil cuestión de si el derecho natural justifica - o hasta impone - la resistencia violenta. Se trata del problema del derecho a la revolución que tan importante papel ha desempeñado en la historia política del espíritu; piénsese en la Declaración de Independencia americana,(48) o en la doctrina medieval del derecho de resistencia. Lo problemático de esta doctrina es que en ella el derecho, cuyo primer objetivo es la paz, exige el mismo la violencia y la acción bajo la propia autoridad. Así entran en contradicción la tendencia a la paz y la tendencia ética del derecho. Por ello es necesario considerar más detenidamente la relación de principio que existe entre el derecho y la coacción.

En tanto que orden público, el derecho no está en contradicción con la coacción; por el contrario, la seguridad del orden jurídico exige la aplicación de la coacción;(49) dada la naturaleza humana, sólo la coacción puede garantizar la validez segura del derecho.

En cambio, la esencia de los valores morales se encuentra en contradicción con la coacción, con toda aplicación de la violencia. Los valores morales no obligan sino a un comportamiento personal que corresponda a sus exigencias.

(48) Becker, *The Declaration of Independence*.

(49) Cf. Bierling, *Kritik*, etc., pp. 144 y ss.

El *derecho natural* es, por de pronto, la suma de los principios de conformación del orden social arraigados en la ética y en la naturaleza de la cosa. El derecho natural instaura la obligación moral de conformar el orden positivo según sus principios.

Esta obligación es ante todo una obligación moral. Por lo tanto, debe cumplirse ante todo con medios morales. Debemos defender con toda nuestra energía un orden justo de las cosas. Por lo tanto, ante medidas contrarias al derecho natural hay que empezar por oponer consideraciones críticas; a las lesiones conscientes y premeditadas del derecho natural hay que responder con la resistencia pasiva. (50) La resistencia activa que apela a la violencia no está ordenada moralmente. Pero está permitida por el derecho natural y es legítima frente a un gobierno criminal que obra conscientemente en forma contraria al derecho natural. Aparte de consideraciones del tipo de las que dan lugar al concepto del estado de necesidad, la resistencia activa se justifica, igual que toda coacción o violencia jurídicas, por la naturaleza del hombre, la cual no hace posible el mantenimiento del orden público sin la aplicación de la violencia y la coacción; en última instancia, pues, la resistencia activa se justifica por el hecho de que el derecho natural se orienta a la *conformación del orden público*. Por otra parte, la esencia del derecho como orden indica ya que la resistencia activa no está justificada más que en casos realmente extremos.

La responsabilidad del mantenimiento de un orden jurídico-naturalmente justo afecta en principio a todos, puesto que se trata del mantenimiento de un orden éticamente fundado. Pero hay que tener presente dos puntos:

1º No se puede responsabilizar a una persona por una omisión en este contexto más que en el caso de que realmente haya existido, según la intelección y la situación del individuo, una posibilidad de obrar. No puede establecerse una medida abstracta de la resistencia moralmente exigible; hay que tener en cuenta la situación de cada individuo. Todo esquematismo está en este punto fuera de lugar.

2º Especialmente por lo que hace a la actual situación social del mundo, hay que tener en cuenta que la técnica ha creado una fabulosa superioridad material de aquel que tiene en sus manos el poder. Han pasado los tiempos de los

(50) Tal era también la doctrina de los estoicos, cf. Séneca, *De tranquillitate animi*, cap. 3.

hugonotes o de las guerras civiles inglesas, tiempos en los que la oposición podía enfrentarse militarmente con el poder con casi las mismas posibilidades de éxito. La empresa de la resistencia activa significa hoy en cualquier caso una empresa a vida o muerte. La historia de la resistencia alemana a Hitler lo muestra contundentemente. Por eso no puede haber más que un llamamiento a la lucha voluntaria contra el tirano, y no una obligación jurídica positiva. El deber de resistencia arraiga en el hecho de que el derecho natural está fundamentado *éticamente*, en la circunstancia de que su realización es un mandamiento de la ley moral. Su cumplimiento sin consideración del peligro merece naturalmente la suprema admiración; pero no puede fundar una responsabilidad penal en sentido jurídico positivo; por más que el incumplimiento de aquel deber conlleve una mancha moral para el individuo. No es la comunidad jurídica la que debe promover la resistencia activa al tirano, sino sólo la ley moral. La lucha contra la tiranía es algo que, por esencia, se sustrae a la regulación jurídica.

De ello resulta finalmente que no puede existir un castigo por omisión de la resistencia sobre la base del derecho natural, y que no debería tampoco haberlo sobre la base del derecho positivo. Desde este último punto de vista, y en apoyo de lo dicho, puede aducirse el principio *nulla poena sine lege*. Este principio, que excluye toda pena que no haya sido prevista antes del acto, es él mismo un mandamiento del derecho natural y se dirige a evitar la arbitrariedad. En nombre de la idea del derecho, el derecho natural puede desatar de la obligación de obediencia al derecho positivo, porque el mandamiento moral es de nivel más alto que la obediencia a la comunidad jurídica; pero no contiene penalidad alguna contra aquellos que lo violan. Su autoridad es moral, como la de la idea misma del derecho. (51)

Se ha suscitado la cuestión de si se debe o puede mantener el nombre de "derecho natural" para los principios aquí mentados. (52) La cuestión está

(51) Cf. mi trabajo *Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter wegen Anwendung naturrechtswidriger Gesetze*, en SJZ, 1947, p. 61. La cuestión desemboca en el problema de en qué medida debe perseguir el estado crímenes contra la moralidad. [El tema es vivo, nada académico, en la vida jurídica alemana, pues numerosos jueces hoy en ejercicio aplicaron la legislación hitleriana común y militar. Trad. del título del trabajo citado: "Sobre la cuestión de la responsabilidad penal de los jueces por aplicación de leyes contrarias al derecho natural"]. (N. del T.)

(52) Así, por ejemplo, Von Giese con ocasión de una reseña de mis *Obersten Rechtsgrundsätze*, en *Die Aktuelle*, 1948.



320

05

justificada, pues se trata sin duda de principios de la conformación del *derecho cultural*, esto es, del derecho concreto. Su conocimiento y su aplicación son parte de la cultura jurídica. En este sentido es objetivamente inadecuada la denominación de "derecho natural". Pero por el objeto mismo se trata de aquello que la ciencia jurídica y la filosofía social han entendido siempre bajo la etiqueta "derecho natural". La expresión designa el "tópos" (53) de la ciencia de la cultura y el orden del ser a los que necesariamente hay que referir estos principios supremos del derecho. Por ello parece más adecuado mantener la denominación tradicional.

## II

El núcleo del iusnaturalismo moderno son los derechos del hombre. Éstos se basan en la exigencia moral de respetar la dignidad del hombre como persona moral, exigencia contenida en la idea del derecho. (54) El derecho al respeto que resulta para la comunidad jurídica y su orden constituye el derecho general de la personalidad (55) y es el fundamento de la necesidad de reconocer derechos subjetivos en general. Pues con el reconocimiento de derechos subjetivos la comunidad jurídica reconoce que existe una esfera de la vida y unos determinados bienes en los que el individuo es protegido y sobre los cuales [bienes] pueden disponer según sus propias finalidades sin ser dirigido por la comunidad jurídica. Esa esfera y esos bienes son expresión del hecho de que el orden jurídico reconoce el derecho de autodeterminación del individuo. (56) Al reconocer, pues, los derechos subjetivos y protegerlos, el orden jurídico responde al mandamiento de la idea del derecho que exige que se respete al hombre como persona.

(53) Así Spranger, *Universitas*, 1948, p. 418a

(54) Cf. *supra*, p. 135.

(55) Cf. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, 703; y mi trabajo *Das Grundrecht der Menschenwürde*, en *SJZ*, 1947, pp. 641 y ss.

(56) Sólo en base a este dato ético-natural puede entenderse el fenómeno del derecho subjetivo. Si se parte del derecho como mero acervo de normas, el de derecho subjetivo es a lo sumo "un concepto jurídico auxiliar". Así Emge, *Archiv für Rechtsund Wirtschaftsphilosophie*, XVII, p. 551. También Kelsen rechaza el concepto como sin sentido.

El derecho general de la personalidad funda una serie de generales capacidades jurídicas y de especiales derechos subjetivos. Desde el primer punto de vista (capacidades jurídicas generales) pueden establecerse los siguientes principios:

Todos los hombres son capaces de derecho.

Todos los hombres son capaces de obrar

Todos los hombres son jurídicamente responsables de su obrar cuando se les puede acusar de haber obrado *culpablemente*.

Por el primer principio, el orden jurídico reconoce el derecho a tener en general derechos subjetivos; por el segundo reconoce la posibilidad de obrar bajo su protección - es decir, de obrar con eficacia jurídica. Con ello el orden jurídico concede relevancia jurídica a la acción privada y autodeterminada (a un contrato, por ejemplo). Por el tercer principio, el principio de la culpabilidad, se expresa la circunstancia de que la comunidad jurídica tratará al hombre como ser moralmente responsable; por ello no responde éste más que cuando se le puede cargar una culpabilidad relacionada directamente con su obrar.

El derecho general de la personalidad se manifiesta en una serie de derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales tienen siempre un objeto determinado, o un determinado punto de inserción y referencia. (57) Estos objetos o puntos de referencia resultan en detalle de la naturaleza del hombre como ser anímico-corporal, de su estructura somática y psíquica, de sus instintos y de sus aspiraciones y tendencias. El que sean protegidos se debe al principio del respeto, y el que sean precisamente éstos los protegidos se debe a la naturaleza del hombre.

En primer lugar se presenta aquí la protección del hombre en su existencia física, en su cuerpo y en su vida. La vida y la salud del hombre deben ser protegidas contra posibles lesiones por sus conciudadanos o por el estado y sus órganos. La forma de la protección es una cuestión técnica y puede ser muy diversa. Pueden considerarse penas impuestas a las lesiones, reconocimiento de un derecho de indemnización de los daños, etc.

(57) Cf. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, para la definición del objeto de derechos absolutos: "el punto de referencia unitario y material de todas las acciones posibles que están permitidas a uno y prohibidas a otro por la autoridad del derecho".

Otro derecho fundamental y elemental es el derecho de la propiedad. En este contexto no hay empero que entenderlo en sentido estricto y jurídico-privado, el sentido de la propiedad real, sino en el amplio sentido del derecho constitucional, esto es, como la posibilidad de *poseer* bienes económicos para el propio uso y la propia disposición bajo la protección del orden jurídico. La esencia de la propiedad está constituida por el derecho al uso y el aprovechamiento y el libre poder de disposición. La encíclica *Rerum Novarum* fundamenta el derecho de propiedad, con razón, en la naturaleza racional y previsor del hombre, que lo diferencia del animal. A diferencia del animal, el hombre no vive sólo en el momento presente; vive también en el futuro y desea prever su propia vida. Por ello necesita también el poder de disposición sobre los medios materiales, poder que le confiere la propiedad. El respeto a la capacidad de autoafirmación y autoconformación de la vida, presente en la dignidad de la persona, se prueba posibilitando que el hombre *mismo* puede determinar cómo y cuándo dispone de sus bienes. Sin propiedad, el hombre carece de libertad y de independencia en su más privado ámbito. Esto puede afirmarse ante todo en un sentido plenamente elemental. La situación de un preso que come lo que le dan y cuando le mandan comer, se viste con lo que le dan, etc., no es una situación digna del hombre. Pero la afirmación es también verdadera en otro sentido. No tener propiedad significa ser dependiente de otros. "Yo canto como quiere / aquel que me da el pan". ¡Cuánta humanidad envilecida y curvada, cuánta muda falta de espíritu tiene su origen en la carencia de propiedad material! ¡Cuántos hombres se someten a lo peor por falta de propiedad material, por miedo a la miseria material! Tal es la experiencia de la historia: cuando los pueblos se empobrecen o cuando no se respeta la propiedad, dejan de florecer la honestidad y la defensa abierta de las propias convicciones. La debilidad y la imperfección humanas se manifiesta aquí abiertamente.

En este punto podría sin duda plantearse la cuestión de si el derecho debe acudir en ayuda de esa debilidad. ¿No han renunciado a la propiedad hombres precisamente muy grandes desde el punto de vista moral? ¿No es la renuncia a la propiedad, la independencia íntima respecto de los bienes materiales, la mayor virtud moral? ¿No debería, pues, precisamente por eso, un derecho moral renunciar a la propiedad? Esta cuestión no puede resolverse sino mediante una consideración retrospectiva de la esencia del derecho. La actitud moral que

plantea esas preguntas es desde luego irrefutable. Pero no se da plena cuenta de cuál es la tarea del derecho. El derecho tiene que ordenar *hic et nunc* la convivencia de los hombres en esta tierra; tiene que tomarlos como son, y tiene que contar siempre con el hombre medio. El derecho no está destinado a santos ni a héroes; éstos cumplen su destino incluso sin la protección del derecho. Esto no está en contradicción con la exigencia de la idea del derecho que manda respetar la dignidad del hombre. Pues es precisamente función del derecho posibilitar al hombre medio que vive entre hombres medios una existencia digna del hombre. En esto está la humanidad del derecho, que no exige a los hombres ni espera de ellos nada sobrehumano. Según esta línea da forma al orden jurídico. El derecho no puede imponer que el individuo aproveche esa posibilidad, sino que tiene que dejárselo a su responsabilidad; basta para el derecho con abrirle la posibilidad en cuestión. Por eso el derecho tiene que proteger la propiedad. La propiedad es inútil para el santo o para el filósofo que la supera libremente y por superior moralidad; pero sería inhumano obligar a vivir sin propiedad al hombre que la necesita.

Estos nos lleva a una segunda objeción hecha a la propiedad privada, a saber, su crítica por el socialismo. ¿No es precisamente la propiedad privada la que ha dado lugar a la ilibertad, a la opresión y a la explotación del hombre por el hombre? ¿No ha sido precisamente la propiedad privada de los medios de producción, la propiedad privada de las máquinas, de las fábricas y de la tierra la que ha provocado la total carencia de propiedad de las clases trabajadoras y su consiguiente explotación? Esta objeción merece sin duda respeto, pues se basa en el *orden jurídico* como tal y no es posible quitársela de en medio apelando simplemente a consideraciones morales sobre el uso malo o bueno de la propiedad. (58) Pero la objeción socialista no lleva necesariamente a rechazar *toda* propiedad privada. El peligro de la propiedad privada consiste efectivamente en el hecho de que la propiedad puede ser *poder* sobre otros hombres, a los que puede oprimir y excluir precisamente de la posibilidad de que ellos también cobren propiedad, al menos, en medida tal que se conviertan también en poderes. Tal es llamativamente el caso cuando la propiedad de determinados bienes se enlaza con un monopolio natural o artificialmente creado. La historia

(58) Tal fue el error cometido sobre todo por el cristianismo protestante en su lucha contra el socialismo.

44

520

05

de la propiedad de la tierra y del capitalismo son testimonios al respecto. De ello resulta para el orden jurídico la tarea de no reprimir la propiedad y al mismo tiempo vigilarla e intervenir con su protección cuando la propiedad se esté convirtiendo en poder. (59)

Del reconocimiento de la propiedad privada se sigue que la expropiación no puede tener lugar más que con indemnización. Más tarde discutiremos por qué y en qué medida puede tener lugar.

Relacionado con la intangibilidad de la propiedad privada está el respeto a la paz domiciliaria, cuya expresión jurídica es la prohibición del registro domiciliario y el castigo consiguiente.

Más complejo que el derecho fundamental de la propiedad es el segundo de los derechos clásicos: la libertad. La tendencia humana a la libertad arraiga en profundas capas animales del ser humano; ya en el animal está vivo el instinto de libertad en una de sus formas más elementales. La misma elemental "libertad de movimiento" es el primer elemento de la libertad jurídica. Pero la aspiración a la libertad vuelve a encontrarse en las capas más altas de la personalidad humana; en éstas se nos presenta como libertad para la propia configuración de la vida, en la cual hay que incluir la libre elección de la profesión y la libertad de residencia. En la cúspide se encuentran las libertades propiamente espirituales: la libertad de opinión, la libertad de conciencia y la libertad religiosa. Su necesidad se funda en el mandamiento moral de la veracidad. El hombre es un ser sociable; está determinado a vivir con otros. En el encuentro con sus prójimos se cumple su desarrollo espiritual. Por ello es al mismo tiempo un ser que se comunica, que manifiesta a otros lo que vive y lo que piensa. En este punto interviene el mandato moral de la veracidad. Lo que el hombre comunica debe ser veraz; debe decir lo que piensa; el comportamiento externo debe estar de acuerdo con la actitud interna. Al servicio de esos deberes están las citadas libertades espirituales. Ellas protegen la manifestación de la ideología, de la opinión, de la fe religiosa. Ellas tienden a eliminar la coacción de un ámbito en el cual sólo puede valer la convicción interna. Las libertades espirituales hacen innecesaria la hipocresía, la ficción de ideas inexistentes, la negación tácita o

(59) Así lo reconoce el programa del socialismo reformista, esto es, de la socialdemocracia.

expresa de aquello que propiamente se piensa y que se venera internamente. Recta y libremente debe el hombre confesar aquello que íntimamente venera, aquello que reconoce como verdadero, y debe poder hacerlo sin perjuicio para su vida, para su libertad o para su situación material.

Libertad significa en todo caso libertad respecto de órdenes y coacciones externas, libertad en sentido negativo. La libertad jurídica consiste en que nadie pueda darme una orden con la que yo no esté de acuerdo. La libertad de movimiento y de residencia está dada cuando nadie puede fijarme contra mi voluntad e indicarme un determinado lugar de residencia. La prohibición de la detención arbitraria y la garantía de la libre elección del lugar de residencia y de trabajo son garantía de aquella libertad. Las libertades espirituales consisten en que nadie - y, especialmente, el Estado - me prescriba lo que debo decir, pensar, creer, considerar verdadero. No debe existir ninguna coacción para admitir determinadas convicciones. Una coacción de este tipo se da incluso cuando es indirecta, es decir, cuando la consecución de bienes esenciales y necesarios está condicionada por la adhesión a determinados movimientos políticos o religiosos. La libertad espiritual exige no sólo que nadie sea constreñido directamente a hacer una determinada manifestación, sino, además, que nadie sea perjudicado por no querer hacerla.

Pero aquí puede erguirse una objeción: ¿No se quita con esa protección a la vida espiritual su elemento de lucha y confesión? ¿No es la vida espiritual, en su núcleo, independiente de toda coacción e infinitamente superior a ella? ¿No tiene que ser siempre "confesado" el espíritu, proclamado, para ser realmente vivo? ¿No se asfixia en la burguesa seguridad de la libertad garantizada? Sobre esto hay que decir lo siguiente. Tampoco la vida espiritual puede desarrollarse sin manifestación. El pensamiento es libre, sin duda; pero el espíritu necesita la comunicación, para desarrollarse, y ésta a su vez necesita la manifestación mediadora. Sin ella no puede haber vida espiritual. Ciertamente que ninguna coacción es capaz de impedir totalmente la manifestación (aunque sí puede dificultarla enormemente), pero en una situación de terror sólo es posible la comunicación plena al precio del martirio, y pocos están dispuestos - y aún menos son los capaces de cargar con un tal martirio. También en esto se muestra la *humanitas* del derecho: bajo su protección, el hombre tiene que poder desarrollar su más noble dote, el espíritu, sin tener que temer coacción y

persecución, sin tener que pagar el precio del martirio. Por lo demás, el problema del derecho a este respecto no es: ¿puede y debe el espíritu afirmarse a pesar de la tiranía? Sino: ¿es admisible el terror jurídicamente? Así planteada la cuestión la respuesta, no puede ser difícil. No hay que exagerar los peligros de la seguridad: también bajo la protección de la libertad jurídica le sigue quedando al espíritu sobrada ocasión de manifestar valor cívico. Piénsese en la lucha de la pintura moderna desde los días del impresionismo, y en su triunfo en el terreno de la pintura estricta y de la capacidad de ver.

A las libertades de conformación individual de la vida y de manifestación se añade la libertad social de asociación con otros, en sus dos cristalizaciones de libertad de reunión y libertad de asociación propiamente dicha. Esta libertad es expresión del hecho de que la vida humana no discurre aisladamente, sino en comunidades. En todos los grados de la existencia humana, en la vida económica igual que en la vida espiritual y religiosa, se asocian los hombres para fines externos o bajo la tremenda vivencia de la certeza y de la sublimidad religiosas. También en este punto atiende el derecho a la naturaleza del hombre cuando permite la libre formación de asociaciones y reuniones humanas.

El respeto que disfruta el individuo en la comunidad jurídica se refleja también en su fama, en su honor. Y éste es también un bien que debe proteger el orden jurídico. En esta protección se manifiesta del modo más inmediato que el orden jurídico está dispuesto a proteger la dignidad del individuo. Intimamente emparentado con este bien jurídico del honor está la esfera secreta del hombre. El individuo puede exigir que no se le espíe; hay que dejar en sus manos la decisión sobre qué elementos de su vida quiere hacer públicos y cuáles quiere mantener sólo en su conciencia. (60)

El último de los derechos fundamentales clásicos procedentes de la tradición del siglo XVIII es la igualdad (*equality, égalité*). Esto significa en este contexto que los derechos fundamentales competen a todos los hombres por igual y que

(60) Precisamente este derecho ha sido a menudo considerado como contenido general del derecho de la personalidad. Ello es correcto por el hecho de que en él se expresa con especial claridad el respeto a la individualidad y a su derecho propio. Pero con esto se introduce como básico otro concepto del derecho de la personalidad. Mientras que el derecho general de la personalidad protege la dignidad moral general de la persona, aquí se trata de proteger la personalidad en su individualidad peculiar en cada caso. Este estrecho derecho de la personalidad se deriva del general: por ser persona moral, capaz de autodeterminación, la individualidad merece protección.

nadie puede ser privado de ellos. El derecho positivo que reconoce los derechos del hombre tiene que hacerlo igualmente para todos. Corresponde al hecho básico moral de la vocación y responsabilidad uniformes de todos los hombres en el terreno moral.

Los modernos catálogos de los derechos del hombre han añadido otra serie a ese conjunto clásico de derechos fundamentales: el derecho al trabajo, el derecho a la educación, la libertad respecto de la miseria. Estos nuevos derechos se encuentran sistemáticamente en el lugar en que formulaciones más antiguas hablaban del derecho a la *pursuit of happiness* (61). Pero son esencialmente diversos de ésta. El derecho a la *pursuit of happiness* era negativo; era un derecho de libertad - una libertad; expresaba que nadie, ni el estado, tenía derecho a impedir a alguien que buscara y encontrara su felicidad. Este derecho correspondía al carácter del orden jurídico como delimitación de las esferas vitales. El derecho al trabajo, a librarse de la miseria y a la educación, es positivo en la medida en que se refieren a la posibilidad de encontrar trabajo y ganancia y de ser educado (es decir, en la medida en que prohíben al trabajo, a librarse de la miseria y a la educación, es positivo a las que corresponden prestaciones positivas de la comunidad jurídica. Por eso no puede ser satisfecho por el mero funcionamiento de la legislación, sino que exige también la intervención de la administración. Si el estado garantiza un derecho al trabajo, no puede cumplirlo si no es erigiendo una correspondiente administración del trabajo mismo y asumiendo la administración de la economía: en una libre economía de mercado es absolutamente imposible garantizar el trabajo. Estos derechos fundamentales apuntan, pues, a determinadas prestaciones de la administración estatal, y no a una determinada configuración del derecho estatal. Ya esto solo muestra la diferencia que les separa de los derechos fundamentales clásicos. Son exigencias a la administración, no exigencias al orden jurídico.

A ello se añade otro punto de vista. Estos derechos se fundan en la idea de comunidad. Son pretensiones básicas del hombre, que exige su promoción personal por la comunidad. Existen tales pretensiones. Como es natural, su satisfacción depende en gran medida de la capacidad de la comunidad de que se trate en cada caso; por ello no puede decidirse *a priori* nada acerca del contenido

(61) Cf. *Virginia Bill of Rights*, sección 1; *Declaration of Independence*, 2.

45

320

05

de esos derechos. Lo único que podrá decirse es que deben ser satisfechos en el marco de lo posible, según las posibilidades de la situación alcanzada. Entre ello se cuenta en primer lugar el derecho de todo hombre a la sustentación material de su existencia; la comunidad, sea la familia, sea la comunidad estatal, no debe dejar a nadie perecer de inanición. Corresponde a la naturaleza de la cosa que esta pretensión sea satisfecha principalmente y dentro de lo posible asegurando a cada cual la posibilidad de un trabajo que le proporcione el sustento. Pero el "derecho al trabajo" no puede garantizarse en cualquier caso: sólo una determinada organización de la economía puede satisfacerlo con garantía general; se trata pues de una de esas concreciones de las pretensiones del individuo frente a la comunidad que no pueden ser deducidas *a priori*. En cambio, puede deducirse *a priori* el derecho del niño a la educación. Esa pretensión se dirige primero a los padres, y en segundo término a la comunidad estatal o eclesíástica. Tampoco este derecho es determinable *a priori* en su contenido; lo que ante todo exige es una formación de las fuerzas espirituales del hombre y una instrucción que le posibilite mantenerse a sí mismo y desarrollarse dentro de lo posible del modo que corresponda a sus predisposiciones.

Entre los diversos derechos fundamentales existe una determinada jerarquía que resulta de la jerarquía existente ya en los contenidos de la idea del derecho. Los derechos fundamentales espirituales se anteponen al honor, y unos y otro a los derechos fundamentales económicos del propietario. Los derechos fundamentales no están dados en el libre arbitrio de cada cual. No puede uno enajenarlos a voluntad, pues no competen al hombre porque él lo quiera, sino por su determinación moral. Por eso es contradictorio de la idea del derecho el que alguien se venda: nadie puede alinear su propia libertad. Lo mismo puede decirse del honor, y también de la propiedad. Sin duda puedo disponer libremente de mis bienes; pero no me está permitido poner toda mi propiedad en manos de otro; tampoco me es permitido vincularme de tal manera que enajene prácticamente toda mi libertad de acción. Nadie puede despojarse a sí mismo de su capacidad; así ha descrito una vez el hecho el Tribunal del Reich.

La necesidad de realizar los derechos fundamentales en el derecho positivo no significa que esa realización tenga que ser absoluta. Toda libertad tiene sus fronteras en la libertad de los demás. "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a

de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits." La célebre definición de la Revolución francesa pasa por alto - como lo hace, por lo demás, toda la filosofía social de la Ilustración - que también la existencia de la comunidad estatal pone, con sus necesidades, límites a los derechos fundamentales. (62) Por eso el derecho positivo tiene que limitar necesariamente los derechos fundamentales; el derecho natural no puede transponerse sin modificaciones en la realidad. Así surgen de los derechos jurídico-naturales del hombre derechos subjetivos positivos. Pero también para estas modificaciones hay un límite: tienen que mantener siempre su naturaleza de modificaciones; no deben arrebatarse plenamente al individuo los derechos fundamentales. El derecho natural permite trazar amplias fronteras; pero hay un punto en el cual esas fronteras quedan violadas y el derecho positivo entra en contradicción con el derecho natural y, consiguientemente, con la idea del derecho. Un derecho en el que no hubiera más que "efectos reflejos" de las normas públicas, pero no derechos subjetivos auténticos, intangibles en lo esencial, no sería un derecho auténtico.

### III

La consideración de los derechos subjetivos del individuo, resultantes de la idea del derecho, da finalmente paso a la de aquellos principios del orden que resultan de la justicia para las situaciones sociales fundamentales. Distinguimos tres clases de tales situaciones: situación de coordinación, situación de subordinación y situación de comunidad. En la primera se encuentran los hombres situados a un mismo nivel, y que son recíprocamente independientes. No se encuentran en una hostilidad moral o personal ni en una comunidad de ayuda - también personal -: se son simplemente extraños, pero son libres, los unos de los otros. Es la situación típica del derecho privado y seguramente la situación prototípica del derecho en general. (63) La segunda situación es la del dominio

(62) Piénsese, por ejemplo, en los límites puestos a la libertad de residencia en cuanto y mientras que los estados sean estados nacionales.

(63) Cf. cap. IV.

de un hombre sobre otros; es la relación de poder: superioridad y posibilidad de dar órdenes son las características del uno, sumisión y obediencia son las del otro. En su esencia es esa situación ajena al derecho, pero no es totalmente inaccesible a éste. Es la situación del estado respecto del ciudadano, la del señor respecto al siervo. La tercera, por último, es la comunidad; en ella, varios hombres se encuentran ligados en una unidad, de tal modo que soportan por su voluntad comunitariamente las dichas y desdichas de la vida y distribuyen entre todos sus consecuencias. Su tipo fundamental es la familia; pero también las grandes corporaciones de la vida humana - como el estado, la nación y la Iglesia - pertenecen a esta situación, la cual es por lo tanto muy importante para el derecho aunque por su esencia contradiga al ser rígido y separador del derecho.

En cada una de estas situaciones muestra la justicia su rostro con diverso escorzo. Ello se debe al hecho de que los valores morales tienen que guiarnos en situaciones concretas, el hecho de que esos valores - y nuestra conciencia con ellos - están vinculados a la situación. Por ello no puede asombrar que desde antiguo se haya adscrito cada una de esas situaciones a un tipo diverso de justicia. La primera autoridad al respecto es Aristóteles. Aristóteles distingue entre *dicaion epanorowticon* y *dicaion oianemhticon*, justicia del equilibrio y justicia de la adjudicación, por traducir históricamente: más tarde se consagraron las expresiones de *iustitia commutativa* y *iustitia distributiva*. El *dicaion epanorowticon* es la justicia de la coordinación; el *dicaion oianemhticon* es la justicia de la comunidad. Todas las descripciones posteriores se basan en éstas. Aristóteles no aduce una forma de la justicia para la situación de poder. Ello es característico de un pensador en el que estaban vivas la idea de la *polis* y la idea de la desigualdad natural (esclavitud) de los hombres. Esta capa de la justicia no se ha recogido con toda su dimensión hasta el derecho germánico - sin duda con influencia del cristianismo - por lo que hace a la cultura occidental. Con el derecho germánico aparece la idea de la unidad absoluta del derecho, dentro de la cual no puede haber una preeminencia de la autoridad estatal; en la idea de la *rule of law* encuentra ese principio su mejor expresión: en el derecho inglés. Esa es la idea que sostiene al moderno estado de derecho - o, como mejor podría decirse, estado liberal. Falta por ello una denominación tradicional para este aspecto de la justicia; he propuesto la denominación de *iustitia protectiva*, para

expresar la acción protectora que la justicia tiene en este contexto. (64) También podría decirse que sus principios son los del derecho de subordinación en contraposición a los del derecho de la coordinación. (65)

1. La regla fundamental de la *iustitia commutativa* es la del respeto recíproco de los derechos existentes. Nadie debe lesionar los existentes derechos subjetivos de otro. De aquí resultan numerosas prohibiciones concretas. El núcleo de todas ellas son las prohibiciones que protegen derechos fundamentales de los demás. No matarás, no robarás, no calumniarás. Todas son expresiones de una fórmula general: *neminem laedere*.

La sanción de esas prohibiciones son determinadas penas o compensaciones. Deben asimilarse al perjuicio causado por la lesión de los derechos ajenos, y sirven por tanto al principio de igualdad. Con ellas se restablece, por así decirlo, el equilibrio de los dos platillos de la balanza de la justicia. Por ello debe atenderse al principio de proporcionalidad: la compensación o la pena deben corresponder al daño. No se debe perder ni ganar por la compensación. Es sabido que la judicatura y la ciencia del derecho privado han realizado siempre minuciosos esfuerzos para conseguir realizar este principio. (66)

De acuerdo con el principio de la culpabilidad, (67) sólo en el caso de acción culpable o culpable hay obligación de compensar el daño causado. Daños sin agente susceptible de culpabilidad no pueden ser objeto de pretensión por el propietario. *Casum sentit dominus*. Algunos casos en los que puede obtenerse compensación aun sin existir un agente responsable del daño no se siguen de la *iustitia commutativa*. Se basan más bien en el principio de comunidad, según el cual cada uno soporta los perjuicios sufridos por los demás según sus propias capacidades. Por lo que hace a la obligación de respetar incondicionalmente a los demás, se reconoce una excepción en el caso de defensa necesaria: la excepción de legítima defensa es una construcción por la cual el derecho autoriza la violencia, a saber, la defensa violenta.

(64) La expresión "justicia protectora" [en alemán, no en latín (N. del T.)] ha sido utilizada también por Stahl, pero en otro sentido. Entiende por esa expresión la protección del derecho subjetivo entre iguales. Cf. *Rechtsphilosophie*, I, p. 244.

(65) Cf. sobre este concepto E. Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*, p. 43.

(66) Cf. por ejemplo el desarrollo de esta doctrina en el derecho romano. Cf. E. Levy, *Privatstrafe und Schadenersatz*.

(67) Cf. *supra*, p. 180.



520 05

La colaboración y el intercambio de prestaciones no pueden tener lugar en la situación de coordinación sino mediante el *contrato*. El contrato es el fenómeno típico de esta situación. El contrato se encuentra bajo la exigencia de la confianza: *pacta sunt servanda*. Pero también en este punto es relevante el principio de la culpabilidad: sólo son vinculatorios los contratos concluidos con la responsabilidad necesaria: perturbaciones anímicas, engaño o coacción destruyen la fuerza vinculatoria del contrato.

En los contratos vige el principio de igualdad en el mismo sentido que tiene en el caso de las compensaciones e indemnizaciones. Prestación y contraprestación tienen que corresponderse proporcionalmente. "In contractibus natura aequalitatem imperat". (68) El que da algo debe recibir la "equivalencia" de ello. También, pues, se trata aquí de una relación de proporcionalidad. Esto puede decirse no sólo por lo que hace al *valor* de las prestaciones intercambiadas, sino también por lo que hace al momento de la prestación. Este debe ser en principio el mismo para las dos prestaciones. Nadie está obligado a anticipar su prestación. Todo, naturalmente, a condición de que los contratantes no acuerden otra cosa. Pues *volenti non fit iniuria*. La justicia no obliga a exigir siempre el equilibrio pleno.

La cuestión capital del derecho contractual, en la medida en que se trata de intercambio de prestaciones económicas, consiste desde luego en precisar cuándo dos prestaciones son del mismo valor. Ya Aristóteles trata este problema en la *Ética nicomaquea* con ocasión del tema de la *iustitia commutativa*, y llega a través de aquel problema a la cuestión del dinero: el problema se le convierte en el del precio justo. Así nos encontramos de nuevo ante una frontera de la idea del derecho, frontera en la cual esta idea nos queda inconclusa y no nos entrega escala o criterio alguno. En la vida, lo que decide este problema es en cada caso el sistema económico imperante. En la economía dirigida, es el estado el que decide los precios; su ordenación es decisiva. En la economía liberal el precio está determinado por la oferta y la demanda. El derecho privado recoge las soluciones propuestas e impuestas por el sistema económico, pues él por sí mismo no puede resolver el problema.

Sobre la exigencia de equivalencia de las prestaciones descansa la justificación interna de un instituto que ya tempranamente fue puesto en relación con

(68) Grocio, *De iure belli ac pacis*, II, 128.

derecho natural: se trata del llamado "enriquecimiento indebido" u otras expresiones equivalentes en los diversos ordenamientos jurídicos. Este instituto consiste en la concesión de una reivindicación retroactiva en favor de aquel que ha hecho una determinada prestación esperando una contraprestación que luego no se ha producido. En este caso no se ha atendido a la idea de intercambio; por ello tiene que carecer de fundamento la adquisición determinada por la prestación efectivamente realizada. En otro caso se estaría en presencia de una *laesio* del que ha realizado la prestación. Pero esta conexión muestra también los límites del principio de restitución en el caso del enriquecimiento indebido. Su validez está necesariamente limitada a los casos de enriquecimiento por prestación ajena, y no debe anular el principio *casum sentit dominus*. Por ello el principio de restitución en el caso de enriquecimiento indebido no vige cuando se trata de casuales desplazamientos de la propiedad.

En el tráfico jurídico dentro del orden de coordinación rigen los principios de la lealtad y la confianza. Cada cual debe tener en consideración, dentro de ciertos límites, los intereses del otro, tal como lo exige la lealtad en el negocio. (69) La confianza en un comportamiento ajeno es digna de protección jurídica. Por eso toda persona que despierta la impresión de ocupar una determinada posición jurídica debe tratarse como si tal fuera el caso. El engaño, el dolo y el comportamiento arbitrario y contradictorio (*venire contra factum proprium*) son contravalores de la lealtad. En esto se basan los principios que regulan el tratamiento del dolo. (70)

Los principios de la justicia conmutativa han conseguido especial validez en el ámbito del derecho privado. Ellos constituyen el contenido propio de la equidad jurídico-privada. En el ámbito del derecho privado existe por antonomasia la situación de coordinación. Pero aquellos principios valen además en cualquier situación en la que se establezca la coordinación. Tal es, por ejemplo, el caso en el derecho internacional, en la medida en que se trata de relaciones entre estados sobre pie de igualdad, y también en el derecho estatal interno mismo, siempre que la constitución coloque en situación de coordinación a determinados titulares del poder, como parlamento y corona, o distintos grupos políticos.

(69) Cf. *supra*, pp. 157 y s.

(70) Cf. mi trabajo *Allgemeine Rechtsgrundsätze*, etc., en NJW, 1947-1948, pp. 213 y ss.

Como es natural, el principio iusnaturalista experimenta modificaciones en la vida histórica. En el derecho internacional las modificaciones se deben principalmente al hecho de que hasta hoy ha sido imposible sustituir las luchas violentas por el arbitraje o el litigio jurídico en general. Por eso valen en él, por ejemplo, tratados que se han concluido bajo coacción; la validez de esos tratados está en el interés de la paz. En el derecho político la idea de lucha desempeña un papel que no se ve cómo eliminar.(71)

2. Por su estructura misma, la relación de sumisión se encuentra en contradicción con la idea del derecho. El poder aspira a la sumisión absoluta; la idea del derecho impone respeto recíproco, y no puede tolerar una renuncia a sí mismo impuesta ni voluntaria. Por ello la relación de poder tiene que ser modificada si es que se la quiere someter a la idea del derecho. El principio supremo de la *iustitia protectiva* dirá por lo tanto: *Todo poder de un hombre sobre otros tiene que ser limitado*. El poder ilimitado está en contradicción con el derecho. En la base de este principio está la experiencia sobre el hombre, experiencia que enseña que el poder ilimitado lleva consigo el peligro del abuso; su clásica formulación está en las palabras de Montesquieu: "C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites".(72) Tampoco aquí parte el derecho de lo que es el hombre santo, sino del hombre medio y de sus debilidades. Por ello ve, tras el poder, la arbitrariedad. Sin duda es verdad que el poder no tiene por qué ser necesariamente malo, y que depende de la mentalidad del que lo ejerce.(73) Pero siempre es peligroso. Dejarlo ilimitado significa renunciar a su control, y ello contradice a la idea del derecho. Ésta asegura el respeto mediante la limitación, y no puede asegurarlo de ninguna otra manera.(74)

Pero ¿dónde están los límites del poder? Dos puntos de vista permiten una aproximación al núcleo del problema. El primero es el de la naturaleza de la cosa. Ningún poder debe rebasar lo que corresponde a la naturaleza de la cosa; es decir, lo que conlleva la finalidad específica a cuyo servicio está la concreta relación de poder en la vida social. El padre necesita poder más amplio sobre el

(71) Cf. *supra*, p. 98.

(72) *Esprit des lois*, 11, 4.

(73) Sobre su ambivalencia en este sentido, cf. Spranger, *Universitas*, p. 417.

(74) Cf. la discusión básica, *supra*, p. 146.

niño que el maestro en la escuela; el oficial también necesita más poder sobre el soldado que el comerciante sobre sus empleados, etc. Y nadie debe tener más poder del que exige la finalidad social de cada institución. Así se llega a cierta autolimitación del poder (tal es el nombre que le ha dado Hauriou) basada en su propia determinación finalística; la finalidad social limita el poder. El superior en la escala de servicio puede dictar órdenes "de servicio"; pero no puede decidir sobre la vida privada de sus subordinados.

En relación con esta autolimitación del poder por su finalidad está un importante principio del derecho público: el principio de la división de poderes. Por su esencia, el estado exige una concentración de poder gigantesca y, por ello, también gigantesca y peligrosa. Es por tanto útil (en el sentido de la libertad) que se confíen las diversas funciones del estado a diversos grupos de hombres. En este supuesto, cada uno de esos grupos tendrá sólo un poder limitado por el hecho de no perseguir sino un fin limitado - y eso sin tener siquiera en cuenta que cada uno de esos grupos limita a los demás.

El principio de que ningún poder debe ir más allá de lo que exige su finalidad desempeña un papel decisivo en el derecho administrativo. Los conceptos de "sobrepasamiento del poder"(75) y de *détournement du pouvoir* tiene aquí su fundamento. Pero no sólo en este contexto se suscita la idea. Cuando en el derecho matrimonial o en la determinación de la capacidad jurídica surge por ejemplo la idea de una administración regular, o en el derecho de familia la de un "abuso" del derecho de cura y de la autoridad, hay también en el fondo esa idea de condicionamiento finalístico del ejercicio del poder. La vinculación finalística limita el poder y lo hace controlable.

Pero la idea de finalidad tiene aún más alcance: lleva a la exigencia de que en el ejercicio del poder los derechos de los subordinados no se vean afectados en mayor medida de lo que exige la finalidad concreta de cada caso. Así se funde la idea de finalidad con la de proporcionalidad. El fin perseguido y los medios aplicados tienen que hallarse en una proporción correcta. La policía no puede exigir la destrucción de su casa cuando basta con repararla.(76) Las exigencias desproporcionadas son contrarias a la naturaleza de la cosa.

(75) Cf. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3a. ed., pp. 429 y ss.

(76) Este ejemplo es de Jellinek, p. 439; procede de una resolución del Tribunal Administrativo Superior prusiano.



520

05

El primer principio de la limitación del poder dice por consiguiente: *En la medida en que son necesarias posiciones de poder, deben limitarse a las dimensiones exigidas por la naturaleza de la cosa* (es decir, de los fines sociales perseguidos).

El segundo punto de vista del cual resulta una limitación del poder es el respeto a los derechos fundamentales. También el titular del poder tiene que respetar la dignidad humana en el sometido. Por ello tiene que respetar sus derechos fundamentales. El poder puede limitar los derechos fundamentales, pero no puede suprimirlos. De aquí resulta el segundo principio de la limitación del poder: *Ninguna posición de poder puede excluir a otro del disfrute de sus derechos fundamentales*. No puede sustraerle totalmente su propiedad ni la posibilidad de adquirirla, ni su libertad de movimiento, ni la libertad de opinión, etc. Lo único admisible en cualquier caso es la limitación. Lo mismo debe decirse a propósito de la relación entre el monopolio (cartel) y la competencia. La aniquilación de la competencia es inmoral.(77)

De ello se sigue además: cuando es necesario intervenir afectando a los derechos fundamentales, la intervención debe ser tan prudente cuanto sea posible.

El tercer principio de la limitación del poder dice así: *También el titular del poder está ligado por los principios de lealtad y la confianza en el tráfico con los sometidos a dicho poder*. También para él vale la prohibición del dolo y del cambio arbitrario del propio y decisivo comportamiento. Con ello el principio *nulla poena sine lege* cobra directa fundamentación. Cuando el titular del poder tiene como subordinados no unos pocos individuos, sino una entera comunidad, está también atado por el deber de trato igual. No puede hacer arbitrarias discriminaciones. Este principio se expresa especialmente en el derecho administrativo; pero impera también sobre la relación entre el monopolista y sus clientes: es, en efecto, el fundamento de la obligación de contratación impuesta al monopolista.(78)

(77) Cf. por ejemplo RGZ (sentencias del tribunal del Reich), 56, 271.

(78) Un buen ejemplo se encuentra en RGZ, 48, 114. - El RG dice en este lugar: el hecho del monopolio "obliga al empresario... a medir con la misma medida a todos los interesados que tienen que recurrir a él". Se trata de un ejemplo muy interesante de complementación de lagunas en base a principios jurídicos generales (jurídico-naturales). - Cf. también Raiser, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 111, 87.

El último principio de la *iustitia protectiva* expresa que *todo poder debe ser supervisado*. En vista de la situación de poder existente no basta la limitación del poder si no existe una instancia que examine si han sido observadas las leyes. Este control o supervisión puede asumir diversas formas. Puede adoptar la forma de un procedimiento judicial en el que se examine la juridicidad de cada acto del poder. Un tal procedimiento puede anteponerse por la ley a cada acto del poder - como ocurre en el ejercicio del poder penal en el derecho penal, o bien en los actos de expropiación - y puede también serle posterior, como ocurre en el procedimiento contencioso continental. Pero el control puede consistir también en que los sometidos al poder participen en el ejercicio de éste. Tal es el principio del control parlamentario o de los consejos de empresa en el moderno derecho laboral. Lo esencial es que los controles estén a la disposición del subordinado.

Los principios de la *iustitia protectiva* valen en cualquier caso en que se presenten en el ámbito del derecho relaciones de poder y queden sometidas a aquel ámbito. Su formulación más importante es el estado de derecho del liberalismo; sus precedentes son la democracia atica y la república romana, así como, en el derecho medieval, el derecho feudal y los privilegios de las ciudades. Pero también en el ámbito del derecho privado se presentan relaciones de poder, y encuentran por lo tanto aplicación aquellos principios: tal es, por ejemplo, el caso en la relación del monopolista con quienes contratan con él, o las relaciones entre la asociación profesional y sus miembros.(79) En el derecho internacional los principios de la *iustitia protectiva* cobran relevancia cuando un estado o una minoría nacional tienen que vivir en dependencia de otra configuración estatal. La actual discusión acerca del estatuto de ocupación de Alemania se centra en la cuestión de la implantación de aquellos principios.(80)

3. La *iustitia distributiva* contiene principios acerca de la distribución de bienes y cargas.(81) Se orienta a la situación de un grupo de hombres que persiguen fines comunes y que, por ello, desean repartirse entre todos las cargas necesarias así como los bienes conseguidos. La justicia distributiva da, pues, en cierto sentido, la clave de la distribución. Esta necesidad puede presentarse en

(79) Cf. sobre este punto mi trabajo *Allgemeine Rechtsgrundsätze*, especialmente pp. 213-214.

(80) Cf. E. Kaufmann, *Deutschland unter der Besatzung*.

(81) Esquema de la *iustitia distributiva* en Emge, *Sicherheit und Gerechtigkeit*, pp. 17 y ss.

muy diversas constelaciones concretas. La auténtica comunidad personal - la familia, por ejemplo - (82) no necesita por de pronto una clave de ese tipo jurídico. En ella la dicha y los infortunios se soportan sin más colectivamente, sin que se calcule la contribución de cada cual. Pero hay otras formas de colaboración y de convivencia en las que no puede contarse con tan plena comunización del individuo. A este propósito hay que citar ante todo las grandes comunidades que Vierkandt llamó comunidades abstractas: (83) la nación, el estado, las iglesias, las asociaciones profesionales, etc. En ellas el sentimiento de comunidad no abarca más que una parte de la vida de sus miembros; éstos viven, aparte de ella, sus propios intereses "privados", no comunizados. Una nación puede ser sin duda un *plébiscit de tous les jours*; pero no es una plena comunidad vital en la que confluyan y se funden los intereses de todos los miembros, y lo mismo puede decirse de las demás comunidades abstractas. Los individuos no se disuelven en ellas. Aunque se encuentran sin duda en cierto sentido unidos los unos a los otros - por la profesión común, verbigracia -, se son de todos modos extraños y exigen una delimitación de las respectivas esferas jurídicas. Aún más se aprecia, el hecho en las asociaciones finalísticas artificiales (84) en las que se reúnen individuos para conseguir determinados fines, como es el caso de una sociedad mercantil. En ella se enfrentan desde el primer momento los miembros con determinados deberes y derechos los unos para con los otros. Es característico que tanto en el derecho germánico como en el romano las formas jurídicas de las sociedades personales fueran transcripción de las comunidades *mortis causa*. (85) Esta última es ya, comparada con la comunidad familiar, una forma de comunidad más laxa. En estas comunidades o grupos laxos o impersonales, en los que se persiguen aún en común fines colectivos pero no existe ya una plena comunidad de vida, se hace necesaria una distribución de cargas y beneficios, derechos y deberes. Como esa distribución está al servicio de las diversas esferas vitales y de su delimitación, resulta ser una cuestión jurídica, y como cae entonces bajo la idea del derecho, deben considerarse a su

(82) Cf. *supra*, p. 84.

(83) Cf. *Gesellschaftslehre*, p. 229.

(84) No debe negarse la diferencia sociológica existente entre estas formas, y tengo interés en declararlo explícitamente. Pero en este contexto lo único relevante es la necesidad de establecer reglas distributivas; y esta necesidad se presenta idénticamente en los dos casos.

(85) Cf. sobre este punto Wieacker, *Societas*.

propósito los principios de la *iustitia distributiva*, que podrían llamarse también de la justicia social teniendo en cuenta su orientación a la comunidad. Por eso en la judicatura práctica esos principios aparecen ante todo bajo la forma de la equidad. (86)

La escala de la *iustitia distributiva* (como la de la justicia en general) es la igualdad. En nuestro contexto ello significa dos cosas. La igualdad prohíbe la existencia de ventajas especiales o especiales perjuicios para individuos en la comunidad. Su divisa es: *Privilegia ne inroganto*. (87) La igualdad, la justicia, no tolera ningún tratamiento especial ni especial privilegio. Exige la eliminación de derechos especiales personales, la igualdad ante la ley, la igualdad de derechos políticos, etc. Cuando se conceden ventajas especiales en el ámbito de la administración, la justicia exige que el beneficiario pague por ellos determinados "derechos" económicos.

La igualdad prohíbe la presencia y vigencia de leyes de excepción en las que y por las que se impongan sin fundamento cargas especiales al individuo. Si algún individuo tiene que soportar las cargas de una determinada empresa beneficiosa para la comunidad en general, aquél tiene derecho a ser indemnizado por ésta. Es éste un principio general que ha encontrado expresión clásica en la introducción al derecho territorial general, artículos 74 y 75: "Los derechos y beneficios individuales de los miembros del estado pasan detrás de los derechos y deberes relativos a la promoción del bien común... Pero el estado está obligado a indemnizar a aquel que se ve obligado a sacrificar especiales derechos o beneficios por el bien de la entidad común".

El mismo principio vale, por lo demás, en las asociaciones de derecho privado. (88)

También desde otro punto de vista es la jurisprudencia alemana interesante en nuestro contexto. El derecho de asociación del Código Civil (alemán) no contiene ninguna prescripción expresa que ordene el tratamiento igual de todos los miembros de una asociación. Pero los tribunales alemanes consideraron evidente - y con razón, según nuestro principio - que los miembros de una

(86) Cf., por ejemplo, la fundamentación del derecho a sacrificar prerrogativas propias del § 829 del Código Civil alemán.

(87) Cicerón, *De Legibus*, 3, 4, 11; según se dice es un principio de las Doce Tablas.

(88) Cf. la sentencia RGZ 167, 14 y ss.



570

08

asociación tuvieran el derecho a un tratamiento igual. Por eso sancionaron los tribunales el derecho a exigir trato igual en el caso de un "derecho especial" o privilegio no anulable contra la voluntad del titular. (89) Se trata sin duda de una construcción bastante violenta, pero que precisamente en su violencia pone de manifiesto la fuerza del principio jurídico aquí en discusión. Este principio se ha impuesto *praeter legem*.

Pero las dificultades empiezan en el punto en que resulta insuficiente un tratamiento de mecánico igualitarismo y se hace necesaria una diferenciación en el sentido de la máxima según la cual "casos iguales deben tratarse igualmente, y casos desiguales desigualmente". Raiser ha formulado la interesante afirmación de que el principio (estricto) de igualdad no se presenta en el derecho privado sino cuando se abstrae del valor de la personalidad en general. (90) Cuando en cambio hay que establecer comparaciones sobre la base del valor personal, se manifiesta la "apertura" de la idea del derecho. En alguna medida presta entonces su ayuda para la resolución del problema el principio de la naturaleza de la cosa: si debo administrar y distribuir alimentos, puedo atenerme a la cifra de calorías conocida como normalmente necesaria. Si se trata de distribuir habitaciones, el punto de partida para establecer el criterio de la distribución puede ser el número de personas de las diversas familias, y acaso también la actividad de sus diversos miembros y la dimensión de las habitaciones. Por lo que hace a impuestos y contribuciones ofrecen un criterio (91) la cuantía de las fortunas y de los ingresos; en los seguros, la cuantía de los premios pagados. En todos esos casos se trata de escalas de valoración expresables cuantitativamente.

Pero también en otro sentido presta su ayuda en este problema la consideración de la naturaleza de la cosa: Cuando lo problemático es la utilidad o la carga representada por una cosa o una institución - por ejemplo, los gastos y los ingresos producidos por una casa-habitación - el dato es que debe soportar las cargas aquel que goza de los beneficios (principio de la compensación de cargas y beneficios). En el mismo principio se basa la regla de que el que goza de los beneficios de una empresa que lleva consigo especiales peligros debe también

(89) Cf. RGZ, 112, 124 y ss.

(90) Cf. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 111, p. 91.

(91) También una decisión por equidad, como el § 829 del Código Civil alemán aplica esa escala o criterio.

soportar los perjuicios que pueden sobrevenir por la realización de aquellos peligros incluso para terceros. En este sentido se tiene una excepción al principio *casum sentit deminus*. En el mismo principio se basa la responsabilidad del estado en el caso de violación de los deberes de su cargo por los funcionarios. Pero también aquí puede invertirse el principio. El que soporta de modo especial los peligros de una empresa tiene también derecho a una correspondiente participación en los beneficios. En cualquier caso, pérdida y participación en beneficios tienen que mantenerse en determinada proporción; sería injusto adjudicar a una persona sólo las pérdidas y a otra sólo los beneficios. Esta llamada *societas leonina* no es un principio jurídico.

Pero a medida que va disminuyendo la posibilidad de comparar con módulos cuantitativos y numéricos o según el principio de compensación de cargas y beneficios, van haciéndose inseguros los criterios de la justicia distributiva. Ya es extraordinariamente difícil la comparación de los rendimientos de distintos funcionarios por las comisiones de ascensos, o las de diversos estudiantes en exámenes, aun tratándose en ambos casos de rendimientos de naturaleza idéntica. Cuando se trata, pues, de comparar rendimientos o prestaciones objetivamente diversas en naturaleza, o de comparar valores de personalidades globales, no hay escala que valga. Todo trabajo es digno de recompensa; pero, ¿cómo puede recompensarse proporcionalmente el trabajo de un párroco, el de un cantante de ópera y el de un panadero? Falta evidentemente un criterio amplio y concluyente. El tiempo de trabajo, el producto del trabajo, su necesidad social, su valor intelectual son otros tantos criterios sin resultado vinculatorio, convincente y concluyente. Ya hemos hablado de ello a propósito de la idea del derecho.

La *iustitia distributiva* está, pues, sin escala segura en cuanto que la igualdad esquemática o la naturaleza de la cosas dejan de dar bases seguras. En la duda, hay que recurrir a la simple igualdad, como hace frecuentemente el derecho privado. (92) En esta medida es la situación de la *iustitia distributiva* la misma en el fondo de la *iustitia commutativa*. También en ésta se carece de un criterio exacto, evidente y justo, capaz de asegurar la igualdad en el intercambio de prestaciones. Pero en la justicia distributiva esa carencia es muy sensible. Pues

aspiramos más a una posición justa en la sociedad, correspondiente a nuestro valor, que a la existencia de un precio justo para nuestra mercancía. Precisamente en esa nuestra mayor aspiración fracasa empero la escala cognoscitiva, mientras que existen en cambio criterios firmes para apreciar sencillas prestaciones materiales. Así resulta que la justicia social es mucho menos evidente y tangible y menos formulable en principios que las otras dos formas de la justicia.

4. Se nos ha presentado la justicia en diversos aspectos. De aquí la cuestión de cómo se comportan los unos respecto de los otros esos diversos principios de la justicia. La respuesta se encuentra ante todo en el hecho de que los tres grupos de principios que hemos establecido paralelamente se refieren a otros tantos grupos o complejos fácticos: se refieren al intercambio contractual o a la indemnización de perjuicios, a las relaciones de poder y a la distribución en el seno de la comunidad. No pueden pues interferirse, sino que deben aplicarse en presencia de las circunstancias factuales respectivas. Si, por ejemplo, se produce un contrato en circunstancias en las cuales uno puede imponer su voluntad al otro, se está en presencia de una relación de poder, y se deberá apelar a los principios de la *iustitia protectiva*, tal como lo ha hecho la jurisprudencia en el caso de contratos dictados, especialmente en los casos de aprovechamiento de la posición de monopolio: "Cuando el individuo aprovecha una posición real de monopolio... para imponer al tráfico general cargas injustas y desproporcionadas, éstas no pueden contar con el reconocimiento jurídico". (93) Los principios (en este caso, el de la proporcionalidad) se presentan en la jurisprudencia alemana lo más frecuentemente bajo la fórmula de apelación a las "buenas costumbres". Tampoco los principios de la justicia conmutativa y los de la distributiva se encuentran en contradicción en este sentido. Los primeros no dicen nada sobre cómo han sido conseguidos los bienes intercambiados o perjudicados, si lo han sido por adjudicación o por ganancia en la economía libre; por eso pueden tener vigencia tanto en el marco de una economía dirigida cuanto en el de una competencia sin trabas. En cambio, los últimos principios sólo tienen vigencia en el seno de la problemática de la distribución por la comunidad.

Con la apelación a la constelación fáctica concreta de cada caso no quedaría sin embargo resuelto nuestro problema más que en el supuesto de que nos fuera

(93) RGZ, 62, 264.

siempre posible inferir de la naturaleza de la cosa la necesidad de proceder, por ejemplo, según los principios de la justicia distributiva o según otros. (94) Pero no es éste el caso. Un ejemplo puede aclarar la situación. La más estrecha comunidad en que se realiza la vida social es la familia. No obstante, es muy discutible la cuestión de si por ello todos los bienes de la familia, las ganancias del hombre y de la mujer, sus fortunas particulares, deben ser necesariamente bien común. Si así fuera, el llamado régimen de comunidad universal de bienes sería la única solución jurídico-naturalmente necesaria y adecuada a la cosa. Alguna vez se ha afirmado así. Pero ¿es realmente tal la situación? ¿No basta con que se cree de otro modo una fortuna común, por ejemplo, mediante comunidad de ganancias, administración conjunta de los bienes existentes por ambas partes o por aportaciones de las fortunas separadas de los cónyuges? ¿No son estas formas muy adecuadas a la naturaleza de la cosa, precisamente por el hecho de que en toda comunidad siguen existiendo determinados intereses particulares de los miembros individuales? Esos intereses no tienen por qué reducirse a intereses del marido; pueden ser también - como en el sistema dotal romano - justificados intereses de la familia de la mujer por la conservación y eventual recuperación de los bienes dotales. El ejemplo nos muestra en este caso que no es posible deducir una solución unívoca partiendo de la naturaleza de la cosa. Lo único seguro es que en el caso de la familia hay que crear una u otra forma de comunidad de bienes (en sentido no técnico-jurídico) al servicio de la vida común; desde el punto de vista de la *iustitia distributiva* sería inequitativo hacer soportar a uno sólo todas las cargas comunes; (95) pero no resulta precisable en general la medida o alcance de esa comunidad. La misma estampa problemática ofrecen las grandes comunidades, por ejemplo el estado. También respecto de ellas es seguro que debe constituirse una cierta comunidad de bienes entre todos los ciudadanos para que puedan crearse y mantenerse todas las instituciones comunes. Pero ¿qué dimensiones debe tener esa comunidad? ¿Debe incluir todos los bienes y todas las pérdidas o todos los daños que posee o soporta la comunidad? El problema se hizo agudo en Alemania a propósito de la llamada "distribución de cargas" o compensación consistente en distribuir en la

(94) Sprange (*Universitas*, 1948, p. 406) ha llamado con razón la atención sobre ello.

(95) Cf. *supra*, p. 198.

49

520 ' 05

comunidad todas las pérdidas de guerra según ciertas normas y apelando a todos los bienes nacionales. También se plantea de modo agudo en el caso de socialización del producto nacional. También en este caso el estudio detallado de la naturaleza del estado(96) dará como resultado que es imposible conseguir unívoca y precisa determinación del régimen a seguir sin tener en cuenta más que la naturaleza de la cosa.

Dada esta situación, se hace pues necesario seguir el estudio, preguntándonos si acaso la idea misma del derecho puede ofrecer puntos de vista acerca de cuándo deben ser aplicados los diversos principios. Como se trata en los tres grupos de la aplicación de la justicia a una determinada constelación fáctica, la pregunta se refiere en realidad a si la idea del derecho promueve, es favorable a una u otra de esas constelaciones fácticas. ¿Es o no consecuencia de la idea del derecho el que los hombres vivan en comunidades de la mayor intensidad y del mayor alcance posibles? ¿Promueve la idea del derecho el que los hombres vivan con la mayor independencia recíproca posible o que vivan en un sistema de relaciones de subordinación? No daremos con respuestas que sean soluciones concretas - pues jamás se encuentran éstas cuando se pasa del planteamiento de la naturaleza de la cosa al del contenido moral de la idea del derecho -, sino que sólo podremos esperar principios generales; éstos, empero, nos bastarán para conseguir cierta seguridad.

Es aquí importante recordar que la idea del derecho no abraza sólo el valor de la justicia, sino también el de la dignidad humana - la libertad, dicho jurídicamente -. Es además necesario no perder de vista la circunstancia de que la idea del *derecho* no se propone alcanzar sus fines en la conciencia, sino mediante *órdenes*. Estos ordenes tienen que respetar tanto la idea de justicia como la de la dignidad humana. Pero, como se ha visto,(97) esto no puede conseguirse si no es reconociendo una esfera de libertad para la actuación responsable. Pues la libertad garantizada - debemos subrayar y repetir esto - es la única forma con la cual un orden como el derecho (a diferencia de lo que ocurre con la conciencia) puede tener en cuenta la dignidad humana.

Si, según lo dicho, empezamos por estudiar la relación de coordinación y la de subordinación, tendremos que destacar ante todo que en la historia de la cultura se contraponen en este punto dos grandes sistemas.

(96) Cf. *infra*, p. 212.

(97) Cf. la sección sobre los derechos del hombre.

La filosofía social de la Edad Media considera el mundo social como un sistema ordenado de relaciones de dependencia. El edificio social se levanta jerárquicamente, por escalones, desde el estamento de los siervos hasta el de los príncipes feudales, y por encima de ellos se encuentra la Iglesia como representante del poder moralmente más alto que hay en la tierra. Esta estructura recuerda en muchos puntos el platónico ideal de la *polis*; en todo caso, está mucho más cerca de ese ideal aristocrático que las modernas concepciones universalistas en las que el estado carece de una noble culminación espiritual. Frente a esa concepción está la doctrina del contrato, propia de la Ilustración. Esta doctrina se orienta en el fondo a no reconocer ninguna relación de poder y sumisión, reduciéndolo todo a la categoría de acuerdos concertados libremente entre seres espirituales iguales.

Si nos preguntamos en qué dirección apunta la idea del derecho, tendremos que reconocer que se inclina al orden de coordinación y se aparta del orden de sumisión. Frente a la majestuosa imagen del estado jerárquico medieval, la idea del derecho tiene que presentar la pregunta: *quis iudicabit?* ¿Quién decide de en qué lugar queda situado el individuo en esa jerarquía? Y esta cuestión no puede decidirse en el marco de un orden, pues requiere una decisión sobre la persona. Es posible que la resuelva una personalidad justa, pero el orden que quisiera fijar esa serie de relaciones de dependencia tendría por fuerza que ser arbitrario, es decir, tendría que juzgar con criterios insuficientes,(98) o bien confiar a una persona la decisión y producir así poderes ilimitados. El orden no puede dar razón de la persona más que por la libertad, no por clasificaciones; este punto nos lleva a una frontera absoluta del derecho. Al espíritu del derecho corresponde sólo el orden que garantiza la mayor igualdad posible y disuelve, en la medida también de lo posible, las relaciones de poder.(99) Recordemos el grandioso símbolo del derecho político romano: al pisar el suelo de la ciudad, los lictores quitaban las hachas de sus haces para mostrar que en el sagrado suelo de la urbe reinaban el derecho y la libertad en lugar del poder.(100)

(98) Como hizo realmente el derecho medieval.

(99) Recuérdese aquí que el análisis sociológico ha mostrado por su parte que las relaciones de poder son un mal "clima" para el derecho.

(100) Cf. E. Meyer, *Römischer Staat und Staatsgedanke*, Zürich, 1948, p. 112.

El error fáctico de la Ilustración consistió naturalmente en creer que podría eliminar todas las relaciones de poder. Esto no es posible. Ciertas relaciones de poder son irreducibles, se fundamentan en la naturaleza de la cosa. No se trata sólo de la relación de los padres con el hijo, sino también de la del estado con el ciudadano. Incluso en la forma política de más amplia autonomía, la democracia, queda como resto irreducible el dominio de la mayoría sobre la minoría. Ninguna teoría del estado puede dejar de atender a este dato. (101) También en la vida económica son inevitables las relaciones de dependencia mientras exista la división del trabajo. Estas relaciones de poder tienen que ser aceptadas y limitadas por el derecho en el sentido de la *iustitia protectiva*. Pero es también un rasgo del derecho el eliminar el poder siempre que es posible.

Análoga es la situación en la cuestión de la delimitación o ampliación de los principios de la comunidad, de la *iustitia distributiva*. La contraposición entre ellos y los de la justicia conmutativa se basa en que la justicia distributiva distribuye bienes y daños, mientras que para la segunda la distribución de bienes fuera del ámbito de contrato es indiferente y la cuestión de los daños o pérdidas se regula según el principio *casum sentit dominus*. La justicia distributiva transforma en cambio ese principio en otro que podría decir *casum sentit societas*.

Para empezar hay que poner en claro lo siguiente. Por una parte, la justicia distributiva es la más amplia de las dos. Considera a los hombres en la totalidad de su situación de un modo mucho más amplio que la justicia conmutativa. Ello se manifiesta claramente en la práctica. En último término, la justicia distributiva se propone adjudicar a cada uno el lugar que le corresponde en la comunidad. El juez (bajo la justicia conmutativa) juzga de si un contrato ha sido concluido válidamente y según el orden dado, y, a lo sumo, de si las prestaciones se encuentran en correcta proporción y si las exigencias de una parte son equitativas desde este punto de vista. Muy distinta era la posición del juez tras la gran crisis económica mundial de 1930: el juez juzgaba según criterios de justicia social, estudiaba la situación global de ambas partes, se preguntaba en qué medida las dificultades de pago del deudor podían atribuirse a la crisis económica y examinaba finalmente la cuestión de a quién había que hacer soportar en mayor grado las consecuencias de la crisis: si al acreedor (imponiéndole una

(101) Cf. *infra*, p. 218.

espera que equivale a la suspensión de ciertos derechos económicos) o al deudor (imponiéndole la inmediata ejecución). Aún más ampliamente se manifiesta la justicia social en el programa del socialismo o en la idea de compensación de guerra, encaminada a distribuir entre cuarenta millones de seres humanos las pérdidas producidas por una guerra mundial de seis años.

Pero, por otra parte, la justicia distributiva está necesariamente reducida a aquello que se puede distribuir, es decir, a bienes externos como la riqueza, el poder y el honor. No se pueden distribuir bienes espirituales ni verdadera dicha. (102) Sería sin duda erróneo subestimar la importancia de la distribución de bienes materiales, pues los bienes materiales son presupuesto del desarrollo espiritual. Pero se trata, de todos modos, de una limitación importante. Hay que tener siempre presente que en el terreno de la justicia distributiva no se trata nunca de los supremos bienes de los hombres. Por otra parte, la justicia distributiva carece de escalas seguras. En caso de duda no puede realizar más que la igualdad mecánica. Esto se ha discutido ya.

Aún hay que subrayar un último punto. La justicia distributiva no es posible más que en el marco de un grupo en sentido amplio. Presupone que los órganos del grupo puedan disponer de los bienes que han de ser distribuidos. Para ello esos órganos necesitan poder. La comunidad jurídica (es decir, la asignación y la distribución) es imposible sin el poder. Así se encuentra en contradicción con la auténtica comunidad personal, fundada en el amor y en la entrega voluntaria. Esta comunidad de amor no puede trasladarse al orden jurídico. Pues el derecho es orden impersonal; tiene su validez sin apelar a la mentalidad y a la actitud íntima de los que participan en su orden. La acción de amor es libre; la contribución jurídica es coacción. El amor como valor no puede entrar en la idea del derecho. El amor es autonegación y el derecho es autoafirmación.

Así estamos en situación de apreciar los límites que la idea del derecho pone a la comunidad y, consiguientemente, a la *iustitia distributiva*. La justicia social tiene que detenerse en el punto en que su imposición amenazaría a la libertad en la comunidad. La libertad es el bien supremo. *Libertas innumerabilis est*. No debe perderse la libertad por conseguir la justicia en la distribución de los bienes

(102) Así, por ejemplo, se ha hecho valer a propósito de la compensación de las cargas de guerra que no son compensables las pérdidas más graves - las personales.

50

520 05



BIBLIOTE

materiales. Cuando, pues, entran en conflicto la libertad y la justicia social, cuando es necesaria una decisión entre las dos exigencias de la idea del derecho, la decisión tiene que ser favorable a la libertad. La dignidad del hombre no puede ser entregada a cambio de la igualdad de los bienes materiales. Hay aquí una frontera absoluta e indesplazable que la idea del derecho pone a la comunidad como principio de organización.

No por eso queda eliminada la justicia social como elemento de la idea del derecho. Queda sólo limitada. Sigue siendo una exigencia de la justicia el distribuir bienes materiales y daños materiales de un modo que corresponda a la justicia.

5. Entre los principios generales de la justicia se encuentran también las reglas supremas del procedimiento jurídico. El proceso está al servicio de la decisión justa de un litigio concreto. El juez se encuentra así ante dos tareas: descubrimiento de la verdadera constelación fáctica y hallazgo del derecho válido para la misma. El juez está por encima de las partes, que se encuentran bajo su poder. De esas circunstancias resultan las reglas seguidas por el auténtico procedimiento jurídico: el proceso se orienta al mantenimiento de la paz social mediante la resolución de litigios; tiene pues que dar lugar a soluciones definitivas. Tiene que servir a la consecución de la verdad y el derecho; por lo tanto, contiene un procedimiento de conocimiento objetivo, y por lo tanto también, como todos los procedimientos de búsqueda de la verdad, tiene que ser revisable, pero inaccesible a intromisiones no objetivas, como órdenes, consideraciones personales, etc. (103) El proceso se realiza bajo el poder social, es ejercicio del poder social; por lo tanto, tiene que satisfacer los principios de la *iustitia protectiva*. A esas exigencias responden los principios de la independencia del juez, el derecho a ser oído, el orden del procedimiento de instrucción y prueba y la regulación del carácter definitivo de la decisión.

La *independencia del juez* corresponde a la necesidad objetiva de la aclaración de los hechos y el hallazgo del derecho adecuado. El que quiere descubrir la verdad y hallar el derecho para ella tiene que dejarse dirigir exclusivamente - como el científico - por la cosa misma, y tiene que cerrarse a cualesquiera otras consideraciones. Por eso la independencia del juez significa tres cosas:

(103) Cf. por ejemplo B. E. Schmidt, *Iustitia fundamentum regnorum*, Heidelberg, 1948, pp. 36 y ss.

dencia respecto de las partes, independencia respecto de conminaciones externas e independencia de los propios prejuicios y estado de ánimo. Desde el punto de vista de la independencia respecto de las partes están tomadas las medidas que recusar a un juez cuando por algún motivo puede considerársele ligado por ellas. Nadie puede ser juez de sí mismo ni de litigios de amigos o parientes próximos. Este principio se funda en la naturaleza del hombre. El mismo objetivo tienen la prohibición del soborno y otras medidas análogas. Al servicio de la independencia respecto de instrucciones ajenas está la regla de que el juez no está sometido más que a la ley, y todas las medidas que se proponen eliminar incluso la influencia indirecta, como la imposibilidad de deponer a un juez, etc. La independencia respecto de los propios prejuicios y estados de ánimo es más una cuestión de ética que de derecho; para conseguirla pueden ser de utilidad disposiciones que tiendan a excluir de la función judicial, dentro de lo posible, a todos los que no sean personas ilustradas y de comprobada capacidad de juicio.

La exigencia de ser oído no es sólo una máxima de prudencia inspirada en el hecho de que las partes son a menudo las instancias mejor informadas de los hechos, sino que es también manifestación del respeto de los litigantes, es decir, manifestación de la justicia protectiva. El que ese derecho se conceda igualmente a las dos partes corresponde a la exigencia de la justicia que impone tratar de modo igual situaciones iguales. El derecho de que aquí hablamos no significa sólo para el interesado la posibilidad de exponer su propia situación jurídica tal como él la ve, sino también la de intervenir y tomar posición en todo momento en que lo desee durante la averiguación de los hechos o cuando se formulan bases decisivas para la decisión. Una decisión tomada por el tribunal sobre la base de documentos secretos no discutidos en el procedimiento no es una decisión jurídica.

La exigencia de un procedimiento de prueba regulado explícitamente se sigue de la *iustitia protectiva*. Ésta exige que el juez pueda ser controlado; para ello, hay que precisar con claridad y firmeza el modo como el juez ha llegado a las convicciones fácticas y jurídicas en que se funda su decisión. Ello no es posible más que si existen reglas sobre el modo como debe considerarse establecido un hecho, sobre las pruebas que son posibles, sobre la importancia de cada una de éstas, etc. (104)

(104) Cf. las excelentes observaciones de E. Schmidt, *Iustitia fundamentum regnorum*, p. 46.

La regulación del carácter definitivo de la decisión significa ante todo que el juez no pueda volverse atrás de la decisión tomada. (105) No se trata sólo de una exigencia de la seguridad jurídica, sino que corresponde también a la justicia protectora que excluye la arbitrariedad. En cambio, el carácter definitivo de la decisión en el sentido de que se mantenga a veces incluso un error probadamente cometido (la cuestión de la fuerza formal del derecho), es mera consecuencia de la idea de seguridad jurídica. La finalidad pacífica del derecho exige que todo litigio termine un día u otro. Pero estas exigencias no excluyen la posibilidad de una revisión de una sentencia en otro procedimiento jurídico de instancia más elevada; esta revisión corresponde perfectamente a la *iustitia protectora*, que exige un control sobre todo ejercicio del poder.

El orden jurídico del procedimiento debe ponerse al servicio de estos principios, y no habrá ámbito jurídico alguno en el que la vinculación del derecho por la naturaleza de la cosa quede tan de manifiesto como en el derecho procesal.

#### IV

Dos problemas destacan entre todos aquellos para los cuales se ha buscado siempre una solución jurídico-natural: el orden del estado y el orden de la economía. Desde la *Politeia* platónica no ha cesado la búsqueda del orden justo del estado; el orden económico no ha llegado a ser objeto de la investigación en esa misma medida sino en tiempos ya modernos. Pero el problema del "precio justo" ha ocupado a los hombres ya en la Antigüedad. A continuación se intentará desarrollar el resultado de nuestras investigaciones por lo que hace a esos dos puntos.

1. Por lo que hace al estado, los principios del derecho que hemos desarrollado ofrecen dos problemas: La relación del estado con sus ciudadanos es una relación de poder; de ello resulta la necesidad de su justa limitación en el sentido de *iustitia protectora*. Pero el estado es al mismo tiempo una comunidad de

(105) Cf. también Husserl, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, I, 14, que plantea el problema desde el punto de vista de la validez de la forma de ser especial del derecho. Ver también la interesante decisión del tribunal administrativo de Württemberg del 24-IV-1947, la cual trata el principio como principio general del derecho. SJZ, 48, 152. Con comentario de Schüle.

personas; de lo cual resulta el problema de cómo distribuir en su seno derechos y cargas, y especialmente el poder político; se trata de un problema de justicia distributiva. El primer planteamiento lleva a la idea del *estado de derecho*; el segundo a la del *estado justo*, o *estado ideal*.

Para aclarar estas cuestiones es necesario ante todo considerar la esencia del estado. Ésta se nos presenta del modo más claro en su origen histórico. La mayoría de los estados modernos han nacido de conquistas violentas. El poder violento es - según J. Burckhardt (106) - siempre el prius del estado; (107) junto a este origen se tiene también el de asociaciones voluntarias para defenderse de enemigos exteriores. En ambos casos es el estado una asociación de dominio que desarrolla poder hacia adentro y hacia afuera; está al servicio de un orden de origen en parte violento en el interior, y al servicio de la protección frente al exterior. Poder y dominio son sus características originarias.

Pese a ese dato histórico, se ha hecho repetidamente el intento - especialmente en la teoría alemana del estado - de reivindicar para el estado una especial dignidad moral. Característica es en este sentido la doctrina de Fr. J. Stahl. Para él es sin duda también el estado "la organización del dominio de la vida común" (108) Pero, al mismo tiempo, una institución divina, (109) creada por la gracia providente de Dios. (110) Su finalidad es la consumación de la vida común, (111) la producción de "un reino moral intelectual". Por medio del estado la comunidad debe "dominar su estado de comunidad según las ideas morales de éste y, según sus fines razonables, debe dominarlo como domina una personalidad, con una voluntad y un entendimiento, como un sujeto que obra, sujeto que la institución del estado produce en la comunidad". (112) La determinación del estado es la realización de las ideas morales del soberano: "Poder, sabiduría, justicia". (113) En esta concepción prusiano-conservadora no se trata de una primitiva divinización del estado y de la comunidad política, como es el

(106) *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, Kröner Ausgabe, 1946, p. 32.

(107) Cf. también Oppenheimer, *System der Soziologie*, II, pp. 259 y ss.

(108) *Philosophie des Rechts*, 2a. ed., I, p. 172.

(109) *Ibid.*, II, p. 144.

(110) *Ibid.*, II, p. 150.

(111) *Ibid.*, II, p. 112.

(112) *Ibid.*, II, p. 102.

(113) *Ibid.*, II, p. 103.



520

05

caso en la doctrina del estado totalitario (basada en el dogma de que el individuo no se realiza sino como miembro de la comunidad política, razón por la cual el estado tiene que penetrar con su dirección y su orientación todos los ámbitos de la vida), sino de una teoría que atribuye al estado tareas morales en razón de una misión divina y deriva de ello la dignidad del estado. (114) Por ello el interés vital del estado, la razón de estado como tal, se beneficia así de una justificación moral. (115)

Pese a ello, en mi opinión esta doctrina no penetra en la característica de los fenómenos aquí considerados, es decir, el moral-religioso por una parte y el estatal por otra. La doctrina comporta una inadmisibile metabasie (Zaiioegegoj), pues pasa repentinamente de un ámbito pre-moral al ámbito moral. Al atribuir al estado, que es en sí una humana organización de poder, tareas morales y reconocerle dignidad moral, la teoría mezcla y confunde órdenes diversos del ser, separados en sí. La Revelación religiosa y las exigencias morales se dirigen al individuo, y no al estado. Al individuo se dirige el mandamiento de obrar moralmente; es el individuo el que está ante Dios, y no la comunidad política. Ésta es más bien éticamente neutral; puede ser un instrumento del bien, pero también un instrumento del mal. Por ello es característica la actitud de los grandes fundadores religiosos respecto del estado: se dirigen al individuo y el estado les es indiferente; (116) el estado pertenece al irredento mundo del pecado. Todo esto puede afirmarse muy especialmente de Jesucristo. Aún más: según su esencia, como organización de poder, el estado es en el fondo inadecuado para tareas espirituales y morales. Este punto será más desarrollado cuando discutamos la cuestión de las tareas del estado. Por ello no puede poseer el estado ninguna dignidad de tipo religioso-moral; el estado puede ser moralmente valioso o dañino (exactamente igual que el derecho), según como sea dirigido; pero como estado en sí, como organización de poder, no puede tener una misión

(114) En última instancia, esta doctrina pone de manifiesto que en la concepción del orden divino vivo en las instituciones terrenas se esconde el peligro de dar a dichas instituciones sociales una consagración metafísico-religiosa.

(115) La clásica concepción alemana del estado se expresa muy claramente en E. Kaufmann, *Das Wesen der Völkerrechte und die Clausula rebus sic stantibus*. Para Kaufmann el estado es la comunidad cultural complementadora del individuo (144) y en la que existe una "armonía preestablecida entre el individuo y el poder" (148). Todo lo que dice del estado se refiere exclusivamente a ese estado de cultura. (cf. p. 152).

(116) Cf. Mensching, *Soziologie der Religion*, pp. 86, 92.

moral. Sólo los hombres que lo dirigen pueden estar obligados - y lo están - a ejercer la justicia, a crear un orden justo, etc.. Por eso no están el estado ni su existencia por encima de la moralidad ni la razón de estado por encima de la ley moral. A la inversa, sólo en la medida en que el rector del estado lo somete a la ley moral tiene el estado un derecho moral a la existencia. La tenaz subsistencia de la concepción de la dignidad moral del estado como tal no puede explicarse en el fondo más que por la subsistente fuerza de la moral de grupo en el mundo actual. (117)

En la discusión de los fines del estado lo primero que hay que tener en cuenta es la relación entre el derecho y el estado. Como ya se ha dicho, el necesario punto de contacto entre el derecho y el estado se encuentra en la tendencia del estado a crear orden. Pero sólo desde un punto de vista estrictamente formal como el de Kelsen es posible identificar a ambos. En realidad el estado es una asociación de poder, y el derecho es un orden que ni siquiera es necesariamente estatal. Pero el derecho se ha desarrollado ante todo en la comunidad estatal; está al servicio del fin de ordenación del estado, mientras que, recíprocamente, el poder estatal pone la vigencia práctica del derecho. No obstante, no son idénticos los sentidos tendenciales de los dos fenómenos sociales. La tendencia estatal al dominio aspira sobre todo a conseguir el dominio del orden y la paz; por su naturaleza no está nada dispuesto a ponerse al servicio de la idea del derecho. Por el contrario, la razón de estado y la idea del derecho se contradicen a menudo abiertamente. Por eso es también característico que el derecho del estado haya recogido el contenido de la idea del derecho, del modo más intenso y lo más tempranamente, en el terreno en el que menos se oponía a los intereses del poder, a saber, en el derecho privado; su vigencia en el derecho público ha sido en cambio siempre precaria, según muestra la historia.

La asociación estatal de dominio tiene desde el principio otros fines diversos del mero desarrollo del poder hacia adentro y hacia afuera. Como máxima asociación de un grupo ligado por lo general también por lazos religiosos, culturales y económicos, el estado se ha puesto siempre en diversa medida al

(117) Cf. cap. III, p. 72. Fundamental: N. Hartmann, *Ethik*, p. 334, más en el sentido de la tradición estatal alemana. - Nohl, *Ethische Grunderfahrungen*, pp. 143 y ss. Pero Nohl admite que el poder estatal está, por así decirlo, aliado con la justicia.

servicio de fines religiosos, culturales y económicos. Sin duda que estas otras tareas se han destacado en muy diversa medida en el curso de la historia. El hecho de que el estado y sus órganos han servido también al principio a la representación de la comunidad ante los dioses resulta del carácter - originariamente de grupo - de la religión misma. Pero también después del nacimiento de las grandes religiones universales ha seguido estando el estado al servicio de objetivos religiosos; piénsese en la Edad Media y en la época de las guerras de religión, con su principio *cuius regio eius religio*. Las tareas religiosas del estado han dado así lugar a unas tareas que hoy llamaríamos culturales: construcción de edificios religiosos, juegos, fiestas y celebraciones de este tipo, etc. A medida que se democratiza el estado y se va sintiendo como instrumento de la comunidad de los ciudadanos, se añaden a esas tareas las de la educación, como ocurrió ya en la ciudad griega - cuyo ideal educativo ha sido expresado de la forma más profunda por Platón - (118) y como ocurre en la Edad Moderna. (119) El estado ha asumido también muy tempranamente tareas de carácter económico; ejemplos de ello son el antiguo Egipto, con su precisión en materia de irrigación pública, la antigua ciudad griega, con su almacenamiento público de cereales, etc. Con especial energía ha asumido esas tareas el moderno estado administrativo, al principio en interés del aumento del poder financiero del estado (mercantilismo) y luego cada vez más en interés de los ciudadanos mismos. En líneas generales, puede observarse en el ámbito cultural europeo un aumento creciente de las tareas del estado. El estado moderno con su omnicompreensiva administración se diferencia por ello muy esencialmente de las formas tempranas del estado, tal como se manifiestan aún en la Edad Media. En esas formas arcaicas el soberano es esencialmente el jefe en la guerra contra peligros exteriores, el protector de la paz y del derecho en el interior; hoy el estado ha asumido tareas de promoción y dirección en todos los ámbitos de la actividad humana.

Con esos datos históricos parece difícil delimitar por consideraciones esenciales el ámbito de tareas o la finalidad del estado. El estado es una organización que puede ponerse al servicio de muchos fines y que tiene además

(118) Cf. W. Jaeger, *Paideia*, I, pp. 148-151, 158.

(119) Cf. la exposición de Toynbee, *A Study of History, Abridgement of Volume I-VI by Somervell*, 1947.

que ponerse al servicio de ellos. No obstante, es posible dar algunas precisiones negativas que resultan del hecho de que el estado, haga lo que haga, emprenda lo que emprenda, es en su núcleo poder y dominio. Este carácter va con él dondequiera que el estado intervenga. (120) Y es una circunstancia que basta para hacerle incompetente en todas aquellas tareas que por su naturaleza se sustraigan a la dirección por el poder, las órdenes o la coacción en general. Tales son todos los desarrollos de naturaleza espiritual y moral. La fe religiosa, la formación espiritual, la investigación de la verdad, la creación artística, la acción moral tienen sus leyes propias; no pueden florecer más que en el ámbito del libre desarrollo, de la acción voluntaria; la coacción las mata. Una confesión de fe arrancada por la fuerza, una sentencia judicial impuesta por coacción o un cuadro censurado pierden su auténtico sentido; son falsos y sin valor. Se sigue pues de la naturaleza de la cosa que el estado puede tener sin duda en esos ámbitos el papel de un promotor auxiliar, pero nunca la de un director con facultad para impartir órdenes. "Es una degeneración y una soberbia filosófico-burocrática el que el estado pretenda realizar *directamente* la moralidad". (121) La gloria de Mecenas ha superado siglos; el nombre de los Medici seguirá vivo mientras se hable en el mundo del arte florentino. Pero el recuerdo de las persecuciones de los cristianos, de la revocación del Edicto de Nantes, de la Inquisición española, suscitará siempre repugnancia. La libertad de conciencia, la libertad de la ciencia y del arte frente al estado se siguen pues de la naturaleza de la cosa. Esto no significa necesariamente que en todos esos terrenos el estado tenga que ser neutral en un sentido nihilista. Puede desarrollar su promoción y su ayuda positivas en un determinado sentido, lo cual corresponde a su esencia como asociación de un grupo religioso y culturalmente definido, de un pueblo o de un círculo cultural. Pero no debe proclamarse rector único y conseguir con su poder la imposición de decisiones religiosas o espirituales. Emprenda lo que emprenda en estos terrenos, tiene que ser tolerante para con opiniones discrepantes. Aquí hay que dar su valor a las palabras de Gamaliel: "Si el consejo o la obra son del hombre, perecerán; pero si son de Dios no podréis dominarlos".

(120) Muy acertadamente ha subrayado esto Röpke en su crítica del colectivismo. La economía estatalmente dirigida es una economía de "órdenes", y la última sanción de su funcionamiento es... ¡la pena de muerte! Cf. *Gesellschaftskrise der Gegenwart*, 4a. ed., pp. 144, 147.

(121) Burkhardt, *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, p. 38.

52

520 65

Por eso son peligrosos en este terreno todos los monopolios de estado, trátase del caso en que es una sola la Iglesia oficial o del caso de monopolio de la educación. En todo caso existe el peligro de que con su poder el estado aplaste todas las demás instituciones, imponiendo en las suyas propias determinadas confesiones y concepciones. La naturaleza de la cosa pone aquí un límite; ese límite está determinado en última instancia por la inadecuación entre el poder y el hacer espiritual. (122)

2. Puesto que el núcleo del estado, a pesar de sus muy varias tareas en la época moderna, es el poder y el dominio, el problema de la estructura justa del estado se planteará como problema de la *justa distribución del poder* entre los ciudadanos.

Esta cuestión ha recibido dos respuestas o soluciones en la filosofía del estado y en la práctica política. Una de ellas ve la solución en la distribución discriminada del poder, según los diversos valores de los hombres. Su divisa es: debe dominar el mejor. La otra atiende a las ideas de libertad e igualdad; su consecuencia es: deben gobernar todos. La primera teoría significa el dominio de una elite. Ha sido representada del modo más explícito por Platón. El poder tiene que ponerse en las manos de aquellos que por su carácter y sus disposiciones son los más adecuados para ejercerlo. Aquel que ha mostrado sus capacidades en la guerra y la administración después de recibir una educación cuidadosa y completa, aquel que ha reconocido por la meditación filosófica que el poder no es el más deseable de los bienes, lo ejercerá correctamente y sin abusar de él: ése debe gobernar. Tal es la enseñanza de Platón y el sentido de la citada expresión de "gobierno de los filósofos". El poder debe atribuirse a los hombres más perfectos. Esta teoría ha encontrado muchos seguidores, y su idea se perpetúa incluso en las utopías modernas, las cuales aspiran a colocar en cabeza del mundo una especie de directorio científico. (123)

En la realidad política corresponden a esa doctrina los principios legitimistas de la monarquía y de la aristocracia. (124) En la aristocracia, un determinado

(122) La cuestión de si también hay límites para la acción económica del estado se discutirá más oportunamente al investigar las relaciones entre el derecho y la economía.

(123) Cf. Carrel, *L'homme, cet inconnu*, Paris, 1935, pp. 371 y ss. [Traducción castellana, *La incógnita del hombre*, Barcelona, J. Gili, 1941.] - Cf. crítica de estos planes en Röpke, *Gesellschaftskrise*, 4a. ed., pp. 255 y ss.

(124) Sobre este concepto: G. Ferrero, *El Poder*, entiende por principio de legitimidad aquellos principios según los cuales hay que conquistar el poder político para que los subordinados lo consideren legítimo y decir, justificado. Tales principios son, por ejemplo, la monarquía hereditaria o la democracia.

grupo de familias resulta especialmente llamado al ejercicio del poder; en la monarquía hereditaria es una sola familia determinada la que tiene el derecho de gobernar en razón de la gracia divina. Unas palabras del legitimista De Maistre pueden precisar este punto: "On croit qu'une famille est royale parce qu'elle règne; au contraire, elle règne parce qu'elle est royale". (125) En ambos casos el gobierno compete a hombres de especiales cualidades hereditarias. En la época presente, esas ideas o ideas análogas han llevado a la exigencia del dominio de la elite, tal como se aprecia principalmente en la formulación del sociólogo Pareto. El fascismo se ha hecho con esa exigencia; cierto que el concepto de elite no se toma ya aquí en sentido moral, sino - bajo la influencia de las ideas de Nietzsche y del vitalismo - desde el punto de vista de la fuerza y de la vitalidad. También el nacionalsocialismo ha apelado alguna vez a la idea de la elite, en base al concepto de raza. Pero ambos regímenes muestran el monstruoso peligro de la idea y de la teoría de la elite, porque esa teoría lleva siempre a la tiranía y lleva por tanto al poder a los que tienen ansia de él.

Ni el sistema teórico de Platón ni los citados principios práctico-políticos parecen justificados por la idea del derecho. La doctrina de la superioridad natural y heredada de determinadas familias de reyes o aristócratas respecto a todos los demás hombres no puede sostenerse ante una crítica ética, ni antropológica ni histórica. La investigación histórica ha probado que la posición de dominio de los reyes y la posición de privilegio de la nobleza no se basan en superiores cualidades morales de sus beneficiarios, sino en el éxito del ansia de poder de sus antepasados y, muy frecuentemente, en la violencia y la antijuricidad. La doctrina de la superioridad de los príncipes y de la nobleza de la sangre no es más que una idealización posterior de la conquista de la fuerza; no una superioridad moral, sino la mera fuerza conseguida ha sido el fundamento del proceso histórico de estas familias. Por eso el principio legitimista monárquico y aristocrático no ha podido sobrevivir en el ámbito cultural europeo al racionalismo, que descubrió su origen. En la época moderna ha ido mostrándose cada vez más ineficaz, sin que por ello sea necesario negar sus grandes méritos en el pasado. El fascismo y el nacionalsocialismo ofrecen ejemplos de cómo un régimen que concede el poder ilimitado a una supuesta elite da en definitiva la

(125) Citado por Schnabel, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, II, p. 37.

fuerza a los individuos más sin escrúpulos; los dos regímenes muestran además que la "selección de la elite" no lleva en la práctica hacia arriba a los mejores. Bismarck dijo del ejército prusiano que lo único que sabía crear era el tipo perfecto del comandante regimental, pero que era incapaz de producir auténticos dirigentes de hombres.

El sistema teórico de Platón no sucumbe en cambio a las objeciones que destruyen los principios legitimistas de la monarquía y de la aristocracia. Pues Platón no admite ninguna hereditariadad de los cargos; los dignatarios se eligen y seleccionan siempre de entre todos los ciudadanos. Pero en cambio se presentan aquí otras dos objeciones: el sistema platónico presupone que es posible juzgar con seguridad la capacidad política y moral de los hombres; afirma, además, la necesidad de un poder absoluto en manos de los dirigentes del estado en cuyas manos se encuentra también la elección de los demás dirigentes. Los gobernantes deciden quién debe ser campesino o comerciante, soldado o dirigente político. El primer presupuesto es - por lo menos en el actual estado de nuestros conocimientos - inexistente en la realidad; con ello surge el peligro de arbitrariedad, como nos han mostrado los modernos estados totalitarios. El segundo pone además al sistema en contradicción con la idea del derecho, la cual prohíbe que un hombre quede totalmente entregado al poder de otro. (126)

El segundo sistema evita esos defectos. Su intención es mantener la autonomía del ciudadano en todas las circunstancias. Su expresión clásica se encuentra en la teoría del contrato social. El estado ha surgido porque los ciudadanos concluyeron un contrato por el que organizaron el gobierno. Su subordinación a éste se debe, pues, a una decisión propia. El gobierno no tiene su poder como elite, por un derecho propio y superior, sino por mandato. Es, por lo tanto, responsable ante los ciudadanos. Las leyes no pueden promulgarse sino por votación. Como todo el mundo participa en el gobierno, en realidad el ciudadano se obedece a sí mismo. A esto corresponde en la realidad política el principio de la legitimidad democrática. El poder estatal reside en el pueblo, en la totalidad

(126) En la realidad, el sistema platónico no se ha realizado probablemente sino de un modo aproximado en una sola organización, la cual desde luego destaca por su persistencia y su prudencia: la Iglesia católica. Pero en este caso no se trata de una organización política, sino de una iglesia. Por eso no encontramos los rasgos tiránicos propios en general del sistema platónico.

de los ciudadanos; el pueblo elige el gobierno; el pueblo se da una constitución; el pueblo decide directamente o mediante representantes lo que es ley.

El punto de partida es aquí la idea de la igualdad y la libertad de todos, la idea de que todo hombre tiene del mismo modo derecho a su autonomía, a su autodeterminación. Esta teoría no admite, pues, poder alguno que no se base en la *volonté générale*, en la voluntad de todos. Basa el poder del estado en la categoría de contrato como instrumento del acuerdo libre (así pues, en el fondo, aplica al estado el principio de la *iustitia commutativa* en vez del de la *distributiva*). No puede oponerse a la doctrina democrática que sea históricamente errónea, pues no desea ni necesita idealizar posiciones de poder conquistadas por la fuerza, como necesita hacerlo la teoría monárquica o la teoría fascista, (127) sino que es una teoría puramente sistemática, y no histórica. (128) El principio histórico es sin duda imprescindible para el legitimismo monárquico o aristocrático, pero sólo para ellos. Tampoco es concluyente la objeción de que la teoría del contrato pasa por alto el hecho de que en la estructura del estado se trata de un problema de distribución (del poder), o sea, un problema de justicia social, y no uno de coordinación o de justicia conmutativa. Pues también la igualdad es un principio de distribución, un principio de la justicia social. Más importante es la objeción de que esta teoría ignora la diversidad de los hombres y la necesidad de la constitución de una elite. Pero tampoco es en el fondo objeción justificada. La doctrina democrática del estado no pasa en modo alguno por alto estos problemas. No niega la diversidad de los hombres ni la necesidad de una selección. Lo único que niega es que esa diversidad de los hombres y la naturaleza de la capa gobernante tengan que o deban ser fijadas jurídicamente, institucionalmente. La teoría democrática no reconoce una capa gobernante determinada de una vez para siempre (nobleza, orden, partido), sino que deja la formación de la elite a la libre acción de los hombres. Confía en que la razonable inteligencia de todos colocará las personas adecuadas en los puestos oportunos, y dará razón así de la diversidad de los hombres. La necesaria selección tiene que practicarse por libres elecciones, por libre decisión de los ciudadanos, y no por coacción jurídica o por decisión autoritaria. No hay duda de que un principio de

(127) Piénsese en el constante esfuerzo de Hitler por demostrar que, por sus luchas, su partido era la élite del pueblo alemán.

(128) Cf. por ejemplo Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 107.

53

520

05

esa naturaleza constituye una audacia, ni de que pone al hombre elevadísimas exigencias. Dígase lo que se diga, la democracia es la doctrina política que más valora al ser humano, y por eso no puede funcionar más que cuando los hombres aceptan voluntariamente deberes y limitaciones. (129) Pero precisamente por eso corresponde la democracia a la idea del derecho. Pues ésta ordena tratar al hombre como ser moralmente capaz y autónomo, y no admite que se decida sobre él por encima de él mismo.

Si a pesar de eso tampoco el principio de legitimidad democrático corresponde plenamente a la idea del derecho, ello se debe a que tampoco en él se expresa puramente la idea de autonomía. La democracia no puede pasarse del principio mayoritario. Exige la subordinación a la voluntad de la mayoría. También, pues, la democracia conoce el dominio de unos sobre otros, y la práctica de los países democráticos prueba que esa presión puede ser angustiosa y necesitar limitación por obra de decisiones y determinaciones jurídico-políticas de todo tipo. (130) Se trata del problema que en el *Contrat Social* de Rousseau queda recubierto con la equiparación de *volonté générale*, voluntad general, y *volonté de tous*, voluntad de todos. Pero disimular no es resolver. En realidad, la democracia no es el dominio de todos, sino el gobierno de los más. Por ello no corresponde más que aproximadamente a la autonomía exigida por la idea del derecho. Su justificación y validez consiste en ser la forma de estado que más cerca está de la idea del derecho. No puede probarse la existencia de un ideal estatal. Toda forma de estado contiene un resto de dominio, de poder de disposición de hombres sobre hombres que sin duda corresponde a los datos de la vida humana, pero no al contenido moral de la idea del derecho.

3. En esta circunstancia se basa la necesidad del *estado de derecho*. El estado de derecho es el intento de poner en armonía el dominio estatal, que es ineliminable, con la exigencia de la justicia de respetar a todos los hombres. En el estado de derecho se somete a la idea del derecho la relación de poder que existió originariamente entre el señor y el súbdito, el *imperium* y el *civis*, etc. Desde el punto de vista histórico puede decirse que el estado de derecho se ha producido siempre que la voluntad de libertad y de derecho ha conseguido

(129) Cf. Zbinden, *Gefahren der modernen Demokratie*, Frankfurt a. Main, 1948.

(130) Cf., por ejemplo, Henry Steele Commager, *Majority Rule and Minority Rights*.



imponerse en su lucha contra el poder de los dominantes. Encontramos la idea en la *polis* griega y en la república romana; en la Edad Media, la idea vive en la tesis general de la superioridad del derecho sobre el poder. Pero el estado de derecho no pudo afirmarse plenamente sino cuando se alió con la idea de igualdad y con la de libertad general para todos: en Inglaterra. En el continente esa idea de libertad degeneró en privilegios de estamentos y ciudades determinadas, y sucumbió al final como ideal jurídico. (131) La consecuente tradición de la idea del estado de derecho no pudo así florecer hasta el siglo XIX, bajo la influencia de la Ilustración.

La estructura del estado de derecho atiende a los principios de la *iustitia protectiva*.

De ella resultan en efecto sus principios rectores:

El poder estatal no debe concentrarse en una mano (principio de la división de poderes). Todo poder estatal debe tener una base jurídica y tiene que estar limitado por el derecho en vistas a determinados objetivos (principio de la *Rule of Law*, de la legalidad de la administración y la justicia, de la constitucionalidad del legislativo). Todo ejercicio del poder estatal tiene que ser controlado por el ciudadano mismo, ya sea porque tenga la posibilidad de hacer examinar los actos de la soberanía por tribunales independientes y según procedimiento fijado, ya sea porque intervenga en el poder mediante representación elegida. Los derechos fundamentales pueden ser limitados, pero no suprimidos.

Especial consideración merecen tres problemas: el poder penal del estado, la apropiación y el servicio militar obligatorio. La expropiación debe tratarse en el contexto de la relación entre el derecho y la economía. Aquí estudiaremos las otras dos cuestiones. Por lo que hace al poder penal del estado se trata ante todo de aclarar la naturaleza de la cosa. Hay en este punto dos concepciones de principio que se enfrentan: la una ve en la pena estatal una institución moral que se desprende directamente de la idea del derecho. Esta concepción ha sido especialmente sostenida por la filosofía del idealismo alemán, por Hegel del modo más profundo. (132) La otra concepción ve en la pena una medida de utilidad estatal

(131) Cf. la brillante exposición de Tocqueville, *L'ancien Régime et la Révolution*, 3a. ed., 1877, pp. 147-148. - La libertad es indivisible. También en los tiempos modernos las libertades especiales o de privilegio, como las de las universidades, han sido suprimidas al cabo de algún tiempo, una vez el estado totalitario terminó con la libertad general. Cf. las indicaciones de Köttgen en el prólogo a su *Derecho universitario alemán*.

(132) *Philosophie des Rechts*, ed. Stuttgart, 1928, p. 142.

para la protección del orden jurídico, limitada más que promovida por la idea del derecho. Se trata de la teoría llamada de la prevención general, sostenida principalmente por Feuerbach. Frente a la primera teoría debe decirse lo siguiente:

1. Los valores morales no exigen pena alguna cuando son lesionados; pueden sin duda suscitar en un ser espiritual tristeza, remordimiento y deseo de mejorar. (133) Además, la justicia conmutativa no exige infligir al conculcador del derecho un mal. (134) Exigirlo moralmente supondría la equiparación de la virtud con la dicha y de la maldad con la desgracia, o su vinculación moral, más la idea de que el estado está llamado a realizar esa equiparación. La pena no es de ninguna utilidad para el perjudicado por el delito, ni por tanto puede restablecer el derecho conculcado; sólo el vengativo, el que goza con el mal ajeno puede pretender que la pena se deriva de la justicia conmutativa. La única manera de justificarla moralmente sería pues apelar a lo que pudiera tener de purificación para el culpable. (135)

2. Aun en el caso de que la conculcación de un mandamiento moral fundamentara metafísicamente la necesidad de la pena, no se seguiría de ello que el estado tuviera autoridad para ordenar y ejecutar esa pena. Pues esto supondría admitir que el estado es competente para velar por la situación de la moralidad en la tierra. Sin duda ha ocurrido esto frecuentemente. (136) Pero contra esa concepción hemos subrayado ya que el estado no es competente para esa tarea y que ni siquiera puede intentar realizarla por su esencia de organización de poder. De no ser así, sería imposible descubrir un límite a la autoridad penal del estado, pues tendría que perseguir en realidad todo comportamiento inmoral.

En realidad la penal estatal es un procedimiento coactivo del estado para asegurar la obediencia a sus disposiciones. La apariencia de defensa de valores morales surge por el hecho de que el orden estatal (que es lo realmente defendido) descansa en parte en valores morales (pero no, ni mucho menos, en todo caso penado). (137) A esta naturaleza de procedimiento coactivo del estado corresponde la forma de la pena. Mutilación y pérdida de la libertad, muerte y confiscación

(133) Cf. Scheler, *Der Formalismus*, etc., pp. 374 y ss.

(134) Cf. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1797, pp. 195 y ss.

(135) E. Schmidt, *Iustitia fundamentum regnorum*, pp. 58-61.

(136) Cf. por ejemplo Wimmer, *SJZ*, 1948, p. 68.

(137) Cf. la impresionante descripción de la utilización del poder penal del estado para fines políticos, E. Schmidt, *loc. cit.*, pp. 79 y 82. - Sobre la ausencia de normas culturales en muchas amenazas penales, cf. M. E. Mayer, *Rechtsnorm und Kulturnormen*, pp. 116 y ss.

corresponden sin duda a la naturaleza violenta y coactiva del estado, pero no la esencia de los valores morales. "No es fácil imaginarse al soldado y al verdugo como ejecutores del Sermón de la Montaña". (138) Por eso no pueden dar lugar ni penas a una purificación interna de verdadera naturaleza moral. (139)

La pena, pues, no se deriva de la idea del derecho, sino de la naturaleza del estado. Como todo poder estatal, no tiene en la idea del derecho fundamentación, sino limitación. La historia del derecho penal es la historia de esa limitación.

La limitación se basa en los siguientes principios. *Ninguna pena sin culpa*, es decir, sin que se dé una responsabilidad personal y la correspondiente inculpabilidad. (140) Son por tanto inadmisibles las responsabilidades de grupo, la penalización de rehenes, la imposición jurídico-penal de una culpa colectiva.

*Ninguna pena sin procedimiento jurídico*. Dada la gravedad de la violación de los derechos fundamentales que supone siempre la pena, no basta con que se dé la posibilidad de reexaminar la pena impuesta; tiene que examinarse antes la juridicidad de la misma, y hay que anteponer el procedimiento jurídico a la ejecución. "Es un principio jurídico fundamental de todas las naciones civilizadas el de que, luego de acto, el agente capturado no puede ser ejecutado sin condena judicial". (141) Según esto tiene que valer también el principio de que todo el mundo debe considerarse inocente mientras no se le pruebe la comisión de un delito. (142)

*Nulla poena sine lege*. Este principio se sigue directamente de la prohibición de la arbitrariedad, o, dicho positivamente, de la obligación de lealtad y confianza. (143) El estado tiene que atenerse a su propio orden. Cuando no ha previsto ninguna pena no puede tampoco penar. (144)

(138) Troeltsch, *Historische Zeitschrift*, 105, p. 256.

(139) Con vacilaciones lo admite también Schmidt, *loc. cit.*, p. 61, a pesar de partir de una concepción básica muy diversa.

(140) Cf. *supra* el principio general de la culpabilidad.

(141) OLG [Tribunal superior territorial: Oberlandsgericht] de Stuttgart en una sentencia del 6 de noviembre de 1946 sobre el fusilamiento de desertores. *SJZ*, 1947, 204 y ss., esp. p. 206.

(142) Cf. la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.

(143) Así también las sentencias de Nuremberg, "Un principio de la justicia", ed. Baden-Baden, p. 59; y Ehard, *SJZ*, 48, p. 359, basándose en una pericia del Tribunal de la Haya con ocasión de la supresión de la prohibición de la aplicación de la analogía por los tribunales de Danzig.

(144) Al juzgar a los criminales de guerra nacionalsocialistas se quiso prescindir de este principio, porque los actos de los imputados habían lesionado la conciencia general del derecho y la conciencia moral humana. Sentencias de Nuremberg, ed. de Baden-Baden, p. 59; Wimmer, *SJZ*, 47, 127, 48, 68; Lange, *SJZ*, 48, 104; en contra: Hodenberg, *SJZ*, número especial, 1947, sobre los crímenes contra la humanidad. - Esa argumentación no basta. El que impone las penas es el estado, y no la moral. El mero hecho de que un acto esté claramente condenado por la moral no basta para justificar jurídicamente su penalización *ex post facto*.

54

520

05

*Ninguna pena sin proporción con la dimensión de la culpa moral y con el objetivo a que se aspira.*(145) Esta última proposición se sigue del principio general de la proporcionalidad. En el fondo, no hay naturalmente ninguna relación entre culpa moral y pena material - y ésta es la razón de la difícil situación del juez en la determinación de la pena; pero existe de todos modos la posibilidad de elegir, dentro del marco jurídico-penal, penas más ligeras o más graves según el grado de recusabilidad moral del caso que se presenta ante el juez.

La pena de muerte es inadmisibles. La pena de muerte aniquila al delincuente, y el estado no tiene ningún derecho a aniquilar vida humana, pues con ello el hombre quedaría sacrificado a la consecución de fines estatales. La pena de muerte está en contradicción abierta con la idea del derecho. Hay que luchar por su supresión.

El mismo fundamento tiene la problemática del servicio militar obligatorio. También en este caso impone coactivamente el estado en caso necesario el sacrificio de la vida del individuo. Ello contradice a la idea del derecho. Completamente diverso es el sacrificio voluntario por la comunidad política; éste puede ser realmente el auténtico y pleno cumplimiento de una vida personal. Pero no es este caso el que aquí se discute. Nuestro tema es el derecho del estado a imponer coactivamente al individuo el riesgo de la vida, incluso en el caso de que la persona no sea en absoluto inclinada a la lucha en general o, en particular, a la lucha concreta de que se trate, y su vocación le lleve a muy diversas tareas. Este derecho del estado no puede de ningún modo estar de acuerdo con la idea del derecho, ni siquiera cuando se trata de guerras justificadas desde el punto de vista del derecho internacional.(146) ¿Qué sentido pueden tener todos los derechos fundamentales, la garantía de los derechos materiales y espirituales, si es posible al estado exigir incluso el sacrificio de la existencia? No es posible armonizar esta situación con la idea del derecho. Por otra parte, el servicio militar obligatorio es ineliminable, dado el actual estado del mundo. En este punto se manifiesta claramente el hecho de que el derecho es indivisible. Si se conculca en un punto, todo el contexto queda afectado. El hecho mismo de la guerra es lo que niega y contradice la idea del

(145) Cf. Winmer, SJZ, 48, pp. 64 y ss.

(146) En caso de no estarlo, la contradicción es sólo más visible.

derecho. Pero como no ha sido posible imponerla plenamente en este punto, en el derecho internacional, resulta también imposible de imponer en otros contextos. Mientras sean posibles luchas bélicas, mientras no esté asegurada la paz internacional, no podrá tampoco realizarse plenamente en el interior de los estados la idea del derecho, la idea del estado de derecho. Mientras no sea ése el caso, tendremos que soportar una situación que contradice indudablemente a la idea del derecho, pero que es inevitable mientras la fuerza siga reinando entre las naciones. Tanto más debe subrayarse que la idea del derecho exige la implantación de la paz eterna y nos obliga a hacer todo lo posible para alcanzar ese ideal.

Si pues el servicio militar obligatorio es un mal necesario, hay que exigir por lo menos que se eliminen de él todos los males innecesarios. Esto implica principalmente tres exigencias:

- a) Aquellos que se niegan a prestar servicios armados por razones de conciencia (los llamados *conscious objectors*, objetores de conciencia) tienen que quedar exentos de tales servicios, pues el estado no puede violentar la conciencia espiritual.
- b) El servicio militar obligatorio no debe utilizarse para inculcar a sus sometidos el odio.
- c) En operaciones militares que suponen la muerte segura, no es lícito emplear más que voluntarios. No hay en esta hipótesis lugar alguno para la coacción jurídica.

## V

1. Las relaciones entre el derecho y la economía han sido juzgadas de modos muy diversos en el curso de la historia de la cultura. Para la Antigüedad, la Edad Media y aun el comienzo de la Edad Moderna resulta característica la idea de que el orden jurídico determina la vida económica; la doctrina medieval de la prohibición y condena del interés es expresión típica de esa actitud espiritual.(147) Con la economía clásica se constituye la idea de una evolución autónoma de la

(147) Cf. por ejemplo Tawney, *Religion and the rise of Capitalism*, 1938, cap. 1. Sobre los reformadores, v. sobre todo p. 89.

economía según sus propias leyes; el orden jurídico no puede ser más que un obstáculo inhibitorio de ese desarrollo, y por eso es necesario que se reduzca dentro de lo posible. En su doctrina de la "sobreestructura" Karl Marx invierte entonces totalmente la relación entre el derecho y la economía; según él, es el desarrollo económico el motor del desarrollo del derecho.(148) Una curiosa doctrina que se sitúa literalmente en el extremo opuesto es defendida actualmente por numerosos representantes de la filosofía neokantiana del derecho. Éstos consideran todo acto de la vida económica - todo contrato, por ejemplo - como una aplicación del derecho.(149) Con ello no se recoge, naturalmente, más que la cara puramente formal de esos actos, mientras que no se dice nada acerca de las influencias reales o de contenido. Lo correcto será - como en la consideración de todos los factores de la vida social - hablar también aquí de una relación de dependencia recíproca.(150)

En la discusión será mejor prescindir de la doctrina neokantiana últimamente citada que consiste en ver la vida económica en general como una aplicación del derecho: siendo como es un modo puramente formal de consideración del problema, no posee ningún valor cognoscitivo; si se considera en cambio materialmente, según su contenido, es falsa al pie de la letra, aunque sin duda toda la vida económica esté penetrada de elementos jurídicos. La vida económica no puede concebirse como aplicación del derecho en sentido real más que en la economía planificada o dirigida, pues en ella realmente todos los actos económicos son al mismo tiempo medidas administrativas o actos previstos por la administración. En cambio, en la libre economía de mercado, afirmar que los diversos negocios económicos son ejecución del derecho privado significa

(148) Esta doctrina ha influido más profundamente de lo que podría creerse cuando se observa su ruidosa negación; la tendencia a adecuar el derecho a cualquier precio a todos los desarrollos de la economía y de la vida práctica en general, tendencia que puede observarse en muchos juristas modernos y hasta en nuestra jurisprudencia, se basa en última instancia en esta concepción de que la economía es decisiva para el derecho y debe serlo. - Cf. sobre este punto Schönfeld, *Rechtsperson und Rechtsgut*, p. 209.

(149) Cf. por ejemplo Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, pp. 109-110. Para Stammler, derecho y convención son la forma lógica de las relaciones económicas, *Richtiges Recht*, p. 217, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2a. ed., pp. 119 y ss.

(150) Esta relación no puede, naturalmente, pensarse en el sentido de la causalidad mecánica. En este punto lleva razón Stammler, *Recht und Wirtschaft*, pp. 219-220. Fundamental para este punto es Schopenhauer, *Satz vom Grunde*, § 20. [Traducción castellana, *La cuádruple raíz del principio de razón suficiente*, Madrid, V. Suárez, 1911.]

desconocer la naturaleza de la cosa. Lo característico de los actos jurídico-privados es precisamente que no ejecutan derecho estatal, sino que surgen de la autonomía del individuo, que el estado se limita a proteger. La acción en el marco del derecho privado no es ejecución del derecho.(151) Por lo demás, la concepción queda refutada por la real marcha de las cosas en la libre economía de mercado. Normalmente, el comerciante realiza sus negocios sin consultar primero la ley para orientarse sobre el tipo de contrato que está "ejecutando". Se orienta simplemente por sus intenciones económicas. Sólo cuando tropieza con formas y preceptos jurídicos coactivos se ve obligado a orientarse por ellos. Hablar en este caso de aplicación o ejecución del derecho parece, pues, por lo menos, un uso abusivo del lenguaje.

En cambio, la interacción de derecho y economía exige ulterior atención. La vida económica obra en el derecho como obra en éste la vida social en general. Constituye la materia que el derecho debe regular. Siempre que se desarrollan nuevos hechos económicos, siempre que se presentan nuevos intereses económicos, surgen nuevas posibilidades de conflictos, y, por lo tanto, nuevas necesidades de regulación jurídica. Como hemos visto, esta regulación tiene que adecuarse a la naturaleza de la cosa; en esta medida está determinada por el dato económico. Pero generalmente penetran también en la solución puntos de vista valorativos y finalísticos, los cuales son específicamente jurídicos: intereses de seguridad, de justicia y de libertad. Así surge la regulación jurídica. La eficacia de la economía en su acción sobre el derecho no es, pues, una simple causalidad, sino más bien la influencia del problema en la capacidad de creación jurídica del espíritu humano; para utilizar una expresión del historiador Toynbee, la economía influye en el derecho como *challenge*, como estímulo o provocación, y el derecho - normalmente, por sí mismo - da la *response*, la respuesta. Por lo menos, así tendría que ser. Cuando determinados intereses se convierten en derecho sin consideración de los intereses contrapuestos y sin análisis ante el foro de la justicia, se trata del derecho del más fuerte, en contradicción con la idea del derecho. Aquí yace el peligro de una determinada tendencia de la jurisprudencia que convierte en norma los meros hechos jurídicos, es decir, el comportamiento real de determinados círculos económicos, como los bancos. Esa jurisprudencia

(151) Husserl, está en lo justo: *Rechtskraft*, etc., p. 146.

55

significa una capitulación del derecho. No hay que negar que muchas regulaciones - y muy importantes - no son en el fondo más que simple disfraz de intereses económicos presentados como normas jurídicas; pero por suerte no es éste el caso general, y por lo que hace a la naturaleza del proceso mismo no puede tampoco hablarse de causalidad mecánica, sino que se está en presencia de un acto creador y espiritual en el que, sin duda, los motivos económicos son determinantes.

A la inversa, el derecho tiene también una importancia decisiva para el curso de la vida económica, esto es, para el comportamiento de los hombres en el proceso económico. El derecho puede determinar el orden económico, es decir, sentar las decisiones básicas acerca de la vida económica, como, por ejemplo, la planificación de sus procesos; puede también instituir una constitución económica.<sup>(152)</sup> Todo eso salta a la vista cuando se trata de una economía planificada; en ella un acto jurídico (ley formal o disposición administrativa), a saber, el plan económico, determina el conjunto de la actividad económica, y leyes concretas que someten las diversas industrias, la agricultura, etc., a la dirección del estado, crean las bases para el funcionamiento de la economía centralmente dirigida. Pero lo mismo puede decirse de la economía que es lo contrario de la planificada, a saber, la llamada economía libre de mercado. Me parece que uno de los éxitos más grandes de la moderna teoría económica consiste en haber destacado claramente que tampoco la libre economía de mercado puede nacer ni - sobre todo - conservarse mediante el simple *laissez faire*, sino que también ella presupone una constitución o estructura jurídica bien determinada - por ejemplo, para hacer frente a la formación de monopolios o concentración.<sup>(153)</sup> Sin medidas legislativas que velen por la conservación de la competencia no puede subsistir la economía de mercado, sino que va disolviéndose bajo la acción corrosiva que ejercen sobre el mercado cártels y monopolios, dificultando su funcionamiento económico y - lo que es esencial desde el punto de vista jurídico-moral - facilitando la explotación, el rendimiento económico del poder social. Cualquiera que sea, pues, la estructura de la economía, el orden jurídico no es nunca irrelevante para el desarrollo interno de la vida económica.

(152) Cf. sobre este concepto Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, 3a. ed., p. 61

(153) Cf. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*; especialmente para la crítica del *laissez faire* Röpke, *Gesellschaftskrise*, pp. 204 y ss.



Si nos preguntamos cuándo en la historia se ha hecho uso consciente y sistemático de esa capacidad ordenadora de la vida económica que tiene el derecho, la respuesta será sin duda bastante negativa - y a este hecho puede deberse en parte la escéptica actitud frecuente en el tema de la influencia del derecho en la economía. En general, el cuadro histórico muestra que la legislación interviene - con bastante ineficacia, por lo demás - en puntos aislados, y precisamente en los que se presentan abiertos abusos o situaciones críticas, o cuando quedan afectados urgentes intereses estatales. El resto de la vida económica queda entregada a sí mismo. Tal ha sido en lo esencial la situación del Imperio romano bajo el principado; determinados sectores de la economía - como, por ejemplo, el tráfico de cereales en la medida en que interesaba para el aprovisionamiento de Roma - y determinadas partes del tráfico marítimo estaban sometidos a dirección estatal; también había algunas regulaciones agrícolas; pero en general imperaba el *laissez faire*: no puede en absoluto hablarse de una política económica en sentido propio.<sup>(154)</sup> Análogo es el cuadro de la política económica del estado moderno en sus comienzos, a pesar de que éste es mucho más aficionado a intervenir.<sup>(155)</sup> También para las ciudades medievales ha probado la moderna investigación que no poseyeron una economía unitariamente planeada y organizada - aparte del hecho de que no constituyeran siquiera círculos económicos cerrados, sino que se encontraban en el seno de un complejo económico más amplio e igualmente desordenado - .<sup>(156)</sup> Faltaban en efecto para poder realizar una verdadera política económica tanto los presupuestos teóricos cuanto los técnicos: el fracaso de la política económica de Diocleciano es buen ejemplo de ello. Con el mercantilismo empiezan las cosas a tomar otro cariz. Pero el legislador y los tribunales vacilan bajo la influencia de la doctrina del *laissez faire*. La célebre sentencia del Tribunal del Reich de 1897 (sobre los cártels) es claro ejemplo de ello.<sup>(157)</sup> En conjunto, pues, no resulta un cuadro muy halagador. Pero no se trata de una

(154) Cf. Rostovzoff, *Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich*, I, pp. 122, 79, 133, 140, 166; II, p. 84.

(155) Cf., por ejemplo, la descripción de la política económica de los Tudor por Tawney, *Religion and the rise of Capitalism*, pp. 155 y ss.

(156) Cf. Eucken, *Grundlagen*, etc., 3a. ed., pp. 60-61, 93 y ss., 240-242, 250.

(157) RGZ, 38, 155; cf. el excelente análisis de esta sentencia por Franz Böhm, *Ordo*, I, pp. 197 y ss.

situación insuperable. Poseemos hoy presupuestos para poder proyectar una economía y realizarla de hecho.

Esto, naturalmente, no debe llevarnos a la errónea creencia de que el derecho puede ordenar a su arbitrio la vida económica. También aquí tropieza el jurista con el hecho ya conocido - por el derecho comparado - de que, aparte de variaciones de detalle, no existen más que unas cuantas soluciones básicas que puedan tomarse prácticamente en consideración. De nuevo se impone aquí la naturaleza de la cosa. No hay un número arbitrario de estructuras económicas posibles, sino que su número está limitado por la naturaleza de la cosa. El legislador tiene que elegir entre ellas; el jurista debe atender al economista como especialista.

Sobre esta base se hace claro en qué sentido puede tomar posición la filosofía del derecho ante el complejo problemático de la economía y el derecho. La filosofía del derecho no puede hacer más que descubrir los *finés* que resultan de la idea del derecho para la constitución económica; debe en cambio dejar al economista la cuestión de los caminos que deben emprenderse para alcanzar los fines en cuestión.

2. Los fines que resultan de la idea del derecho para el orden jurídico han sido ya detalladamente expuestos y no es necesario ahora más que recapitularlos brevemente. Son:

a) La *libertad*, como expresión del respeto al hombre como ser autónomo y responsable.

Halla su expresión jurídica en el reconocimiento de los derechos fundamentales.

b) La *igualdad*, expresión de la equivalencia moral fundamental de los hombres.

c) La *justicia*:

En la conclusión de contratos y en la compensación de daños (*iustitia commutativa*);

en la obstaculización de la explotación por el poder (*iustitia protectiva*); en la distribución de los bienes y de las cargas comunes.

Hemos visto ya que en la realización práctica puede surgir un conflicto entre la aspiración a la libertad y la aspiración a la distribución justa de los bienes. Este conflicto es el fundamento del litigio político-social entre el liberalismo y el

socialismo de todos los matices. Para el liberalismo, en su forma clásica, la libertad es el bien supremo. Por esta razón exige en el terreno de la economía libertad de movimientos para el individuo. La errónea fe de los economistas clásicos en la armonía preestablecida de los intereses económicos, la idea de que la mejor manera de servir a los intereses colectivos consiste en permitir que cada individuo persiga sus objetivos egoístas individuales, llevó al liberalismo a exigir la plena entrega de la economía a sus propias leyes, al libre juego de las fuerzas en presencia. El liberalismo presentó la exigencia de absoluta autonomía económica: *Laissez faire, laissez passer* tenía que ser la ley fundamental de la política económica.

En su posición de objetivos morales el socialismo no niega la verdad del humanismo ideal liberal. También el socialismo afirma la libertad y la igualdad de todos los hombres como ideal vinculatorio. Pero por la consideración de la situación económica que se ha desarrollado sobre todo en la base al principio del *laissez faire*, el socialismo cobra la convicción de que la economía libremente desarrollada no es adecuada para garantizar a todos los hombres la libertad y la dignidad humana. Ve el hecho de la explotación del económicamente débil, especialmente del obrero, por el económicamente fuerte, que hace imposible al débil el ascenso social. Por ello presenta con insistencia la exigencia de justicia social, la exigencia de una justa distribución de los bienes materiales. Sólo cuando se haya conseguido ésta, sólo cuando cada persona reciba la parte del producto social que le corresponde, conseguirá cada individuo en medida igual el disfrute de la libertad, de los derechos del hombre y la verdadera dignidad humana. También, pues, la lucha del socialismo se pone como objetivo "el derecho humano"; pero, a diferencia del liberalismo, se propone alcanzarlo a través de una justa distribución de los bienes. De entre todas las exigencias de la idea del derecho, el socialismo se interesa más que nada por la justicia social. Consecuentemente, exige la distribución del producto social por la comunidad, y tiene que condenar la "economía libre" para colocar en su lugar una economía "socializada", dirigida por la comunidad.

La moderna teoría económica nos enseña que existen dos formas fundamentales de economía: la economía centralmente dirigida (economía planificada) y la libre economía de mercado. En la primera el tráfico económico está regulado por un plan económico central. En la segunda, el mecanismo de



formación de precios determina la producción, la cual, en definitiva, procede según el resultado del choque de los miles y miles de planes económicos de los consumidores. En la economía planificada un organismo rector determina lo que hay que producir y en qué cantidad; en la economía de mercado lo determina cada consumidor. En sustancia, no son posibles formas mixtas, pues éstas se reducen a la una o la otra forma fundamental al cabo de algún tiempo de desarrollo.

Pero la teoría económica enseña también que no es posible realizar la libre economía de mercado por el descrito funcionamiento teórico del *laissez faire*, *laissez passer*. Antes al contrario, este principio pone en peligro la libre economía de mercado, la regulación del mecanismo de los precios, porque promueve la formación de monopolios. Por lo tanto, es presupuesto necesario de esa economía la garantía jurídica de la competencia. Sólo entonces puede realizarse.

Así pues, según los conocimientos de la teoría económica son posibles dos formas fundamentales de orden económico. La una es postulada por el liberalismo, la otra por el socialismo. La naturaleza de la cosa no nos da, pues, ninguna decisión.

Hay que buscar por lo tanto la decisión en otros contextos valorativos. Hemos visto que en un conflicto entre la libertad y la justicia social por lo que hace a la distribución de los bienes materiales la libertad debe gozar de preeminencia. La libertad es el más alto bien jurídico del hombre; en ella se expresa jurídicamente el respeto a la dignidad humana. La libertad está por encima de la distribución de los bienes económicos. Con esto surge la cuestión de si la economía dirigida plantea el conflicto en cuestión, o, dicho con otras palabras, si la realización práctica del intento de distribuir con justicia los bienes económicos en la economía planificada tiene que amenazar necesariamente a la libertad. Si ese es el caso, nos encontraremos ante un conflicto de valores morales en una situación concreta, y tendremos que elegir entre libertad y justicia económica. La decisión no podría entonces ser dudosa - ni lo sería el fondo tampoco para el socialismo: tampoco él podría sacrificar la libertad y la dignidad del hombre a la distribución de los bienes económicos -. En todo caso, un orden económico que diera al estado un ilimitado poder de disposición sobre la fuerza de trabajo y sobre la propiedad estaría en contradicción con la idea del

derecho y con el derecho natural. Pues todo ilimitado poder sobre hombres es antijurídico.

La cuestión es la de si efectivamente la economía dirigida tiene que dar necesariamente lugar a una tal extensión del poder del estado.

Esta es la cuestión en torno a la cual se centra, con razón, la actual discusión entre el liberalismo y el socialismo. No es una cuestión moral, sino empírica; no puede ser resuelta por la vía de la filosofía del derecho, sino mediante el análisis sociológico; la filosofía del derecho tiene que contentarse con poner de manifiesto el planteamiento moral.(158)

Yo personalmente creo que llevan razón los que contestan afirmativamente. No parece posible compaginar la libertad con una economía centralmente dirigida. Los motivos son los siguientes:

a) Las decisiones de planificación, necesarias en la economía dirigida, se sustraen al control democrático y pasan necesariamente a las manos de la burocracia.(159)

b) Tampoco es posible un control judicial de las decisiones de la planificación económica. Se trata, por lo general, de decisiones sujetas a la capacidad de estimación técnica. Los tribunales no pueden ponerse en contradicción con los objetivos del plan.(160)

Así, pues, necesariamente intervendrá la economía dirigida en los derechos fundamentales del hombre por medio de decisiones incontrolables. El estado de derecho dejaría de existir. Esto es contrario al derecho natural.

c) No se pueden mantener los derechos fundamentales del hombre. No se pueden mantener la libre elección de la profesión ni la libertad de residencia.

La economía dirigida reduce esencialmente la propiedad privada, pues el individuo no puede adquirir más que lo que el estado le adjudica como productor. Así pierde la propiedad privada su función más esencial al servicio de la propia conformación de la vida ("distribución de la felicidad").(161)

(158) Así lo demuestra claramente el escrito de Hayek, *Camino de servidumbre*. Sus argumentos son esencialmente empírico-sociológicos.

(159) Hayek, *op. cit.*, p. 90 y ss.

(160) Hayek, *op. cit.*, p. 103.

(161) Cf. Hayek, p. 103.

No es posible la libertad de opinión cuando el estado tiene el monopolio de la impresión de libros y periódicos.

El individuo que se encuentra ante una sola posibilidad de trabajo, la del estado, cae en dependencia respecto de los titulares del poder político, puesto que no puede, como en régimen capitalista, buscarse otro patrono.

d) El estado es, por su naturaleza, una organización de poder; también la administración de la economía se le convertirá en un medio de poder. Este fenómeno puede apreciarse en cualquier caso en que el estado se haga con alguna esfera de la vida. Así lo prueban las relaciones del estado con la escuela, la universidad y la Iglesia. (162)

A todo ello se añade que tampoco puede alcanzarse en economía dirigida el éxito, pues faltan escalas objetivas para comparar las diversas prestaciones humanas. (163) La economía dirigida sobreestima la capacidad de rendimiento del estado y de la comunidad.

Si, pues, se impone la convicción de que no existe más elección que entre economía dirigida y economía de la competencia, (164) y la primera nos impone la renuncia a la libertad, está claro que la decisión en el sentido de la idea del derecho tiene que ser en favor de la libre economía de mercado (no del *laissez-faire*). Pero aunque renunciemos así a la exigencia de inmediata distribución justa del producto social, no por ello suprimimos los principios de la justicia distributiva. La idea del derecho exige unas relaciones de propiedad lo más equilibradas posible, de modo que se obtenga igualdad; una situación en la cual el poder y la riqueza se concentran en pocas manos, mientras muchos tienen poca propiedad o no la tienen en absoluto es contraria a la idea del derecho. Ésta exige pues una estructuración del orden económico en la cual, mediante medidas conformes con el espíritu de la competencia, se tienda a alcanzar aquel fin. No es tarea exclusiva del jurista el señalar el camino que lleva a ello. Pero sí que es deber suyo recordar siempre esa exigencia. (165) La experiencia

(162) Cf. *supra*, p. 206.

(163) Hayek, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

(164) También esta cuestión es controvertida y tiene que ser resuelta por los economistas. Cf. Röpke, *Die Krise des Kollektivismus*, pp. 15 y ss.

(165) Particularmente hay que destacar - aparte de la necesidad de impedir la formación de monopolios privados - la necesidad del seguro de paro. La libre economía de competencia da necesariamente lugar al despido de obreros a cada modificación. Como esas modificaciones se hacen en último término en interés de la comunidad, ésta tiene que ayudar a los obreros afectados.

sociológica confirma esas conexiones ideales: el derecho no puede afirmarse, más que cuando existen relaciones de propiedad un tanto equilibradas.

Con ello queda claro que también en el marco de la libre economía de mercado son necesarias ciertas intervenciones en la libertad en el terreno económico, así como en la propiedad privada. De aquí resultan precisamente los principios que justifican jurídicamente la expropiación.

Una expropiación puede ser necesaria porque un objeto se necesite para importantes fines de la comunidad - por ejemplo, un terreno para la construcción de una carretera. La expropiación está entonces justificada, pero, de acuerdo con los principios de la justicia distributiva, sólo a cambio de indemnización. Este es el caso de la llamada "expropiación clásica".

Una expropiación o cualquier otra intervención en la propiedad puede ser empero también necesaria - como queda dicho - desde el punto de vista de la justicia social y protectora. En este caso está también justificada: un ejemplo sería la disolución de un cártel. En general, deberá realizarse con indemnización, con excepción de los casos en que haya habido una inadmisiblemente lesión de los derechos de otros - muy en especial, explotación por aprovechamiento del poder -.

57

1520

05

## PARTE TERCERA

## EL DERECHO POSITIVO Y LA CIENCIA DEL DERECHO

## CAPÍTULO VII

## EL DERECHO POSITIVO Y SU VIGENCIA

## I

1. El derecho positivo es el orden social(1) vigente en un grupo social concreto. Es un fenómeno histórico. Está vinculado a un determinado momento histórico por lo que hace a su origen, a una determinada fase histórica por lo que hace a su duración, y a un determinado grupo individual (estado, pueblo, contratantes) para los cuales es vigente. No es inmutable, sino mutable como todo lo que pertenece a la historia; no es eterno, sino que dura algún tiempo, como toda creación histórica del hombre. Posee la individualidad y el carácter único de los fenómenos históricos. Es puesto en un momento determinado y para un grupo determinado. Todo ello le contrapone al derecho natural, que es una conexión fáctica y esencial de la naturaleza supratemporal y reconocible, pero no producible, por el hombre.(2) El derecho de que ahora hablamos es positivo en el sentido de que se nos da como fenómeno histórico.

El derecho positivo vale dentro de un determinado grupo. Es la cristalización de su voluntad. Pero puede tratarse también de grupos que no constituyan precisamente una asociación estatal. No sólo el derecho estatal es derecho positivo. También el derecho de las comunidades eclesiásticas lo es, y el

(1) No una suma de decisiones judiciales. Así Isay, *Rechtsnorm*, etc., § 29. Las decisiones judiciales (en la medida en que son decisiones jurídicas) están vinculadas a dicho orden previamente dado. Este orden es el derecho.

(2) Por eso es, desde el punto de vista del derecho positivo, un "hecho prejurídico"; cf. Husserl, *Rechtsbegriff*, etc., pp. 9-10.

derecho internacional puesto explícitamente por la comunidad internacional o seguido de hecho como costumbre. También pueden, además, "poner" derecho determinadas asociaciones que viven en el seno de la estatal. A ello se añade el derecho que se va autoconstituyendo en la vida social. Por lo demás, la cuestión del reconocimiento de estos derechos de grupos menores por la comunidad estatal como derecho reconocido, aducible ante los tribunales, desempeña siempre un papel decisivo en el seno de la asociación estatal, a causa de la destacada importancia de esta última. El problema, de todos modos, no debe llevar a ignorar el carácter originario, por así decirlo, del derecho de esas entidades. El derecho estatalmente puesto experimenta constantemente una recepción de ese derecho de formación atribuible a la sociedad misma.(3) Un caso límite de la posición de derecho es el contrato. En este caso el "grupo" que pone el derecho se reduce a los dos (o algunos más) contratantes. La comunidad que pone el derecho y las partes afectadas por él coinciden totalmente. Ello no obstante, el derecho contractual, la *lex contractus*, es auténtico derecho, incluso cuando no se encuentra bajo la protección de una comunidad jurídica que abarque a las partes, caso este último que no es común en el contrato jurídico-privado, pactado normalmente sobre la base de una libertad contractual previamente establecida. Este punto será ulteriormente discutido al hablar de las fuentes del derecho.(4)

El derecho positivo es posición de voluntad. Es sin duda también ser ideal;(5) pero su vigencia no descansa, como la de un mandamiento o sentencia moral, en la existencia de valores morales, sino en la superior voluntad del grupo del cual es posición. La cuestión de su validez requiere, pues, ulterior estudio.

Ante todo hay que determinar precisamente el concepto de validez del derecho. El concepto puede ser usado con diversos sentidos. La expresión "valer" o "ser vigente" puede significar por de pronto lo mismo que "ser derecho positivo", ser decisivo *hic et nunc*. Tal es la significación específicamente jurídica del término "valer". ¿Nos preguntamos qué es en este caso y para este caso "derecho válido"? ¿Entendemos entonces que nos interesa saber cuál es la norma

(3) Sobre el origen de la doctrina según la cual el estado debe considerarse única fuente de derecho, cf. Ehrlich, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 115, pp. 225 y siguientes.

(4) Cf. *infra*, p. 242.

(5) Cf. *supra*, cap. II.

positiva que regula el caso en presencia? ¿Cuál es la norma por la cual debemos orientarnos? Esta interpretación puede ser discutible. Piénsese en la complejidad del problema que se suscitó ante la cuestión de la vigencia del derecho alemán tras la derrota de 1945. Lo decisivo es siempre en esta problemática el derecho positivo mismo. La expresión "vigencia jurídica" coincide, pues, semánticamente, con la expresión "pretensión de vincular como norma puesta (de derecho)", o "pretensión de obligar a los pertenecientes a un determinado grupo". Este rasgo, en cualquiera de sus formulaciones, es característico de la esencia del derecho como orden vinculatorio que obliga a los que le están sometidos. Con razón ha caracterizado Husserl la validez jurídica, la vigencia, como característica ontológica, como forma de ser del derecho positivo. Hay derecho en la medida en que vige, es decir, en la medida en que supone la exigencia de obligar a la voluntad humana. Derecho es norma. (6) Esta pretensión, como ha subrayado justamente Riezler, (7) supone validez incondicionada y plena. El derecho quiere valer sin excepciones en su ámbito. (8)

En otro sentido "valer" significa tanto como estar impuesto, ser fácticamente respetado. Aquí no se trata pues de la pretensión de vinculación, sino de la realización práctica de la misma, de la obediencia real a la norma jurídica. Esta significación de la expresión "validez del derecho" es, pues, sociológica; se aplica a un comportamiento social, a un hecho social. (9)

La distinción tiene también relevancia, como es de suponer, cuando se buscan las causas de la validez del derecho. Las respuestas tienen que ser diversas según se parta del concepto jurídico de vigencia o del concepto sociológico. La vigencia positiva del derecho en sentido jurídico depende de que una proposición jurídica haya sido puesta como válida por un acto histórico determinado. El problema se presenta, en este caso, como problema del origen del derecho positivo, o problema de las fuentes del derecho. Las causas de la vigencia del derecho en sentido sociológico no pueden en cambio aclararse, como es natural, sino mediante la investigación sociológica o psicosociológica, ya que se trata de la explicación de un hecho social. A continuación nos

(6) Cf. Husserl, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, pp. 6 y ss.

(7) *Festgabe für Wenger*, I, 43.

(8) Riezler concibe esta pretensión como contenido de la idea del derecho.

(9) Cf. sobre esta contraposición Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1a. ed., pp. 159 y siguientes.

interesaremos más detalladamente por ambas cuestiones.

Por último, la cuestión de los fundamentos de la vigencia del derecho puede plantearse también de un modo metafísico. En este caso lo que se pregunta es por qué es necesaria la vigencia del derecho *sub specie aeternitatis*, es decir, el tema de la pregunta es el sentido del derecho en general en el desarrollo del mundo. En esta formulación el problema rebasa los límites de las posibilidades del conocimiento científico. Volveré a referirme a ella en la observación final. La dogmática cristiana ha visto la respuesta a esta cuestión en la "Gracia sustentadora" divina, la cual ha dejado al mundo después del pecado original, y a pesar de él ciertas fuerzas sustentadoras para preservarlo del caos. (10)

2. La doctrina de las fuentes del derecho trata de las formas en las que puede constituirse derecho positivo. No puede naturalmente darse una teoría apriorica y universalmente válida de las fuentes formales del derecho positivo. Ello se debe a la naturaleza de la cosa. Como todo derecho positivo es fenómeno histórico, la consideración general tiene que limitarse a una descripción clasificatoria de las formas típicas más importantes que se dan en la vida histórica. Sólo sobre la base de un determinado sistema jurídico-positivo puede darse una doctrina conclusiva de las fuentes del derecho. En este caso es el derecho positivo mismo el que precisa cómo puede originarse derecho nuevo. Así puedo, por ejemplo, decir qué fuentes de derecho había en Alemania bajo la República de Weimar. Pero en general, aparte de todo orden concreto de derecho positivo, no puede ofrecerse más que una tipología histórica. (11).

Fuente material del derecho es ante todo la conciencia jurídica, junto con el conocimiento de la naturaleza de la cosa y las diversas consideraciones dimanantes de ese conocimiento y que dan lugar a la posición de derecho. Fuentes formales del derecho son las formas históricas según las cuales la convicción jurídica y aquellas otras consideraciones cobran la precisa forma de reglas positivas del orden en el seno de un grupo social. La "naturaleza de la cosa" se hace notar aquí también, en el sentido de que ciertos tipos históricos principales de formación del derecho - legislación, derecho consuetudinario, derecho jurisprudencial - que se encuentran siempre en una forma u otra (a veces muy disimulada).

(10) Cf. en general Troeltsch, *Historische Zeitschrift*, 106, p. 251. Para el calvinismo, Bohatec, *Calvin und das Recht*, p. 23; y *Opera* de Calvino, 2.211.

(11) Así, con razón, Somló, *Juristische Grundlehre*, pp. 347 y ss.



520 051

a) En este sentido pueden distinguirse ante todo dos tipos de fuentes formales del derecho: el *derecho consuetudinario* y la *posición explícita del derecho*.<sup>(12)</sup> El derecho consuetudinario es la forma primitiva del derecho. En ella, la voluntad jurídica y la convicción jurídica de la comunidad se manifiestan inmediatamente en su comportamiento, en la costumbre jurídica y en el uso.<sup>(13)</sup> Determinados límites se respetan desde tiempos inmemoriales, determinados caminos se han usado siempre, desde que hay memoria en el grupo, etc. Se respetan determinados modos de proceder en la distribución de tierras, en la celebración de elecciones, en la celebración de sesiones judiciales. Hay fórmulas de juramento que son de tradición inmemorial. En el tráfico mercantil se respetan antiguas costumbres. Si tras esas costumbres existe la idea de su necesidad jurídica, la idea de que así tiene que ser en derecho, la llamada *opinio necessitatis*, entonces estamos en presencia de derecho consuetudinario. El grupo vive directamente lo que quiere. Observando su comportamiento puede inferirse su condición jurídica; la costumbre le da expresión. Pero lo propiamente vinculatorio es la convicción jurídica.<sup>(14)</sup> El orden de la comunidad puede inferirse del comportamiento de sus miembros, el cual corresponde al orden. Nos encontramos también en presencia de derecho consuetudinario cuando la comunidad acepta una determinada estructuración de las cosas, cuando esta actitud es por lo menos expresión de que la comunidad jurídica considera legítimo ese estado de cosas.

El derecho consuetudinario es naturalmente una fuente de derecho insegura. Su contenido es difícil de precisar cuando no se trata de cuestiones muy concretas, como la utilización de un camino, el trato de mercancías defectuosas, etc. Por ello va desapareciendo con el progreso de la cultura. Cuando en ese proceso no se llega a la posición explícita del derecho por órganos de la comunidad jurídica, aparecen a menudo escritos y anotaciones privadas en lugar de la costumbre inmediata. Característico es a este respecto el papel de los libros jurídicos privados, como el Espejo de Sajonia, en el derecho de fines de la Edad

(12) Somló, *Juristische Grundlehre*, p. 350.

(13) En esa inmediatez se basa con razón Puchta, I, 148, igual que Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, 14 y s., 34 y s.

(14) Esto fue pasado por alto por la teoría jurídica de fines del siglo XIX, para la cual la costumbre misma es lo decisivo. Característico: Zitelmann, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 66. - Correctamente: Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 236.

Media. El Espejo de Sajonia tuvo prácticamente el papel de ley. También la judicatura puede asumir esa función de consolidación del derecho. En este caso tiene lugar la constitución de un derecho judicial o jurisprudencial, del que en seguida hablaremos con más detalle.

Desde el punto de vista de la corrección ética del derecho, el derecho consuetudinario tiene que suscitar cierta preocupación. Como el hombre tiende a considerar justo lo que - según su recuerdo - ha existido siempre, está especialmente inclinado a imponer a instituciones sociales muy discutibles el sello permanente de lo permitido u ordenado jurídicamente. Por otra parte, esa tendencia - y el derecho consuetudinario con ella - tiene la benéfica acción de dar al orden existente el carácter de lo necesario y legítimo incluso en cuestiones en las que no puede reconocerse una solución jurídico-natural. En su libro sobre el poder político, el historiador Ferrero ha mostrado la decisiva importancia de este hecho para la vida política en general.<sup>(15)</sup>

Pero sería erróneo no ver en el derecho consuetudinario más que la expresión de una habituación,<sup>(16)</sup> reduciendo la *opinio necessitatis* decisiva en él a la inclinación de considerar bueno y justo lo habitual. Esa *opinio* puede perfectamente estar fundada directamente en convicciones morales. Piénsese en la validez consuetudinaria de normas sobre el trato a los prisioneros políticos, basadas en determinadas intelecciones morales.

b) En todas las formas de posición explícita del derecho, son proposiciones jurídicas las que explícitamente definen lo que es derecho. Entre las formas de posición explícita y puesta en vigor del derecho destacan históricamente desde el principio dos especiales: la posición por medio de órganos de la comunidad jurídica<sup>(17)</sup> y la fijación o determinación por contrato. El derecho concertado por las partes se encuentra situado en paralelo con el determinado e impuesto por el soberano o por la asamblea popular. Incluso en el terreno penal, en el seno del grupo se encuentra junto al derecho penal público, basado en posición y relacionado la mayoría de las veces con la idea de purificación religiosa de la

(15) Ferrero, *Macht*, vol. II, Berna, 1944.

(16) Así, por ejemplo, Zitelmann, *Archiv für die zivilistische Praxis*, p. 66.

(17) La expresión "órganos de la comunidad" no debe hacer pensar que esos órganos obren siempre por mandato y en interés de la comunidad. Desde el punto de vista sociológico, se trató más bien a menudo de meras posiciones de fuerza. Su cualidad orgánica se basa exclusivamente en el hecho de que la comunidad jurídica acabó por admitir sus regulaciones.

comunidad, la compensación contractual que sustituyó a la idea de venganza directa y la obligación privada. En cambio, en las relaciones externas del grupo no debió de haber en el origen más que derecho pactado. Incluso las fundaciones estatales de que tenemos noticia de han realizado de una de esas dos formas: unas por la posición de derecho impuesta por una comunidad conquistadora, otras por acuerdo pactado entre varias familias (en sentido lato: *Sippen*) o tribus para constituir una entidad de tipo federativo.

La forma más importante de posición del derecho por órganos especializados es la ley. No puede decidirse en general nada acerca de quién debe determinar lo que es ley. Es la constitución de cada grupo la que lo precisa. En el derecho estatal puede tratarse de un soberano, una asamblea popular, determinados órganos representativos, como el parlamento. Lo característico es que en la ley estatal la regulación procede siempre del lugar - o es sancionada al menos por la instancia - titular de la capacidad de decisión política. La ley es la proposición jurídica general y positiva que procede del supremo poder político del estado. El concepto de ley es, pues, puramente formal. (18)

c) Pero junto a los titulares del poder supremo hay otros órganos creadores de derecho. Los clásicos de la ciencia jurídica alemana, especialmente Savigny y Puchta, han enseñado que junto al derecho consuetudinario y al derecho legal existe una tercera fuente del derecho representada también por órganos que actúan para la comunidad: el "derecho de los juristas" o "derecho científico". (19) Estos autores partían del hecho de que el derecho consuetudinario, como convicción jurídica directamente manifestada por la nación, va perdiendo importancia a medida que progresa la civilización y se complican las circunstancias de la vida social. En su lugar se presenta, según ellos, cada vez con más relieve, la actividad de los juristas. A ellos compete entonces la tarea de elaboración del derecho, de constitución de normas más allá del derecho positivo existente y en la medida en que no intervenga la legislación o sea, sin embargo, necesaria aquella progresiva elaboración jurídica. El derecho de los juristas se manifestaría en las convicciones comunes de la ciencia (la llamada *communis opinio doctorum*) y en su aplicación por los tribunales (*usus fori*). En este sentido los juristas serían los representantes de la nación.

(18) Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 9.

(19) Cf. Savigny, *System*, I, § 14; Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, 161 y siguientes.

El modelo histórico de esta doctrina era la constitución jurídica existente en el Imperio romano desde el siglo III después de Jesucristo y tal como se había restablecido análogamente luego de la recepción. (20) En vista de la insuficiencia del derecho positivo, los tribunales romanos habían juzgado según los escritos de los juristas clásicos. En los países que experimentaron la recepción, el *Corpus Iuris* no era sin más aplicable en su contenido a las muy diversas circunstancias sociales; por ello cobró suma importancia para el uso judicial la doctrina científica, que había procedido a la necesaria adaptación. Durante siglos estuvieron Bartolo y los glosadores casi a la altura misma de la ley.

Con la victoria del positivismo la doctrina perdió capacidad de convicción; el positivismo consideraba la ley como expresión de la voluntad del estado, como la fuente del derecho, sin más. Las ideas de Savigny gozaron luego de cierta revitalización por la escuela del derecho libre. Ésta contraponía al derecho legal el derecho de los juristas como "derecho no estatalmente" conseguido, como derecho libremente desarrollado a partir de la creadora práctica jurídica y de la ciencia. (21) Pero la escuela no se ha impuesto en Alemania. (22) Solo el derecho judicial, la jurisprudencia permanente, es reconocida como derecho consuetudinario. (23)

También en los países de derecho angloamericano el *derecho judicial* es fuente reconocida (aunque, como es natural, también con la simple categoría de derecho consuetudinario). La actitud se basa en la *force of decided cases*, en el principio *stare decisis*. Según éste, los principios en que se basan las decisiones tomadas, las llamadas *rationes decidendi*, son vinculatorias para todos los tribunales - siempre que se trate de las decisiones de determinados altos tribunales - Pero los *obiter dicta* no tienen esa importancia vinculante más que para el caso particular. (24) Nada análogo se encuentra en el continente europeo; tampoco la jurisprudencia de los tribunales supremos es vinculatoria para los tribunales subordinados, ni reconocida como fuente propia de derecho sino - a lo sumo - en la medida en que se ha incorporado realmente a la costumbre jurídica.

(20) Cf. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, pp. 162-163.

(21) Cf. por ejemplo Ehrlich, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 115, pp. 206 y siguientes.

(22) Cf. la doctrina dominante en Enneccerus-Nipperdey, parte general, § 39 II. Correctamente en contra Isay, *Rechtsnorm*, etc., pp. 240, 246.

(23) Cf. Enneccerus-Nipperdey, § 39, I, 1.

(24) Cf. por ejemplo A. B. Schwarz en *Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen*, ed. por M. Wolff y otros, pp. 15 y ss., 22 y ss.

No hay duda ninguna de que el derecho de los juristas, las más destacadas producciones de la ciencia del derecho y la jurisprudencia de los tribunales, puede ser fuente de derecho, y puede ser considerado como *tipo histórico* de fuente del derecho. Así lo prueban la constitución jurídica inglesa y las situaciones históricas que sirvieron de modelo a Savigny y a Puchta. Lo único discutible es si esa doctrina puede también aplicarse a la situación de la Europa continental de hoy, y especialmente a la alemana. Mi opinión personal es que sí, que también puede aplicarse. En su núcleo, la teoría expresa un fenómeno de la vida jurídica que corresponde a la naturaleza de la cosa y que, por lo tanto, se presenta con mayor o menor peso en toda estructura o constitución jurídica desarrollada. La opinión según la cual el derecho de los juristas no es fuente de derecho, se basa en una idea exagerada de la capacidad de rendimiento, eficacia e importancia del legislador estatal y en una bizantina concepción de la doctrina de la división de poderes, según la cual el juez debe limitarse a aplicar las leyes, sin derecho a completarlas. Es, pues, una opinión que presupone la ausencia de lagunas y la unidad del derecho legalmente puesto. (25) Pero esa suposición no corresponde a la realidad. No hay ley sin lagunas; no hay legislador que pueda tomar y poner normas decisorias de todo caso particular. La concepción estricta de la vinculación del juez por la ley no tiene importancia más que en el terreno penal, es a causa del principio *nulla poena sine lege*. Por ello es de la naturaleza de la cosa y fenómeno objetivamente ineliminable de la vida jurídica el que, con apoyo en la ley y, acaso también en el derecho consuetudinario, surjan principios jurídicos propiamente desarrollados por los juristas en la ciencia y en la práctica, y aceptados por la práctica judicial, notarial y del negocio en general. Es erróneo concebir esos principios jurídicos como consuetudinarios, pues en primer lugar no proceden directa, fenoménicamente, del comportamiento jurídico del pueblo, sino que han sido desarrollados por órganos de la comunidad y por los portadores o titulares de la cultura jurídica de ésta, y, en segundo lugar, porque se formulan y transmiten explícitamente como principios jurídicos, y son por lo tanto derecho "explícito". Se trata básicamente y ante todo de un fenómeno de la vida jurídica esencialmente diverso del de derecho consuetudinario, pues éste se caracteriza por la circunstancia de manifestarse en el comportamiento

(25) Cf. la acertada exposición de Enrich, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 115, pp. 127, *passim*.

inmediato de los miembros de la comunidad jurídica. En cambio, en el derecho de los juristas lo que se manifiesta es una abstracta formulación por especialistas. La denominación de "derecho consuetudinario" para esa creación abstracta disimula vergonzosamente la real posición de poder (inevitable) de los juristas, especialmente de los tribunales; la disimulación consiste en presentar el derecho creado por este estamento como derecho del pueblo en su totalidad, creado por la comunidad. No lo es. Es una creación jurídica de tipo propio. La teoría de las fuentes del derecho debería decidirse a tenerlo en cuenta, pues su tarea consiste en determinar empíricamente cómo surge el derecho positivo. El único elemento de derecho consuetudinario que hay en el derecho de los juristas es el reconocimiento del poder creador de derecho de los juristas por la comunidad jurídica. Por encima de todo derecho legalmente puesto, la comunidad ha reconocido la actividad de los tribunales y de la ciencia jurídica, y les ha dado así el poder y la atribución correspondientes a esa actividad. Pero no por ello pasa a ser el derecho judicial derecho consuetudinario en el sentido estricto y propio de este concepto. (26)

Por ello debemos reconocer el derecho de los juristas como fuente de derecho también en la actual situación jurídica alemana. (27) Este derecho comprende en primer lugar todas aquellas proposiciones jurídicas que la jurisprudencia ha reconocido permanentemente ("jurisprudencia constante"). Pero incluye además - aunque la tarea propia de la ciencia jurídica sea la preparación de la decisión judicial - aquellos principios aceptados por la opinión dominante en la ciencia, aunque no se hayan beneficiado todavía de confirmación por jurisprudencia constante (y siempre que no hayan sido rechazados en la práctica jurídica y judicial en especial); (28) pues estos principios expresan la común convicción jurídica de la ciencia del derecho. Propositiones de este tipo se presentarán con poca frecuencia. Pero si existen tales principios para un caso aún no decidido, si ellos son la única norma decisoria existente para ese caso, deben considerarse como norma jurídica válida, puesto que determinan lo que es justo.

(26) En el fondo, la existencia del derecho de los juristas es un interesante ejemplo del hecho de que la naturaleza de la cosa se impone incluso contra el explícito derecho constitucional.

(27) También es un reconocimiento del derecho de los juristas lo que hace C. Schmitt cuando convierte en criterio de la corrección de las decisiones judiciales la opinión "del tipo empírico del moderno jurista científico" (*Gesetz und Urteil*, p. 71).

(28) En este caso no existiría convicción jurídica.

Hay que destacar que existen para el derecho de los juristas principios especiales respecto de su validez(29) y respecto de su supresión o superación. Una jurisprudencia constante puede ser modificada por los tribunales - acaso teniendo en cuenta los principios previstos para el caso - y una opinión dominante en la ciencia puede ser superada; ambos son síntomas del hecho de que ha dejado de existir la convicción jurídica que expresaban. Con ello pierde su validez la proposición jurídica correspondiente.

Todas las formas de posición explícita del derecho por órganos de una comunidad se caracterizan por la circunstancia de que la competencia de dichos órganos tiene que estar reconocida por la estructura o constitución jurídica de la comunidad en cuestión. El reconocimiento puede tener sin duda lugar también por la vía jurídico-consuetudinaria, pues la estructura o constitución jurídica de una comunidad puede perfectamente basarse en el derecho consuetudinario. Tal es probablemente el caso en la cuestión de la competencia de los tribunales. La circunstancia es esencial para la discusión - que haremos posteriormente - del problema de la vigencia sociológica del derecho; al reconocimiento de los principios jurídicos como tales hay que añadir aquí el reconocimiento del órgano correspondiente como competente para poner derecho.

Común es también a todas las formas de posición del derecho mediante órganos el que sólo puedan ser derecho las decisiones públicamente proclamadas de esos órganos.(30) La misma exigencia hay que poner al ejercicio en el que se manifiesta el derecho consuetudinario.(31) Este principio se basa en la naturaleza de la cosa. El derecho es un asunto público; vincula al grupo entero.(32) Por ello no puede ser derecho un decreto secreto o una decisión que no se hace pública.(33)

(29) Cf. Isay, *loc. cit.*, pp. 254, 248-249.

(30) Cf. Otto Mayer, *Verwaltungsrecht*, 3a. ed., I, p. 43. - En el mismo libro se encontrarán datos históricos sobre la exigencia de publicidad.

(31) Injustamente recusada por Puchta, contra las opiniones más antiguas. Cf. *Gewohnheitsrecht*, II, pp. 41 y ss., especialmente p. 48.

(32) Sobre la - divergente - teoría de M. E. Mayer, cf. *infra*, p. 245.

(33) La cuestión se hizo aguda con ocasión de la disposición secreta del *Führer*, de 3 de septiembre de 1939, sobre la administración de la muerte a los enfermos mentales. Con razón se ha negado (luego de la guerra) el OLG [Tribunal superior territorial] de Hesse a reconocerla como derecho. Cf. la sentencia SJZ, 47, pp. 621 y ss.; también LG [Tribunal territorial] de Verden, SJZ, 47, 89; y mi trabajo en la misma SJZ, 47, 64.

d) La *posición de derecho* por contrato se diferencia de esas otras formas de establecimiento del derecho por la circunstancia de que los participantes mismos determinan mediante una concordante declaración de voluntad lo que entre ellos ha de valer como derecho. Se trata, pues, de la fuente jurídica de la situación de coordinación. La regulación así determinada no vale en principio más que *inter partes*. Por ello no se da en el derecho contractual ninguna imposición ni formulación de principios jurídicos. Las partes determinan autónomamente lo que debe ser vigente entre ellas. Por eso también el acuerdo de voluntades es el fundamento del contrato. Ya hemos aludido al hecho de que precisamente por presentar esas cualidades, el derecho contractual es la categoría jurídica preferida por aquellos pensadores que parten de la libertad y la autonomía como los valores decisivos del derecho. No es en cambio necesario que el contrato se refiera exclusivamente a un asunto concreto y determinado. Puede también crear una regulación general para varios hechos indeterminados; piénsese en los tratados - contratos - internacionales.

No puede precisarse en términos generales el momento en el cual concluye el proceso de formación del derecho a partir de cada una de sus fuentes, esto es, el momento en que el derecho entra en vigencia; todo depende en cada caso de la determinada estructura jurídica en consideración. Las constituciones modernas suelen establecer reglas precisas al respecto, las cuales determinan cuándo es ley una ley. Previo a ese momento, lo que existe es en realidad un proyecto de ley, y no una ley. Análogamente ocurre con los contratos. También en ellos suele estar claramente diferenciada la fase del proyecto de contrato, o fase de negociación, de la fase de la perfección que hace eficaz el contrato. Pero el momento mismo de la perfección, la regulación concreta del perfeccionamiento del contrato, presenta en la historia gran diversidad. Puede ser el uso de formas vinculatorias, puede ser el acto notarial, puede ser el mero establecimiento del pleno acuerdo de voluntades.

3. a) A la pregunta sobre el fundamento de la vigencia sociológica del derecho da una primera respuesta la *teoría del reconocimiento*. Bierling(34) fue el primero en desarrollarla extensamente, en contradicción con las anteriores concepciones del fundamento teocrático, social-contractual o de poder de la

(34) *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1a. parte, Gotha, 1877.

60

520 05

vigencia del derecho. Según esta teoría el derecho tiene vigencia porque los miembros de la comunidad jurídica lo reconocen como vinculatorio para ellos mismos. Este reconocimiento no está, naturalmente, pensando como acto explícito de adhesión positiva. Bierling lo entiende así más bien como "un comportamiento habitual y permanente respecto de los principios de que se trate".(35) Su concepción se basa en la observación de que sin un tal reconocimiento es imposible la vigencia fáctica del derecho. También subraya acertadamente que el reconocimiento es tan necesario para las normas jurídicas llamadas a la posición de poder y la autoridad social de los órganos que la coacción no es el único fundamento de la vigencia.(36) El poder es inimaginable sin el reconocimiento por parte de la mayoría de los miembros de la comunidad jurídica.(37) Ciertamente que - como ha señalado acertadamente Radbruch -(38) esto no significa sino condicionalmente una dependencia de la posición de poder respecto de la voluntad de sus sometidos. El reconocimiento en el sentido de Bierling es más bien una aceptación pasiva; producir ese reconocimiento es hoy día muy fácil para un gobierno, gracias a la técnica, incluso en casos en los que no habría sido posible originariamente conseguir una adhesión libre y reflexiva. La legitimación democrática del derecho y del poder que alienta en la teoría del reconocimiento queda así limitada en el sentido de la observación de Carl Schmitt, según la cual en la democracia es soberano aquel que puede identificarse sin contradicciones con el pueblo.(39) Pero con esta limitación - ya vista por el propio Bierling - la teoría del reconocimiento sigue siendo correcta.

¿De quién tiene que proceder ese reconocimiento? En su agudo libro sobre *Normas jurídicas y normas culturales*, M. E. Mayer ha desarrollado la concepción según la cual el derecho se dirige exclusivamente a las instituciones de la Administración; sólo los órganos del estado son según esto destinatarios de las normas. Ello significaría que sólo tales instancias - oficinas, tribunales,

(35) *Op. cit.*, p. 82.

(36) *Ibid.*, pp. 141 y ss.

(37) *Ibid.*, pp. 50 y ss.

(38) *Rechtsphilosophie*, p. 166.

(39) *Politische Theologie*, 1934, p. 16.



organismos administrativos - deben tomarse en consideración desde el punto de vista del reconocimiento (con otras palabras: que son los únicos reconocedores necesarios del derecho). Debe rechazarse la teoría de Mayer. Esa teoría surgió en una situación muy determinada de la ciencia jurídica - la situación provocada por la teoría normativa de Binding,(40) y parte unilateralmente del derecho penal - Ya la aplicación al derecho privado muestra su falsedad; pues el derecho privado contiene regulaciones materiales realizadas por los ciudadanos mismos. Acertada es en cambio la observación que subyace a la teoría de Mayer, a saber, que lo único vivo en la conciencia jurídica son los principios, y no los detalles. Destinatarios del derecho son, *pues*, todos los miembros de la comunidad jurídica, y de su totalidad - es decir, de su gran mayoría - tiene que partir el reconocimiento que fundamenta la vigencia sociológica del derecho.

Objeto del reconocimiento son por una parte las normas jurídicas y, por otra, la competencia de los órganos que ponen el derecho: soberano, parlamento, jueces, etc. Hay que distinguir entre ambas cosas. El que se retire a un órgano el reconocimiento de que disfrutaba no significa sino más que se sustraiga también a las leyes promulgadas por ese órgano hasta entonces.

La revolución de 1918 no afectó a la validez del derecho civil, aunque derrocó los órganos que lo habían promulgado. Una vez en vigor, las normas jurídicas tienen su propio fundamento de validez. Esto es lo que pasa por alto todas las teorías que derivan exclusivamente la autoridad de las leyes de la autoridad del gobierno que las ha promulgado o de la constitución bajo la cual han sido promulgadas. Esta derivación no está justificada sociológicamente ni desde el punto de vista jurídico-teórico. El derecho llegado a vigencia la tiene jurídicamente por la fuerza del acto que puso el derecho; pero tiene además ya una autoridad propia; es sociológicamente válido porque está reconocido según su propio contenido. Ya no se trata del reconocimiento de los órganos que lo promulgaron.

Si se le sustrae el reconocimiento, la proposición jurídica deja de ser sociológicamente vigente. En este punto se aprecia cierta retroacción de la

(40) Binding veía en las normas, en las proposiciones prohibitivas subyacentes a las determinaciones penales (por ejemplo: la proposición "no robarás") verdaderos principios jurídicos. Mayer probó convincentemente que no son principios jurídicos, sino normas culturales, es decir, proposiciones vivas en la conciencia general de una cultura. Exagerando entonces un poco su oposición a Binding, afirmó que las leyes penales se dirigen exclusivamente a los jueces penales.

vigencia sociológica sobre la jurídica. Si, en efecto, se niega duraderamente el reconocimiento a una proposición jurídicamente válida, acaba por no poder ser considerada vigente ni siquiera desde el punto de vista jurídico puro. La convicción jurídica de la comunidad, fuente material última de todo derecho, ha pasado por encima de la proposición en cuestión. Esto se expresa tradicionalmente en la fórmula de que todo derecho positivo puede ser derogado por el derecho consuetudinario. El derecho consuetudinario no es más que posición de derecho por un comportamiento sociológicamente identificable. Por él, el comportamiento fáctico se hace el derecho como expresión de una convicción jurídica. Por eso la permanente o duradera falta de reconocimiento puede dar lugar a la derogación de una disposición jurídicamente válida. Vigencia jurídica y vigencia sociológica no pueden, pues, separarse a rajatabla; la vigencia jurídica depende en última instancia de la sociológica. Así se manifiesta el origen material del derecho en la convicción jurídica de la comunidad.

Partiendo de esta base hay que interpretar un fenómeno que siempre ha sido inquietante para los juristas: la revolución. En una revolución los titulares del poder reconocidos hasta el momento en una comunidad son desplazados por otros. La comunidad jurídica recibe nuevos órganos capaces de poner derecho.

En la revolución pues - y esto es lo primero que hay que subrayar - se retira el reconocimiento no al orden jurídico como todo, sino antes que nada a los *órganos* que hasta el momento ponían el derecho.(41) Por lo que hace al orden jurídico mismo, sólo partes de él quedan generalmente afectadas - y, como es natural, sobre todo el derecho político de la organización -. La frase de Otto Mayer según la cual "la constitución perece, pero el derecho constitucional sobrevive" tiene también importancia en este sentido general. Sólo revoluciones de carácter acusadamente social, como por ejemplo la Revolución de Octubre rusa, se orientan contra todo el orden jurídico preexistente.

La sustracción del reconocimiento no se cumple con el éxito de los revolucionarios, sino por el hecho de que la comunidad jurídica reconozca ese éxito en el sentido de la teoría del reconocimiento. Sin ese reconocimiento, la revolución fracasa, carece de importancia jurídico-estatal.

(41) Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, p. 283

El fenómeno revolución hace patente la precaria situación del derecho positivo. Es un derecho que pertenece a la historia, y no al eterno mundo de los valores. Un golpe de fuerza puede eliminarlo (y también puede eliminar a un derecho consuetudinario, como, por ejemplo, la sucesión consuetudinaria monárquica, por la que queda reconocido el dominio de una familia) cuando la comunidad reconoce el golpe de fuerza. El resultado puede ser que nuevos titulares del poder pongan derecho en nombre de la comunidad y consigan reconocimiento. Trasímaco tiene razón cuando dice que el criminal inteligente se convierte en soberano y que entonces sus hechos no son ya crímenes.(42) No tiene sentido intentar negar este hecho.

Lo que en cambio es discutible es la cuestión de las consecuencias que haya que inferir de ello. Se podría, naturalmente, caer en el escepticismo. Pero también puede hacerse lo contrario. El hecho de la revolución y el del golpe de estado ponen de manifiesto que el derecho positivo, con todas sus organizaciones coactivas, no está firmemente fundado sino cuando en la comunidad jurídica - y, ante todo, entre los que poseen el poder, en las clases rectoras - dominan convicciones morales que refrenan sus deseos de poder. Todo derecho positivo depende en última instancia de la robustez de las convicciones morales del hombre, sólo en la medida y en el caso en que los hombres estén dominados por convicciones jurídicas suprapositivas está seguro y firmemente fundado el derecho positivo. El fenómeno revolución debería preservarnos de la tranquila satisfacción positivista, pues la revolución nos muestra que el derecho positivo no puede ni debe separarse de la ética, del derecho natural.

b La teoría del reconocimiento no contesta a la pregunta sobre el fundamento de la vigencia sociológica del derecho más que con una comprobación provisional. Tras ella se yergue la ulterior cuestión de cuál es el fundamento del reconocimiento del derecho, esto es, los motivos que mueven a la comunidad jurídica a reconocer el derecho. Franz Klein, el autor del célebre derecho procesal civil austríaco, ha dedicado a esta cuestión una investigación cuidadosa y metódica.(43) Klein ve el motivo decisivo - en la medida en que se trata del

(42) *Politeia*, I, 344.

(43) *Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung. Vorträge und Schriften zur Fortbildung des Rechts in der Juristen*, cuaderno núm. 1, Berlín, 1912.



520 05

hombre medio, de la masa - en la vinculación de la conciencia del hombre por la moral social, esto es, por los valores morales vivos en la concepción del grupo (nación) y deformados y reducidos por los intereses concretos.(44) Estas ideas morales, la moral de grupo, son según Klein los motivos por los cuales los miembros de la comunidad jurídica se someten al derecho. Como hemos visto, son también los motivos que determinan la conciencia jurídica.(45) La conciencia jurídica es pues el sostén del derecho, y está determinada por ideas valorativas morales y por el espíritu de grupo.

Si planteamos la misma cuestión a propósito del reconocimiento de la posición de poder de los órganos que ponen el derecho, la respuesta se encuentra en el llamado "principio de legitimidad". Hay en la historia diversos principios relativos a cómo debe ser conseguido el poder para ser reconocido: por ejemplo, el principio de legitimidad monárquico y el democrático. De ambos hemos hablado con ocasión de la discusión del orden estatal. También ellos están en conexión con generales ideas valorativas, religiosas y de concepción del mundo. También en ellos desempeña un papel decisivo el espíritu del grupo.

Se trata pues de fuerzas suprapositivas, metajurídicas: ellas son las que aseguran la vigencia real, fáctica, del derecho. El hecho queda especialmente de manifiesto en la vigencia del derecho contractualmente puesto. La historia de las formas del contrato nos muestra efectivamente que las fuerzas a las que principalmente se ha apelado para la protección del contrato fueron esencialmente fuerzas religiosas y morales. La conclusión del contrato se acompañaba con la entrega de símbolos personales destinados a dar al que los recibía un poder mágico sobre la persona del deudor; así era el caso, por ejemplo, en la tradición germánica.(46) Junto a esas formas mágicas encontramos el juramento como garantía del contrato; por él, el que jura se entrega él mismo a la venganza de los dioses invocados, en caso de que viole el juramento. Con el robustecimiento de la moralidad (primero vinculada al grupo, luego concebida como absoluta) destaca la vinculación ética; la regla *pacta sunt servanda* se basa ya sólo en la fidelidad moral. Claramente se refleja en esas formas la naturaleza de las fuerzas

(44) Cf. *op. cit.*, pp. 35-36; Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und...* p. 310.

(45) Cf. *supra*, cap. III.

(46) Cf. Planitz, *Germanische Rechtsgeschichte*, 3a. ed., p. 35.

en que se basa sociológicamente la vigencia del derecho. Y no es casual que esta claridad se consigna en la consideración del derecho contractual precisamente. Pues el contrato carece de la autoridad del grupo, que en cambio es propia de la ley pública; en el contrato se encuentran enfrentadas dos partes. Tal es especialmente el caso en los tratados internacionales. Por ello ha sido su ámbito, al principio, muy propicio al ceremonial religioso, y posteriormente al pensamiento jurídico-natural.

Resultado notable. La cuestión de los fundamentos de la vigencia jurídica del derecho nos llevó primero a las fuentes normales del mismo: ley, contrato, costumbre. Como manifestaciones históricas de una voluntad común y de una convicción común no eran tajantemente separables de la vigencia sociológica, del pensamiento por la comunidad. Pero el problema de la fundamentación de la vigencia sociológica nos lleva a las convicciones morales vivas en la conciencia jurídica. Si se tiene en cuenta que estas convicciones son, en última instancia, la concepción que un determinado pueblo y en un determinado tiempo se hace de la idea del derecho, aparece bajo una nueva luz la frase de Mitteis según la cual el derecho natural es el derecho propiamente dicho. En realidad, lo que sostiene al derecho positivo en su vigencia es el conjunto de las convicciones jurídicas; la fuerza de la idea del derecho en la conciencia del hombre procura al derecho positivo su vigencia(47) del mismo modo que, desde el punto de vista absoluto, el derecho positivo no puede tener vigencia más que por su contenido moral.

4. La discusión del tema de la vigencia del derecho nos pone ya en situación de aclarar la acción o influencia que tiene sobre la vigencia de una ley el hecho de que ésta sea contraria al derecho natural. Para hacerlo tomaremos el caso de una clara y explícita violación del derecho natural. La vigencia jurídica de una norma jurídica, la pretensión de ser vinculatoria en tanto que posición de voluntad promulgada en nombre de la comunidad, no queda, evidentemente afectada por tal violación; la norma sigue teniendo esa pretensión aunque contradiga a normas del derecho cultural. Pero contra la pretensión de la norma se yergue ahora contradicción partiendo de una capa superior de lo espiritual:

(47) Emge expresa seguramente en el fondo el mismo hecho en lenguaje neokantiano cuando declara al derecho positivo "norma mixta" cuya fuerza normativa descansa en parte en la determinación empírica. *Archiv für Rechts- und Wirtschafts-philosophie*, XVII, pp. 553, 555.

del reino de lo moral, del derecho natural; la pretensión de vigencia de la norma choca con la prohibición impuesta por una norma de más alto nivel. Ésta suprime su carácter vinculatorio de la conciencia del hombre moralmente vinculado. Éste debe obrar como si aquella no existiera. Tal norma no vincula. En último extremo, el individuo puede incluso pasar a la resistencia activa.

Lo dicho vale de todas las formas del derecho, incluyendo el consuetudinario. Tampoco la voluntad y la convicción de la comunidad pueden producir vinculación de la conciencia cuando son contrarias al derecho natural. Esto se sigue de la superioridad de los valores morales absolutos sobre el espíritu de grupo, y constituye por lo demás una antigua concepción jurídica, precisamente en el contexto del derecho consuetudinario. Según la doctrina de la "racionalidad" del derecho consuetudinario, doctrina procedente del derecho canónico y dominante también en el antiguo derecho común, no era reconocido como derecho consuetudinario lo que contradijera a la *ratio et veritas*. Prácticamente, *ratio et veritas* significaba sustancialmente los principios de la moral cristiana y del derecho de la Iglesia.(48) El positivismo ha abandonado también esta doctrina que expresaba la dependencia de la vigencia del derecho respecto de la concordancia con la moralidad.(49) Una doctrina del derecho que ha vuelto a tomar conciencia de esa dependencia tiene que volver a enlazar también con aquella doctrina.

No puede decirse en términos generales cuál de las dos normas se ha impuesto en la realidad histórica, si el derecho natural o el derecho positivo. Depende en cada caso de las diversas circunstancias de la gravedad de la conculcación, de la firmeza moral de los directamente interesados o afectados, de la posibilidad de resistencia, etc. Es, pues, una *quaestio facti* la de si la vigencia *sociológica* de una norma jurídica se encuentra amenazada por el hecho de ser contraria al derecho natural. Ello dependerá principalmente de que haya o no hombres dispuestos a luchar por el derecho.

(48) Cf. Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, pp. 184 y ss., donde estudia sobre todo los fundamentos históricos del principio. Puchta lo mantiene en una forma modificada, según la cual no puede tenerse por costumbre expresiva de una convicción jurídica aquella que contradiga a los mandamientos divinos o a las buenas costumbres, II, pp. 54-61. Recientemente se ha basado en esta doctrina Zweigert, *DRZ*, 48, p. 114. - La cuestión se ha agudizado otra vez por el problema de la validez del llamado matrimonio *post mortem*, que se ha intentado a veces fundamentar en el derecho consuetudinario. Cf. sobre este problema Küster, *SJZ*, 47, p. 663; Zweigert, *DRZ*, 48, p. 114.

(49) Todavía lo sostenía en forma muy debilitada Windscheid, *Pandekten*, 6a. ed., p. 48. En contra, Enneccerus-Nipperdey, parte general, 13a. ed., p. 113.

## II

El derecho positivo vincula a todos los miembros de la comunidad jurídica para la cual es válido,(50) y todos los órganos de esa comunidad tienen que aplicarlo. Pero de todos esos órganos hay uno especialmente vinculado por el derecho: el órgano judicial, el juez. Su posición respecto del derecho positivo merece por lo tanto consideración especial.

La filosofía del derecho formalista neokantiana ha negado, como era de esperar, esa posición especial del juez. Para ella el juez era destinatario de la norma y ejecutor de ella como cualquier otro funcionario y como cualquier otro miembro de la comunidad jurídica.(51) Pero en esa actitud se manifiesta simplemente otra vez la inquietante nivelización de todas las relaciones jurídicas a que da lugar esa consideración formalista que elimina como irrelevantes todos los momentos materiales o de contenido. Pues en realidad el juez tiene una posición muy especial respecto del derecho. No se limita a ejecutar los mandatos del derecho; es además propiamente el protector y curador del derecho, y ello en un sentido mucho más profundo de lo que sería la mera aplicación de determinaciones legales. Para el juez el derecho es el contenido - y no sólo el límite - de su actividad. Diversa es la situación de los funcionarios administrativos, apreciables por su actividad promotora de cultura, por la creación de buenos medios de comunicación o de útiles habitaciones,(52) pero no precisamente por la aplicación del derecho.(53) Según la hermosa expresión de Aristóteles, el juez es *dicatón emyicon*, el derecho vivo, la justicia animada.(54) La posición del juez puede aplicarse del mejor modo en base a la divisa de la Supreme Court americana: "Equal Justice under Law". El juez tiene que decidir con justicia casos particulares sobre la base de normas positivas generales.

Tres problemas se suscitan aquí:

1°. El problema de la relación de la norma jurídica con la decisión concreta particular. (¿Qué significa aplicar una norma jurídica?)

(50) Sobre la teoría discrepante de M. E. Mayer, cf. *supra*, p. 245.

(51) Cf. por ejemplo Somló, *Juristische Grundlehre*, p. 372.

(52) Cf. la plástica exposición de Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3, pp. 21-22.

(53) Husserl, *Recht und Welt*, p. 149, analiza muy detalladamente la especial posición del juez.

(54) *Ética Nicomaquea*, 1132.

62

520

05

2°. El problema de las lagunas del derecho. (¿Cómo se comporta la norma concreta respecto de la viva multiplicidad de la vida social?)

3°. El problema del derecho judicial de estimación. (¿Hasta qué punto puede decidir el juez contra la ley?)

a) Decidir jurídicamente un litigio significa dar a los litigantes un orden para las relaciones que son objeto de su litigio, orden que restablezca la paz, sea internamente justo y corresponda al derecho. Es de gran importancia determinar la esencia de la decisión judicial y su relación respecto del orden jurídico; posibilitarla y prepararla es la tarea de la ciencia jurídica. De su correcta comprensión depende, pues, también, la teoría de la ciencia jurídica en muy considerable medida.

En este punto se han presentado concepciones muy diversas. Aquí se reproduce en efecto la multiplicidad de interpretaciones de que ha sido objeto el derecho en general. (Cf. *supra*, nota de la p. 33). La doctrina más comúnmente representada aún en Alemania ve en la decisión judicial la simple aplicación del derecho objetivo, especialmente de la ley. Por ello la actividad del juez se concibe e primordialmente como subsunción lógica. El juez subsume los hechos, según sus características, bajo los conceptos generales del hecho jurídico hipotético (tipificado, etcétera), como el botánico sitúa y determina una planta en el sistema de Linneo, y luego aplica al caso individual la consecuencia jurídica puesta por la ley al hecho en cuestión. Se describe ese proceso también como "concretización" o "individualización" de la norma general de la ley en la sentencia judicial. Esta concepción ve, así, ante todo, en la actividad judicial, el elemento lógico y el elemento por lo tanto racional, y en el juez mismo el mero "servidor de la ley". La doctrina ha sido defendida con especial contundencia por la teoría jurídica de la ilustración europea. Ello se debió en parte a la ilimitada fe en el alcance de la razón humana y, por lo tanto, en el de la ley general, y en parte a una reacción jurídico-política contra la ilimitada arbitrariedad de los jueces, característica especialmente de la práctica jurídico-penal de los siglos XVII y XVIII. (55) De los objetivos de la Ilustración proceden las fórmulas básicas sobre la relación entre la ley y el juez que se encuentran en nuestras actuales leyes, cuando hablan de que el juez está "sometido a la ley".

(55) Así se aprecia con especial claridad en la obra de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*.

También el principio *nulla poena sine lege* descansa originariamente en esta concepción.

La jurisprudencia sistemática del siglo XIX ha concebido también en lo esencial la actividad del juez como una actividad lógica, aunque situándolo en una posición más libre respecto de la ley, al reconocer y promover la necesidad de una complementación mediante "construcción", esto es, mediante inferencias deducidas a partir del sistema positivo existente. (56)

El positivismo, a la inversa, subrayó aún con más vigor la circunstancia de que el juez está sometido a la ley; el positivismo ve en el juez el ejecutor de la ley, la cual debe precisamente aplicarse del modo más mecánico posible y con la menor intervención crítica posible. (57)

Frente a esta concepción se encuentra otra que ve en la decisión judicial, ante todo, no una actividad primariamente lógica, sino más bien un acto de voluntad basado en valoraciones y en objetivos prácticos, y, por lo tanto, determinado emocionalmente, a partir de la vida del sentimiento. Según esta teoría la fundamentación lógico-deductiva y jurídico-conceptual de la decisión no es más que un elemento externo añadido a la sentencia y que más bien disimula los verdaderos motivos - emocionales - del juez. El que, como juez, yo aplique un precepto analógicamente o restrictivamente no es cosa que pueda fundamentarse lógicamente, sino que se decide según consideraciones de utilidad y valoraciones morales. Desde el punto de vista de la historia de la cultura, y en términos generales, esta teoría está en relación con el gran descubrimiento del siglo XIX según el cual la acción y el pensamiento humanos están mucho más determinados por instintos y sentimientos que por consideraciones racionales, como había creído, por ejemplo, el siglo XVIII. El voluntarismo de Schopenhauer es característico de esta actitud del siglo XIX. En la doctrina del derecho se manifestó a fines del siglo y principios del actual con la llamada escuela del derecho libre principalmente.

La relación del juez con el derecho objetivo, con la ley, tenía que verse entonces bajo otra luz. Si la decisión judicial no es mera subsunción, sino acto de voluntad emocionalmente determinado y que ordena determinadas relaciones

(56) Cf. Windscheid, *Pandekten*, § 24; Sohn, *Institutionen*, 17a. ed., § 8.  
 (57) Característicamente: Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, p. 382.

sociales, hay que preguntarse entonces cómo puede estar vinculado a una norma un acto de esa naturaleza. Los autores de la escuela del derecho libre han probado detalladamente que en las reglas hermenéuticas tradicionales o en el método constructivo no se encuentran tales vinculaciones. (58)

Son, pues, necesarias otras formas de vinculación si no se quiere concebir la decisión del juez como absolutamente desvinculada. La escuela del derecho libre no ha pretendido desvincular totalmente al juez, por más que intentara ampliar en la medida de lo posible el ámbito de la libre decisión del mismo.

De todas las soluciones presentadas querría destacar dos: Heck comparó la posición del juez a la del jefe militar. También éste tiene que dar órdenes, esto es, tomar decisiones; pero no las toma libremente, sino dentro de la obediencia a las órdenes que le han sido impartidas a él mismo y a las intenciones del alto mando, que él conoce. El jefe militar obra, así, ejecutando con sentido las instrucciones recibidas. Del mismo modo tiene que ejecutar el juez con sentido, cuando decide el proceso, las intenciones del legislador contenidas en la ley. Como un buen oficial, tiene que descubrir cuál es el fin perseguido por el legislador, qué situación social querrá alcanzar éste, y luego debe tomar su decisión de tal modo que realice efectivamente los fines del legislador en el caso individual concreto. (59)

Isay, (60) en cambio, admitió que la decisión judicial típica surge por vía puramente intuitiva a partir del sentimiento jurídico del juez, y que sólo después se compara con la ley y se fundamenta en ella. Esta comparación tiene en primer término el sentido de un examen o control de la decisión que, en sí misma, ha sido tomada intuitivamente; además, sirve para presentar luego la decisión como universalmente válida. (61)

En este supuesto se niega, pues, en el fondo, la posibilidad de vincular al juez en su decisión; no queda para la ley más significación que la de ser un punto de apoyo del autocontrol de un juez que en sí mismo decide libremente. Isay ha fundamentado su opinión en un extenso material empírico procedente de la práctica judicial.

(58) Cf. por ejemplo Kantorowicz, *Kampf um die Rechtswissenschaft*, pp. 21 y ss.; Heck, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 112.

(59) *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 112, pp. 1 y ss., especialmente 19-21, 170-171, 194, 203 y 313.

(60) *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929.

(61) Cf. especialmente p. 248.

La experiencia prueba en efecto que la decisión judicial es de hecho un acto de voluntad, y no una operación lógica. (62) Ello corresponde además a la esencia del derecho, como orden moral (no lógico) de intereses en conflicto. La sentencia tiene que realizar ese orden; esto no puede verificarse más que por medio del acto creador de la voluntad, y no por deducciones lógicas. En esta medida está justificada la crítica voluntarista de la doctrina de la Ilustración.

Pero en cambio, esa crítica no ha descrito en mi opinión correctamente la posición del juez respecto del orden jurídico.

Como el derecho mismo, la decisión judicial puede nacer de muy diversos motivos: puede proceder de la conciencia jurídica moralmente vinculada, pero también de consideraciones de utilidad o adecuación. Lo típico de la decisión judicial es empero siempre el tener su origen en la conciencia jurídica; el juez se propone juzgar "justa y equitativamente", "racionalmente". Esto diferencia al juez del funcionario administrativo y del oficial militar, para los cuales, por el contrario, lo característico es una conducta ordenada por consideraciones de utilidad u oportunidad. Heck no ha visto esta profunda diferencia; por ello su doctrina de la "obediencia con sentido a la ley" no da razón de la especial posición del juez, ni vale más que para los casos en que también el juez tiene que decidir según criterios de utilidad.

Isay ha descrito en cambio correctamente el caso propiamente típico, al que, para abreviar, denominaremos decisión justa. En este caso, el juez empieza por formarse intuitivamente una decisión sobre la base de la reacción espontánea de su conciencia jurídica, y luego la supervisa y examina con la ley. Pero Isay subestima la importancia de la ley, y da demasiada relevancia a la espontaneidad de la intuición judicial.

No hay duda de que todo auténtico juicio moral y toda auténtica decisión moral surgen de una manifestación espontánea del sentimiento moral ante una determinada situación. Y no hay duda tampoco de que el sentimiento moral es innato al hombre. Pero no por eso está sustraído a toda influencia. No solo hay una cultura de la inteligencia, sino también una cultura del corazón. Hay una educación moral que refina y afina el sentimiento moral, que robustece fuerzas que nos son innatas y nos lleva más claramente a conciencia sus exigencias,

(62) Cf. las contundentes declaraciones de juristas destacadas en Isay, *loc. cit.*, pp. 24, 62 y ss., 67 y s.



510 0.5

exactamente igual que existe una educación del sentimiento estético. La educación moral se realiza de tal modo que empezamos por aceptar más o menos mecánicamente determinadas reglas para nuestro comportamiento en determinadas situaciones, reglas que proceden de la tradición de varias generaciones, y luego las comprendemos por nuestra propia vida valorativa y las hacemos realmente nuestras.

La acción del orden jurídico tradicional sobre el juez corresponde a la influencia de la tradición ética en el sentimiento del individuo. El derecho contiene en sus reglas la experiencia moral de muchas generaciones; en él se han depositado las decisiones que durante siglos hombres justos y liberales, seguros y verdaderamente prudentes han considerado justas para determinadas situaciones de la vida social. Las reglas jurídicas no son axiomas lógicos para deducciones jurídicas, sino que reproducen experiencias morales e ideas jurídicas. El trato con el derecho tiene, pues, una influencia educadora y afinadora sobre el sentimiento moral del jurista; el jurista llega a vivir con especial intensidad los valores en que descansa su derecho, como la justicia, la libertad, la fidelidad, la confianza. (Observación: el primer objetivo de la educación jurídica debería ser conseguir esa vivencia de los valores morales fundamentales de derecho). Por ello la decisión intuitiva de un verdadero jurista, nacida de la reacción de su sentimiento del derecho, está ya prefigurada por las valoraciones de su orden jurídico; por ello también el control a que somete la decisión intuitivamente tomada tiene una importancia mucho mayor de la que cree Isay.

Fue sin duda un acertado descubrimiento del siglo XIX el de que nuestras acciones están ampliamente determinadas por vía sentimental; pero fue un error creer que por ello nuestro obrar en general está determinado irracionalmente y que nuestro sentimiento no está determinado por la conciencia a través de la comprensiva aceptación de las reglas éticas tradicionales. Lo mismo puede decirse por lo que hace al tema de la decisión judicial. La escuela del derecho libre sobrestimó la libertad del juez por prestar acatamiento al relativismo ético y por no creer en la existencia de decisiones morales comprensibles de validez supraindividual.

Incluso cuando el juez ha empezado por tomar intuitivamente su decisión, controlará después en presencia del derecho y la corregirá en caso necesario. Pero este control no tiene lugar por ejemplo preguntándose el juez cómo puede

fundamentar conceptual, legal y deductivamente la decisión previamente tomada, sino aclarándose cuáles son las valoraciones de las cuales ha partido el legislador en casos como el suyo, y examinando su decisión desde el punto de vista de esas valoraciones. Se trata pues de un acto de "comprensión" y de "vivencia" de la decisión moral tomada por el legislador. El comportamiento del juez es comparable con el del músico respecto de la obra que interpreta. Sólo cuando el examen da por resultado que el legislador habría obrado del mismo modo, mantendrá el juez su decisión; en otro caso la modificará. El juez decide así en base a su sentimiento moral, pero se trata de un sentimiento moral refinado y preformado por la educación jurídica y la "comprensión" de la ley y que se siente vinculado por las mismas valoraciones en que descansa la ley. La fórmula según la cual "el juez está sometido a la ley" significa: está vinculado por las valoraciones en que la misma ley descansa por su parte. (63)

Si el examen de la ley lleva al juez a la convicción de que éste se basa no en valoraciones morales, sino en consideraciones de utilidad, como es por ejemplo el caso en la mayor parte de las disposiciones de las leyes monetarias alemanas de 1948, tiene que someterse a dichas consideraciones, y se está en el supuesto contemplado por la citada doctrina de Heck. (64)

Decidir un caso según derecho positivo significa, pues, decidirlo sobre la base de las valoraciones y finalidades útiles según las cuales se ha constituido el orden jurídico mismo. Aplicar derecho significa dar vigencia a pensamientos jurídicos, y no simplemente subsumir bajo conceptos jurídicos generales. (65)

b) El juez tiene que decidir por principio *todo litigio* que se le someta. Esto dificulta su tarea. No puede eludir la decisión. Ello resulta de la tendencia pacífica del derecho; el juez tiene que proteger la paz social; por ello tiene que eliminar con su sentencia los conflictos que se le presenten y que amenazan la paz social. Con la rudeza característica de un régimen autoritario ha expresado

(63) Isay tiene toda razón cuando califica de "decisiones racionalizadas" a las normas jurídicas; pero no se da cuenta de que esas decisiones racionalizadas tienen que ser comprendidas y ejecutadas partiendo del propio sentimiento moral. Éste es precisamente el deber del juez.

(64) Sobre el caso de contradicción entre sentimiento jurídico y contenido de la norma jurídica, cf. *infra*, p. 263.

(65) Por ello, la fundamentación de una sentencia no tiene que traslucir sólo la norma abstracta, sino también la idea jurídica en que descansa la decisión misma. Cf. *infra*, p. 279.

el Code Civil en su art. 4 esta obligación del juez: "Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

Pero el deber del juez va más lejos: además de tener que juzgar todo litigio, tiene que decidirlo con *justicia y equidad*. El deber de justicia es, por así decirlo, inmanente a su profesión. Ha habido y habrá siempre jueces injustos; pero ningún estado obligará a sus jueces a ser injustos. Siempre esperará el estado que los jueces sean justos y les obligará a serlo. El juez, empero, debe cumplir ambas tareas mediante la *aplicación de la ley* en el sentido ya descrito. Su justicia no puede ser libre y personal, sino vinculada al derecho positivo. Su justicia está *bajo la ley* a que el mismo juez está sometido, como dice la citada divisa americana. Su sentencia tiene que ser justa; pero tiene además que corresponder al mismo tiempo al derecho, y precisamente al derecho positivo. En su sentencia tiene que expresarse el derecho. El juez tiene que decir lo que en el caso concreto es positiva y jurídicamente justo.

Para que el juez pueda resolver esa triple tarea tienen que darse determinados presupuestos. Si el juez tiene que decidir según derecho positivo todo caso que se le presente, ello presupone que el derecho aplicable es *completo*, es decir, que contiene una norma decisoria para todo caso posible. Evidentemente, la tarea judicial en cuestión no es resoluble en caso de incompletud del derecho positivo. Ante un caso no regulado, el juez tendría en efecto que negarse a dar una decisión o decidir, pero no según normas del derecho positivo.

El problema que así se plantea es el de la incompletud del orden jurídico: el problema de las "lagunas del derecho". En su trabajo sobre esta cuestión, Zitelmann ha probado sin duda que en cierto sentido - que podemos llamar negativo - todo derecho es completo. Cuando en un determinado caso se presenta una pretensión o reivindicación y el caso en cuestión no ha sido previsto por el derecho, el juez debe rechazar la pretensión. Cuando una exigencia reconocida por el derecho se hace valer en circunstancias no previstas por el legislador, el juez tiene que aceptar aquella exigencia sin tener en cuenta las circunstancias citadas. Toda decisión puede pues encontrarse en las reglas positivas. Son muy infrecuentes "lagunas auténticas" en las que realmente se carezca de toda norma.

Pero el juez no puede darse por satisfecho con tales decisiones. En este momento entra en juego la segunda obligación del juez: el juez no puede decidir

de cualquier modo, sino que tiene que hacerlo con justicia, es decir, en adecuación con las cosas. Para que el juez pudiera cumplir este deber junto con los otros dos, el derecho positivo tendría que ser completo no ya en el sentido negativo indicado, sino también en un sentido positivo; es decir, tendría que carecer totalmente de lagunas y ser además *adecuado* a todos los casos.

Ha habido épocas en las que se ha creído en la completud no sólo del derecho positivo tradicional en su totalidad, sino incluso en la de sus leyes particulares. En el artículo antes citado del Code Napoleon resuena sin duda esa confianza. Pero la esperanza en cuestión ha demostrado siempre ser engañosa. Ni la ley ni el derecho consuetudinario contiene una norma decisoria adecuada para cualquier caso. "Lagunas inauténticas" en el sentido de Zitelmann, es decir, casos en los que se carece de una norma decisoria adecuada, los habrá siempre y con relativa frecuencia. La vida es más rica que la ley.

Así resulta la tarea judicial de dar razón de las tres exigencias puestas a su ministerio, una tarea irresoluble. Siempre habrá casos en los que tendrá que dejar incumplida una de esas obligaciones, por no hablar ya de la ulterior cuestión de la concordancia del derecho positivo con la justicia material.<sup>(66)</sup>

Puede preguntarse cuál es la obligación que debe violar. La primera tiene que cumplirse indefectiblemente. Los litigios tienen que ser decididos en la medida en que se encuentran en el marco jurídico, es decir, en el marco del acaecer relevante para la paz social, y son accesibles a la decisión jurídica, son justiciables. Quedan las otras dos: la obligación de legalidad y la de justicia. La solución del conflicto entre los dos se resuelve según la máxima antes citada: *Justice under Law*. El juez debe decidir con justicia, pero en obediencia a la ley. De ello resulta ante todo el deber de aplicar con sentido el derecho; pero debe hacerlo desde el punto de vista de la decisión justa del caso particular. De ello resulta además: el juez tiene que aspirar a cumplir siempre que sea posible las dos exigencias al mismo tiempo, es decir, a encontrar una síntesis de ambas; a toda costa tiene que intentar conseguir de la ley una decisión justa. Cuando no sea posible partiendo del tenor literal de la ley, deberá partir del sentido de una determinada prescripción positiva o del "espíritu de la ley", esto es, de los principios generales en que se basa la ley. En general bastará con esto; pero si

(66) Cf. infra, p. 262.



no es ese el caso, el juez se encontrará sin duda en un abierto conflicto entre la justicia y el derecho. Debemos contemplar con atención este caso. Pero antes vale la pena que nos detengamos por un momento en los otros casos, esto es, en aquellos en que es posible una síntesis, para obtener de ellos las consecuencias que resulten de las obligaciones del juez - y especialmente de la que tiene por lo que respecta a la deseada síntesis - para su posición respecto del derecho positivo en general y de la ley en particular. No son problemáticos los casos en los que el juez puede simplemente aplicar derecho positivo y conseguir así en el caso concreto una solución justa y adecuada a la cosa. Pero ¿qué ocurre cuando existe realmente una laguna inauténtica en el sentido antes descrito de esta expresión? El juez tiene entonces que aplicar el derecho extensiva o restrictivamente; (67) tiene - caso de ser posible - que aplicar por el sentido (analógicamente) un precepto, o hasta remitirse a los principios generales del derecho concreto en cuyo marco decide. En cada uno de estos casos el juez procede a una *corrección* (mayor o menor) del derecho explícitamente establecido, y lo hace para poder dar razón de su caso particular. Con ello coloca el juez la justicia por encima de la letra de la ley, pero se atiene al sentido de ésta en el esfuerzo de unificar lo más posible el derecho y la justicia.

Desde el punto de vista del origen del derecho el juez se convierte así en creador del mismo; el juez se hace fuente de derecho, órgano de la formación de derecho explícito. Es una consecuencia fundada primariamente en su misión. Pero además ha sido en todo tiempo admitido - y, por lo tanto, reconocido - por la comunidad jurídica, incluso en los casos en que el derecho positivo somete explícitamente al juez a la ley. La teoría del derecho ha disimulado esta actividad creadora de derecho bajo los rútolos de "interpretación" o de suposición de la "voluntad del legislador". Característica de esta situación es por ejemplo la observación del presidente de la Cour de Cassation francesa durante las fiestas del centenario del Code Civil, y según la cual en caso de duda la ley no debe interpretarse según la voluntad del legislador histórico, sino tal como la concebiría hoy el legislador contemporáneo. (68) Pero la creación del derecho es así simplemente disimulada, y no eliminada. El hecho de que esa creación

(67) En un sistema de *case-law*, la distinción entre diversos casos particulares decididos asume esa misma tarea.

(68) Citado por Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 616.

jurídica se haya restablecido siempre de un modo u otro, muestra lo profundamente que arraiga esa actividad creadora del juez en la naturaleza de la cosa. La naturaleza de la cosa no es en este contexto sino la triple obligación del juez y la consecuente tarea de mantener unidos en la medida de lo posible el derecho y la justicia.

Así se explica, además, el característico fenómeno de la "oscilación" del derecho. El derecho se encuentra siempre en movimiento y modificación; en cualquier lugar se encuentra siempre en modificación, incluso cuando no actúa el celoso legislador moderno. El derecho está siempre en marcha, por así decirlo. Y ello es consecuencia del derecho judicial. Compárese por ejemplo la situación del derecho civil alemán en 1900, cuando entró en vigor el Código Civil, con la del año 1948. ¡Qué plétora de modificaciones de detalle debidas en la última instancia a la actividad de los tribunales!

Por la naturaleza de su específica posición el juez tiene pues la tarea de formar derecho por corrección; en esto tiene completa razón la escuela del derecho libre. La actividad de los jueces tal como queda descrita es, por otra parte, admisible para la constitución (desde el punto de vista de la formación del derecho) porque el juez se mueve siempre y a pesar de todo en el marco de sentido del derecho positivo. (69) El juez se limita, por así decirlo, a prolongar las líneas maestras dispuestas ya en el derecho positivo y reconocidas en él.

c) Problemático es en cambio el caso en que el derecho positivo y la justicia entran en un caso particular en contradicción irreducible: el caso del conflicto propiamente dicho. Son aquí imaginables dos estructuras del caso: puede presentarse a decisión un caso en el que el legislador no ha pensado directamente, sin que además pueda darse con norma decisoria alguna para el mismo basándose en el derecho positivo y aplicando los métodos antes descritos. O bien - segunda posibilidad - puede tratarse de que el caso en cuestión esté directamente contemplado y decidido por el derecho positivo, pero de tal modo que la decisión se encuentre en contradicción con la justicia material.

El primer supuesto es el contemplado ante todo por la escuela del derecho libre. Esta exige en el caso en cuestión la plena libertad de creación jurídica para el juez. El Código Civil suizo corresponde a esta exigencia en su célebre artículo

(69) Heck especialmente lo ha subrayado así: *Archiv für die zivilistische Praxis*, 112, pp. 21, 171, 194.

1: "Si no puede tomarse ningún precepto de la ley, el juez decidirá según derecho consuetudinario, y cuando falte también éste, según la regla que él mismo establecería como legislador". Esta solución corresponde a la naturaleza de la cosa. En el fondo, no se trata más que de una complementación del derecho por el juez, y en la práctica se confundirán los casos en los que haya que decidir según el "espíritu" de la ley y los contemplados por el art. 1 del texto suizo. Lo único que hay que añadir a la tesis de la escuela del derecho libre en lo siguiente: el juez tiene que decidir según justicia. Está vinculado por los principios reconocibles de la justicia, por el derecho natural. Esto no supone una negación básica de los principios de la escuela del derecho libre, pues también ésta propugnaba la decisión justa. Pero al decirlo explícitamente subrayamos de nuevo, en este punto extremo de la actividad judicial, que la justicia del juez no es justicia personal, sino justicia vinculada por la ley. Cuando el derecho positivo no tiene ya principio alguno que ofrecer, tiene que intervenir el derecho natural. Esta concepción se expresa en el art. 7 del Código Civil austríaco: "Cuando un caso no pueda decidirse por la letra ni por el sentido natural de una ley, se tendrán en cuenta casos análogos determinados y decididos en la ley y los motivos de otras leyes relacionadas con ella. Si aún así siguiera siendo dudoso, se decidirá según los principios naturales del derecho teniendo en cuenta todas las circunstancias cuidadosamente reunidas y maduramente consideradas".

Pero el verdadero conflicto surge en la segunda hipótesis. En todos los casos-tipo discutidos hasta aquí se trata de complementaciones del derecho positivo, casos pues con los que el derecho positivo, no había contado, al menos tal como aquellos se presentan *in concreto*, o, en todo caso, no bajo las circunstancias efectivamente dadas. En la segunda hipótesis, en cambio, existe un preciso mandamiento del derecho positivo para el caso dado. Pero ese mandamiento es en sí mismo injusto: ésta pues es la hipótesis en la cual entran abiertamente en conflicto los deberes del juez. No puede ya realizarse la *Justice under Law*. Hay que elegir entre derecho positivo y justicia.

Desde el punto de vista del derecho positivo no existe propiamente ningún problema. El derecho positivo exige generalmente la obediencia del juez. El conflicto que contemplamos no se establece entre normas del derecho positivo, sino entre deberes del juez.

El verdadero problema consiste en decidir si el derecho positivo se encuentra o no en esta hipótesis con límites puestos por la naturaleza de la cosa, a saber, el deber de justicia del juez. Se trata de un problema de derecho natural.

Más propiamente, se trata de *dos* problemas. El primero se refiere al deber del juez de oponer resistencia al derecho positivo contrario al derecho natural. Este deber afecta al comportamiento personal del juez y se recoge según los principios generales antes desarrollados.<sup>(70)</sup> Según ellos, el juez tendría que elegir entre deponer su ministerio, sustraerse a la decisión en cuestión (resistencia pasiva) o lanzarse a actuar con resistencia activa. Pero tras esto existe un segundo problema que es el que aquí nos interesa. Se trata de saber si el juez puede decidir el caso contra la ley en cuestión y según las exigencias de la justicia material, creando derecho contra el derecho positivo. No se trata ya sólo del comportamiento del juez como persona, sino de la naturaleza de su posición en la comunidad jurídica.

También en este caso hay que contestar afirmativamente en base a los principios del derecho natural. El derecho natural exige la imposición de la justicia material. Desde el punto de vista del derecho natural debe ser predominante entre los tres deberes del juez el tercero, el deber de decisión justa. El juez tiene que decidir en justicia incluso contra el derecho positivo. Esto se sigue de la esencia de su posición.<sup>(71)</sup>

Pero esto no significa que, en última instancia, haya que poner incondicionalmente la justicia personal por encima de la justicia vinculada. Esto sería contrario a la naturaleza del derecho. De ello resultan ciertas limitaciones necesarias del derecho judicial basado en el derecho natural. Esas limitaciones pueden resumirse en tres máximas:

En la medida de lo posible, el juez debe aspirar a una síntesis de justicia y derecho positivo. De esto se sigue que antes de negarse a obedecer una norma

(70) Cf. *supra*, p. 177.

(71) El mismo es el resultado de W. G. Becker, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 150, 121-122. Algo más precavida es la fórmula de Reichel: "El juez está obligado por su ministerio a desviarse conscientemente de un precepto legal cuando éste se encuentra en tal contradicción con el sentimiento moral de la comunidad que su observancia pondría en peligro la autoridad del derecho y de la ley en la medida mayor que la desobediencia al mismo". *Gesetz und Richterspruch*, p. 142. En el mismo sentido, Isay, *loc. cit.*, pp. 215 y ss.

65

520

05



## CAPITULO VIII

## LA CIENCIA DEL DERECHO

## I

El objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo válido en una determinada comunidad y en un determinado momento. Kant ha reprochado a los juristas su ignorancia de lo que es el derecho. Pero es que el problema de la ciencia jurídica no dice ¿qué es el derecho? sino ¿qué es derecho? No el derecho como fenómeno general, social, lógico u ontológico, sino el contenido de un determinado derecho positivo es el tema científico de esta teoría.

1. Puede incluso decirse que su objetivo es aún más limitado. La ciencia del derecho contempla los diversos órdenes jurídicos positivos que son en cada caso su objeto desde un punto de vista muy particular. Su objetivo último es el caso individual y su decisión. (1) Lo que tiene ante la vista es el juez que debe decidir litigios, el abogado que debe aconsejar a un hombre acerca de lo que debe hacer, el notario que debe registrar o formular un contrato. La ciencia del derecho aspira a posibilitar y facilitar su tarea. (2) Su objetivo propio es la práctica jurídica; se trata de una ciencia práctica en la medida en que se pone al servicio de fines prácticos.

Con esta limitación se ha constituido siempre y en todas partes en que ha existido. Por lo demás, ello no ha ocurrido siempre, esto es, en todo caso de desarrollo de una cultura intelectual y social. Grecia ha poseído sin duda una filosofía del derecho y un arte jurídico judicial (retórica), pero no ha desarrollado una ciencia del derecho propiamente dicha. Los pensadores griegos han contemplado principalmente el derecho desde el punto de vista de los principios generales, a un nivel, pues, filosófico. La ciencia jurídica europeo-continental descansa en la romana, y lo característico de ésta fue desde el primer momento

(1) "Proveer de normas al juez", según la expresión de Ehrlich, *Die juristische Logik, en Archiv für die Zivilistische Praxis*, 115, p. 259.

(2) M. E. Mayer ha subrayado con razón este punto (*Rechtsnormen und Kulturnormen*, pp. 71-73).

la orientación a la práctica. *Cavere y respondere* fueron las tareas fundamentales para cuya solución debía capacitar esa ciencia. Lo mismo ocurre en el ámbito del derecho angloamericano, y hasta se puede decir que la ligazón con la práctica es en él aún más intensa de lo que lo fue en Roma.

Dadas esas circunstancias, está justificada la pregunta de si la jurisprudencia es realmente una ciencia. La esencia de la ciencia se encuentra en la posición de objetivos y en los métodos; la ciencia busca conocimiento constrictivo del ser mediante la combinación metódica de posiciones empíricas o apriorísticas. (3) El objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, perecedero y mortal. Esta es la base de la célebre burla de Kirchmann: "tres palabras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en basura". Pero esta materia, tan provisional vista históricamente, puede ser objeto de conocimiento científico, esto es, metódico, y tiene que serlo si es que se quiere asegurar la práctica. Si el derecho positivo fuera una especie de tabla de logaritmos en la que pudiera leerse sin más la decisión de cada caso particular, no sería naturalmente necesaria la jurisprudencia como ciencia. Pero no es ese el caso; y no puede serlo porque los casos a decidir presentan siempre variaciones respecto de los decididos en el derecho - fenómeno que hemos considerado ya (4)- y hacen por lo tanto siempre necesaria una constante reelaboración del derecho en busca de la necesaria adaptación. Otra causa es que como todo derecho positivo es de origen histórico, no puede ser plenamente comprendido más que en el estudio de su origen y desarrollo. Por ello vale también para la jurisprudencia como ciencia la frase según la cual no hay nada más práctico que una buena teoría.

La tarea de la ciencia del derecho es, pues, la investigación metódica del contenido de un orden jurídico positivo con el objetivo de hacerlo aplicable. Con ello se nos plantea la cuestión de en qué consiste el método que la ciencia del derecho aplica y debe aplicar para alcanzar sus fines.

2. Si se considera el desarrollo histórico de la ciencia del derecho, pueden aducirse a este propósito dos tipos fundamentales de metódica científico-jurídica, distinguidos sobre la base de una abstracción ideatorio-tipificadora: la jurisprudencia sistemático-deductiva y la jurisprudencia casuístico-empírica.

(3) Cf. por ejemplo Jaspers, *Philosophie*, 1932, I, p. 186.

(4) Cf. *supra*, p. 259.



528

05

Antes de dedicarnos a la consideración de ambos métodos es necesario prevenir una posible confusión. No existe, naturalmente, ninguna jurisprudencia científica que consiga salir adelante en su tarea sin una conceptualización ordenadora. El derecho positivo, tal como se ha desarrollado históricamente, no es por de pronto más que el conglomerado de reglas particulares, instituciones, formas de organización, posibilidades de acción, etc., surgido de determinadas ocasiones concretas y sin interna conexión que los abarque.(5) Esta heterogénea masa necesita ante todo una ordenación según conceptos, si es que se la quiere abarcar en su conjunto. Hacen falta definiciones (lo que quiere decir conceptualización, formación de conceptos) para poder distinguir las unas de las otras las diversas instituciones jurídicas; hay que distinguir unos de otros fenómenos emparentados apelando a sus rasgos característicos, y luego hay que saber relacionarlos de nuevo apresando sus rasgos comunes. Este tipo de conceptualización ordenadora por reunión y distinción es necesario para toda jurisprudencia y es propiamente su base directa.(6) Por lo tanto, en este punto no puede tratarse más que de diferencias de grado, y no de principio.

La diversidad de ambos métodos se manifiesta en la cuestión de la importancia que deben tener los conceptos - la conceptualización - en la ciencia jurídica.

El método empírico desarrolla el contenido del orden jurídico positivo con ocasión del caso concreto. Cuando desea interpretar una regla jurídica o desarrollar la importancia de un determinado medio jurídico, procede construyendo casos y mostrando en ellos la significación de la regla de que se trate. El ámbito de aplicación de la regla se determina por la suma de los casos particulares acumulados que quedan cubiertos por ella, que pertenecen a ella, con otras palabras. El caso es, por así decirlo, el experimento; la regla jurídica en cuestión o la institución jurídica se examina con ayuda de los casos para determinar si es o no adecuada a cualquiera de ellos. Para proceder así hay que tener naturalmente una idea de la intención del legislador histórico al establecer su norma, y de los casos que tenía presentes al hacerlo. El verdadero criterio es con todo el resultado objetivo-adecuado en el caso particular (objetivo-adecuado

(5) Nuestros modernos códigos no pueden tomarse como modelo general; se basan ya en efecto, en una jurisprudencia conceptualmente ordenada.

(6) Cf. la descripción de la influencia histórica del método de conceptualización griego platónico en la jurisprudencia romana: F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, pp. 62 y ss.

según los criterios del legislador y de la justicia); aquí podemos recordar las tareas del juez. La adecuación objetiva en el caso particular decide del ámbito de aplicación de las proposiciones jurídicas. Este ámbito de aplicación no está aprioricamente fijado, sino que se descubre empíricamente, por tanteo, por así decirlo.

Tal era esencialmente el modo de trabajo de los clásicos romanos. "Question of detail were what really interested the classical lawyers, and the method they applied to them remained at bottom casuistical... One has the impression that he is only completely in earnest when he gets back to his beloved cases." Así caracteriza Fritz Schulz su método.(7) Tal es también el de los juristas anglosajones. De todos modos, los juristas romanos se encontraban principalmente ante normas generales (el *ius civil* y el edicto), y los juristas ingleses principalmente ante decisiones particulares. Pero la actitud básica es en ambos casos la misma.

También la moderna jurisprudencia de intereses alemana procede en el fondo de ese modo. Se diferencian esencialmente de esos dos grandes ejemplos históricos sólo por su más refinado método en la concepción del contenido histórico del orden jurídico dado y de la estructura del caso particular. Con ello tiene en cuenta en general refinamiento experimentado por nuestros métodos científicos en los últimos cien años. Lo que en la clásica jurisprudencia romana se solucionaba por vía más o menos tácita e intuitiva - el análisis del hecho y el de la norma positiva según sus determinaciones finalísticas de origen histórico - se resuelve ahora según puntos de vista metódicos explícitos.(8) Pero la actitud de principio respecto de la relación entre la norma y el caso es la misma; también aquí decide la adecuación del resultado en el caso particular.

Esencialmente diverso es el proceder de la jurisprudencia de carácter sistemático-dogmático. Su modelo es la matemática. Su objetivo es el desarrollo del derecho positivo hasta conseguir un sistema lógico cerrado de conceptos en los que un concepto general supremo, el de derecho, recoge a todos los demás. Todos los conceptos particulares se desarrollan a partir de ese concepto central

(7) *History of Roman Legal Science*, pp. 130-131.

(8) Para esta última tarea se encuentran también en el *Corpus Iuris* algunos primitivos puntos de apoyo - procedentes en su mayoría del período postclásico - en las consideraciones sobre las intenciones del pretor respecto de las diversas determinaciones del edicto.

mediante el añadido de caracteres positivos diversos y diferenciadores; a la inversa, partiendo de los conceptos particulares puede llegarse hasta los conceptos generales por abstracción progresiva. La unidad de todo el sistema se encuentra en esta conexión lógica, y no en la valoración moral.(9) El ámbito de aplicación de las diversas instituciones jurídicas y de los particulares preceptos jurídicos es dado por su contenido lógico, tal como lo determina y fija la definición conceptual. Ese ámbito no tiene, pues, que ser descubierto inductivamente. La interpretación de las leyes se sigue del sistema, esto es, procede autónomamente y sin consideración de la voluntad del legislador histórico. La aplicación misma del derecho se convierte consecuentemente en una operación lógica. El juez tiene que subsumir el caso particular bajo las definiciones (conceptuales-generales) del sistema según las notas conceptuales realizadas en dicho caso, y puede entonces deducir lógicamente la decisión oportuna. Lo decisivo para la decisión no es la adecuación al caso, empíricamente determinada, sino la "necesidad conceptual" de la subsunción. El concepto de declaración de voluntad decide de la admisibilidad de cualquier acción o excepción fundada en la ausencia de tal voluntad; el concepto de obligación decide de la posibilidad de su transmisión a otros, etc. El concepto científico general desempeña aquí, como ha destacado acertadamente Heck, el papel de un elemento causal.(10) Según esta concepción, el concepto general determina incluso el desarrollo histórico: el derecho matrimonial de bienes, por ejemplo, es desarrollo de la idea de la comunidad general o universal de bienes. El concepto determina también la sentencia judicial en el caso particular.(11) También las lagunas del derecho positivo quedan colmadas por la posibilidad general de decidir por deducción a partir del sistema. El elemento de valoración queda pues totalmente sustituido por la inordinación lógica. Todo este edificio doctrinal descansa - como se puede ver si se profundiza suficientemente - en una identificación de valoración y concepto, realidad y concepto.

(9) Sobre los motivos histórico-sociológicos de esta idea de la unidad del derecho, cf. Ehrlich, *loc. cit.*, pp. 245 y ss.

(10) *Interessenjurisprudenz*, p. 10.

(11) Cf. la descripción de Ehrlich, *loc. cit.*, pp. 254, y el análisis crítico de von Hippel, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*.

Desde el punto de vista histórico, el más impresionante intento de construir por este método la jurisprudencia es la ciencia alemana del derecho del siglo XIX.(12) Pero los intentos de ese tipo son frecuentes en la historia. Es probable que en su perdido escrito *De iure civili in artem redigendo* Cicerón pensara en una empresa análoga.(13) También los sistemáticos humanistas han realizado tal estructuración lógica del material jurídico. El modelo de la empresa fue la doctrina filosófica y religiosa.

3. Una consideración crítica del tema tiene que basarse en tres intelecciones fundamentales.

El derecho positivo - trátase de derecho consuetudinario o de derecho legal - es una creación espiritual y, como tal, un fenómeno histórico. Es un orden que delimita intereses sociales y decide contradicciones sociales; se orienta según la idea de conflicto y decide el conflicto según puntos de vista valorativos.

El orden jurídico funciona en la decisión de conflictos. El objetivo de la ciencia del derecho es hacer posible esa decisión en tanto que decisión metódica y científicamente hallada. Para utilizar una expresión de Heck, su objetivo es preparar la formación de la norma en el caso particular. Para alcanzar ese objetivo tiene que resolver dos tareas. Tiene que *entender el orden jurídico positivo* y tiene que *descubrir* su relevancia para la decisión de litigios, su *contenido normativo*. El análisis ulterior de estas tareas nos mostrará al mismo tiempo la importancia que tienen los conceptos jurídicos y la unidad sistemática.

a) La primera tarea es de naturaleza histórica, como en las ciencias del espíritu. Una ley - tanto una codificación cuanto una norma particular -, una norma del derecho consuetudinario, una sentencia judicial que poseen fuerza vinculatoria, o una *communis opinio doctorum*, son obras históricas del espíritu surgidas de una determinada situación histórica, de los problemas determinados entonces existentes y de determinadas ideas valorativas y posiciones de objetivos, históricas también unas y otras en su naturaleza. Como tales pues deben ser comprendidas. Al hacerlo, la ciencia jurídica, por la esencia del acto de aplicación del derecho, tiene que manifestar ante todo las valoraciones en que descansa la norma jurídica.(14) Tiene que apresar en detalle cuál es el caso de

(12) Sobre sus fundamentos históricos, cf. Ehrlich, *loc. cit.*, pp. 191 y ss.

(13) Cf. sobre este punto F. Schulz, *loc. cit.*, p. 69.

(14) Cf. *supra*, p. 256.



520 05

conflicto considerado, qué puntos de vista fueron decisivos para la solución y cómo se halló la decisión positiva partiendo de dichos datos. Como todo análisis histórico-científico-espiritual, la ciencia jurídica estará tanto más plenamente a la altura de esta tarea cuanto mejor consiga entender la solución histórica partiendo de las tendencias fundamentales generales del espíritu humano y de las estructuras fundamentales de la vida social como soluciones particulares de una tarea general.<sup>15)</sup> "Comprender significa penetrar en especiales constelaciones valorativas de una conexión espiritual"<sup>16)</sup> - y precisamente por la vía que pasa por lo general, podríamos añadir, fieles al espíritu de Spranger.

Esto vale tanto en lo grande cuanto en lo pequeño, en lo particular cuanto en lo general o de principio. Para comprender un orden jurídico tengo que penetrar en el sistema valorativo histórico en que descansa, en las concepciones fundamentales políticas, económicas, teológicas que lo han formado. Esto destaca muy especialmente en el derecho público. No puedo interpretar una constitución sin conocer las ideas políticas subyacentes a ella, ni entender un instituto del derecho canónico sin conocer las posiciones teológico-dogmáticas de la comunidad religiosa en cuestión. Pero lo mismo puede decirse también de otros ámbitos del derecho, incluido el privado. Esto se ha reconocido siempre por lo que hace a la protección jurídica del honor. Debemos a Franz Boehm el reconocimiento de que también el derecho patrimonial es incomprensible e ininterpretable sin conocimiento de la estructura económica existente. También la ciencia del derecho privado necesita, pues, de una fundamentación científico-espiritual o cultural.

Igualmente es necesario el conocimiento de la situación social de la que ha surgido el orden jurídico; igualmente son esenciales el peso del poder y de determinados intereses sociales. La ciencia jurídica tiene así que investigar si una determinada regulación es expresión de determinadas valoraciones o de un dictado de determinados grupos sociales o si es una solución pacífica de compromiso resultado de la lucha social. Sólo en base a la situación social que existió históricamente puede comprender la ciencia jurídica cuáles son los conflictos; pensados por el legislador histórico o cuáles los casos típicos en que se basa una regulación consuetudinaria.

15) Cf. Spranger, *Lebensformen*, 6a. ed., p. 391; Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, XVII, 2. [Trad. castellana, *Introducción a las ciencias del espíritu*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1944.]  
16) Spranger, *op. cit.*, p. 413.

De ello resulta que tampoco la *interpretación de la ley* es posible sino remontándose a la voluntad del *legislador histórico*. No puede existir una interpretación puramente autónoma de la ley.<sup>17)</sup> Cuando, por ejemplo, se trata de si las prescripciones del § 270 del Código Civil alemán, referentes a la transmisión de dinero y al riesgo en ella, pueden aplicarse también a pagos no efectuados en dinero, hay que empezar por averiguar lo que el legislador de 1900 entendía por "dinero", en qué peligros típicos ha pensado al establecer la distribución de riesgos practicada por dicho artículo, y desde qué puntos de vista ha decidido esa regulación. Sólo una vez hechas esas averiguaciones puede saberse lo que quiere la ley. Frente a ello, la jurisprudencia sistemático-conceptual buscaría aquí un absoluto "concepto jurídico del dinero" y resolvería la cuestión por subsunción. En realidad, con ello no haría más que ocultar valoraciones bajo definiciones y operaciones aparentemente lógicas. De la necesidad de entender históricamente las leyes resulta la importancia del material histórico para la interpretación de las mismas. El material histórico tiene una importancia decisiva para el descubrimiento del sentido histórico de una norma. Pero las fuentes históricas son de muy vario tipo: todos los documentos de la historia general pueden ser relevantes y hasta de mucha importancia. Todo lo que pueda contribuir al descubrimiento del sentido histórico de una norma puede y debe ser aducido. Los materiales como tales no son naturalmente ley; pero sin ellos una norma puede resultar incomprensible.

La tarea de comprender el sentido individual de una determinada solución histórica se resolverá tanto mejor cuanto más propiamente se conciba como especial solución histórica de un problema *general*. Un artículo constitucional que declara que todo poder procede del pueblo se comprenderá mucho más profundamente si se concibe desde el transfondo general del problema universal de la legitimidad de los gobiernos y de sus típicas soluciones históricas. El modo como el Código Civil alemán ha regulado la transmisión de la propiedad de cosas muebles no se aclara hasta que planteo el problema en términos generales y examino las soluciones históricas típicas: la vinculación de la transmisión de la propiedad con el negocio obligacional, la *traditio ex iusta causa*, etc. Aquí radica la gran importancia del derecho comparado y de la historia del derecho

<sup>17)</sup> Sobre los motivos que llevaron a ella, cf. *infra*.

en la medida en que es historia de los problemas y de la dogmática, para la comprensión del derecho vigente. También en este caso vale el principio de que sólo comprendemos lo especial desde el transfondo de lo general.

b) La segunda tarea de la ciencia jurídica consiste en manifestar el contenido normativo del orden jurídico así entendido y comprendido históricamente. Ello no puede conseguirse sino considerando a la luz del orden jurídico casos de conflicto (reales o imaginarios) y decidiéndolos según aquél. En este sentido es el comentario compuesto de "casos" la necesaria conclusión del trabajo jurídico-científico, mera preparación del cual es la comprensión de la ley. No es casual que se encuentre siempre aquí el centro de gravedad del trabajo de los grandes juristas romanos. Hemos hablado ya de su método de tanteo o *test*. La moderna ciencia del derecho puede trabajar en este terreno con método refinado, exactamente igual que dispone de procedimientos exactos para la resolución de la primera parte de su tarea, el descubrimiento del contenido de la ley.

En particular, toda metodología de la aplicación del derecho tiene que partir del dato, ya señalado, de que aplicar derecho significa realizar una *decisión volitiva* vinculada a una norma. El juez no practica sólo operaciones lógicas, sino que realiza también un acto de voluntad: decide. Pero no decide libremente, sino obedeciendo a otra decisión superior a la suya, y que es la contenida en el orden jurídico. La ciencia jurídica debe preparar esa decisión.

De ello resulta una serie de esenciales consecuencias.

1. La aplicación de la ley no puede proceder nunca de un modo exclusivo en la forma de la inferencia puramente lógica, subsumiendo una determinada facticidad vital bajo los conceptos generales del hecho legal. *La aplicación de la ley* es más bien siempre *valoración* de los hechos según los *juicios de valor contenidos en el derecho*. De lo que se trata siempre es de decidir la justificación de algo: una demanda; una medida policíaca, etc. La decisión depende de una valoración de intereses. Para aplicar una determinada norma a un hecho no basta pues con que el hecho pueda ser situado sin dificultad bajo los conceptos generales de la norma; además, el *juicio de valor* del que ha partido el orden jurídico tiene que ser adecuado al hecho y estar pensado para el caso en cuestión. La posibilidad de subsunción lógica bajo la norma no puede pasar de ser más que un primer punto de apoyo o de partida. Si la subsunción es posible, hay que tener en cuenta la norma para la decisión; pero sólo hay que aplicarla si también

interesa al caso por su sentido, esto es, por los valores y finalidades en que descansa. Decidir jurídicamente no significa sin más subsumir, pero tampoco significa decidir libremente, sino decidir según las ideas y los objetivos morales del derecho. La ciencia jurídica tiene por tanto que elaborar y destacar claramente esas ideas y esos objetivos.

Así procede también la jurisprudencia, y así ha procedido siempre, con diferencias de grado. Así se explican fenómenos como el de la interpretación extensiva o restrictiva. La distinción no sería posible si realmente todo se redujera a la subsunción lógica. Aquellas dos formas de interpretar son en realidad correcciones o rectificaciones de los resultados a que lleva la subsunción puramente lógica y esas rectificaciones se basan en puntos de vista valorativos y utilitarios.

2. El sentido del hecho en el marco de la norma jurídica no puede ser la creación - con ayuda de conceptos generales empíricos - de una premisa mayor lógica de la cual pueda deducirse la consecuencia jurídica para el caso concreto por medio de un simple silogismo; ese sentido tiene que ser más bien la descripción de una situación social típica según su *esencia*. El análisis jurídico del hecho no puede consistir simplemente en la definición de los conceptos generales utilizados, sino en destacar la *esencia* del acontecer social en que pensaba el legislador y que éste quería decidir. A este fin hay que subordinar toda determinación conceptual.

Por lo general, la esencia de la situación social en que pensaba el legislador será un determinado conflicto social de intereses. Al servicio de la comprensión de la esencia de ese hecho social está el *análisis de intereses* tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia de intereses, y especialmente Heck. El objetivo de ese análisis consiste en determinar qué intereses (materiales, ideales, económicos, políticos, etc.) ha tenido en cuenta el legislador al establecer una norma, y a cuáles de ellos ha dado preferencia. "No hay proposición jurídica que esté plenamente comprendida si no se la reconoce como resultado de una estimación de intereses o, caso contrario, como mero error del legislador." (18) Del mismo modo hay que hacer el estudio de intereses en la aplicación del derecho al caso particular. La norma es aplicable cuando el conflicto de intereses

(18) *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 112, 96.

68

520

051

presente *in concreto* al juez sea precisamente el considerado por la norma. Si no es este conflicto el dado *in concreto*, sino otro de la misma naturaleza - y no regulado en ningún otro lugar de la ley - entonces hay que aplicar la norma por analogía. Esta analogía se justifica en última instancia por el principio de igualdad, según el cual hay que tratar del mismo modo casos iguales. Pero el criterio es la igualdad de esencia, y no la subsunción formal. La diferencia entre este método y la subsunción lógica es clara: mientras que en ésta se trata de subsumir concretos fenómenos vitales bajo conceptos empíricos generales, en aquél se comparan entre sí situaciones sociales en base a su esencia de situaciones de conflicto, y esa comparación se toma como punto de partida de la decisión; el primer método se basa en notas de los fenómenos externos; el segundo en la esencia del acontecer social. La jurisprudencia de intereses significa una interpretación del hecho jurídico según el sentido que éste cobra en conexión con la decisión del legislador.

En el derecho penal, y en la medida en que interviene la prohibición del uso de la analogía, tiene más importancia el tenor literal de la descripción jurídica del hecho, pues queda excluida la penalidad de acciones no subsumibles - exclusión que se debe a motivos de seguridad jurídica -. Pero tampoco en el derecho penal carece de relevancia la idea de interpretación coherente del hecho, ni, por lo tanto, la apelación a juicios de valor subyacentes. Lo único que ocurre es que esa idea no debe ser aplicada de un modo que redunde en una extensión de la penabilidad. Pero la idea misma se manifiesta por ejemplo en la doctrina del "contenido material del acto ilícito típico", la cual desarrolla la significación de dichos actos como lesiones de bienes jurídicos.<sup>(19)</sup> También la llamada concepción normativa de la culpa corresponde a esa comprensión del hecho según su esencia, pues es una concepción valorativa. La importancia de esas consideraciones en el marco de la decisión jurídico-penal queda sobre todo de manifiesto en la determinación de la pena, la cual tiene que basarse primariamente en una estimación del hecho según puntos de vista materiales; la subsunción lógico-formal no da punto de apoyo para ello.<sup>(20)</sup>

<sup>19)</sup> Cf. por ejemplo Mezger, *Strafrecht*, 1931, pp. 199 y ss.

<sup>20)</sup> En su artículo de la NJW, 49, p. 87, sobre la relación entre los §§ 50 y 211 del Código Penal alemán, Haas ha puesto muy en claro la relación en que está la interpretación lógico-conceptual con la comprensión de la norma penal en base al juicio de valor subyacente.



3. De la esencia de la aplicación del derecho resulta finalmente también cuál es la importancia de los conceptos jurídicos para la decisión jurídica, en qué medida pueden derivarse de ellos o apoyarse en ellos dichas decisiones. Si la decisión jurídica es valoración y decisión de un hecho social según una valoración previamente dada, es evidente que no podrá ser derivada de conceptos más que si éstos se refieren a un valor o a la esencia de un fenómeno social. La cuestión no puede pues resolverse en términos generales; más bien tenemos que distinguir según las características de los diversos conceptos contenidos en el derecho.

Empezaremos por distinguir entre *conceptos generales empíricos*, que se basan "en la forma fenoménica común a muchos objetos, no contemplada en su esencia",<sup>(21)</sup> y *conceptos esenciales*, que apresan y reproducen la esencia del objeto considerado. Así, por ejemplo, en el § 1 del Código Civil alemán "hombre" está usado como concepto empírico general; en el § 242, "lealtad y confianza" está usado como concepto esencial.

Según el tipo de objeto considerado debemos distinguir además:

Conceptos esenciales basados en valores morales (conceptos de valores), como, por ejemplo, el último concepto citado, o el concepto de "deshonesto" en el § 176(22) del Código Penal alemán, o el concepto de seguridad jurídica.

Conceptos esenciales basados en la esencia de fenómenos típicos de la vida social que están penetrados por elementos valorativos (conceptos fenoménicos), como, por ejemplo, la "comunidad vital conyugal" del parágrafo 1353 del Código Civil alemán, "universidades y escuelas superiores" en el art. 60 de la Constitución del estado de Hesse; "propiedad privada" en el derecho constitucional, "posesión", "persona".<sup>(23)</sup>

Conceptos empíricos generales de objetos y hechos importantes en la vida social, como predio, casa, árbol, etc.

Conceptos empíricos generales de tipo técnico-jurídico (conceptos de ordenación), como sujeto de derecho, objeto jurídico, etc.<sup>(24)</sup>

(21) Cf. Brugger, *Philosophisches Wörterbuch*, p. 9.

(22) Estos conceptos se refieren a los "elementos de hecho" normativos, cf. Mezger, *loc. cit.*

(23) Cf. Schönfeld, *Rechtsperson und Rechtsgut. Festgabe für das Rechtsgericht*.

(24) Es perfectamente posible que un concepto que designó originariamente un hecho social se convierta luego en concepto técnico, como es, por ejemplo, el caso de la *negotiorum gestio*.

Los conceptos de valor tienen un contenido normativo; pueden constituir el fundamento de decisiones. Pero al llegar a éstas no se realiza una subsunción lógica sino una descripción de valores. Por ello su contenido normativo debe descubrirse preguntándose por el comportamiento que exigen en una situación dada. No se puede descubrir la exigencia del concepto de "lealtad" o de "buena fe" más que teniendo en cuenta determinadas situaciones típicas, como, por ejemplo, la negociación de un contrato, etc. A la inversa, también puede describirse el comportamiento que contradice a esos valores; e igual que puede establecerse un catálogo de las acciones concordes con ellos puede establecerse también un catálogo de las que les son contradictorias; en el primer caso se llega a un conjunto de reglas sobre la buena fe; en el segundo caso, a las reglas sobre el dolo. Aquí se muestra la importancia del método casuístico. Cuando el concepto valorativo lo es propiamente de un antivalue, como, por ejemplo, "deshonestidad" hay que partir de este antivalue.

El concepto ético así analizado puede ser fundamento de la decisión. Un comportamiento en contradicción con él puede ser valorado como antijurídico.

Cosa análoga puede decirse de los conceptos fenoménicos. También de ellos pueden y deben obtenerse consecuencias capaces de fundamentar decisiones. A la "esencia del matrimonio", por ejemplo, tiene que apelar constantemente el juez en los procesos de separación. Estos conceptos se basan en fenómenos históricos típicos de la vida social y deben por tanto determinarse ante todo mediante investigaciones histórico-sociológicas. Es el ámbito de la metodología de las ciencias del espíritu. Un ejemplo puede concretar esto. Es la discusión de la validez de la llamada "ley de plenos poderes" en favor del gobierno de Hitler, se ha considerado, por ejemplo, la relevancia que hay que atribuir al hecho de que, antes de la votación, todos los diputados del Partido Comunista de Alemania fueran encarcelados. Por su número no habrían podido impedir la otorgación de los poderes especiales a Hitler. Pero la cuestión jurídica que se presenta es al de si la circunstancia de que toda una fracción parlamentaria quede imposibilitada de intervenir en la labor parlamentaria está o no en contradicción con la esencia del parlamento como institución. La misma cuestión puede también plantearse por lo que hace al contenido material de aquellos poderes desde el punto de vista de la esencia de la democracia. En puntos como éstos cobran importancia normativa conceptos esenciales que deben desarrollarse según criterios histórico-políticos.

Por detrás de ellos puede naturalmente seguir obrando la supratemporal "naturaleza de la cosa".(25) También pues en este caso se trata de una aclaración de la esencia, y no de mera deducción y exclusión lógicas.

Diversa es la situación de los conceptos empíricos generales que utiliza la ley. Como elemento del hecho jurídico poseen esos conceptos un valor limitatorio; pero no tienen valor normativo. La investigación del hecho jurídico ha mostrado que la subsunción bajo conceptos generales del mismo no tiene más que una función preparatoria, mientras que la verdadera decisión depende de la esencia del hecho mentado por la ley y efectivamente dado. Por ello una decisión no puede nunca basarse meramente en la posibilidad o imposibilidad de subsunción bajo un concepto general. Lo verdaderamente importante es averiguar si la situación pensada se ha presentado o no.

La misma reflexión vale respecto de los conceptos jurídicos técnicos. No es posible deducir decisiones partiendo simplemente de conceptos como el de sujeto de derecho, o derecho real, etc. Siempre hay que recurrir a los puntos de vista valorativos.(26) La circunstancia, por ejemplo, de que el derecho a pedir una rectificación registral descansa constructivamente en el derecho real subyacente no explica sin más la inalienabilidad de aquél; ésta tiene pues que basarse en otras consideraciones, como la protección frente al peligro de incumplimiento de obligaciones registrales por el titular de intereses contrapuestos a los del primer sujeto; con otras palabras: en la idea de seguridad jurídica.(27) En este sentido la crítica de Heck a la concepción del concepto jurídico como "elemento causal" de la decisión judicial es completamente acertada.(28) El error de la jurisprudencia sistemática del derecho común, el error de la llamada jurisprudencia de conceptos, consistió en tratar todos los conceptos sin distinción como conceptos normativos, considerando la "esencia de la obligación" un fundamento decisivo tan pleno como la "esencia del matrimonio".(29)

(25) Savigny hablaba de la "naturaleza orgánica" de los institutos jurídicos, *System*, I, 9.

(26) Cf. sobre esta distinción la excelente exposición de Schönfeld, *Rechtsperson und Rechtsgut*, pp. 223 y ss., a propósito de la contraposición entre "sujeto de derecho" y "persona de derecho".

(27) Cf. la discusión en Heck, *Sachenrecht*, § 42, 10.

(28) *Interessenjurisprudenz*, p. 11.

(29) Es por ello característico que el intento de Schönfeld de crear una nueva sistemática y una nueva dogmática (*Rechtsperson und Rechtsgut, Festgabe für das Reichsgericht*, vol. II) parta de conceptos de esencia y no de conceptos de orden. - La contraposición entre conceptos técnicos y conceptos normativos es caracterizada por Kaufmann como diferencia entre "conceptos técnico-jurídicos" e "ideas jurídicas", *Clausula*, p. 51.



520

05

Puede decirse, en resumen, que la aplicación del derecho tiene que partir siempre de puntos de vista valorativos y de utilidad subyacentes al orden jurídico, y tiene que juzgar la situación según sus rasgos esenciales, y no según su estructura formal. La subsunción lógica es a lo sumo de importancia en la fase preparatoria. Modificando una frase de Heck podría decirse: *ninguna decisión está plenamente fundamentada si no permite apreciar claramente los juicios de valor en que se basa.*

En este contexto se presenta un fenómeno notable. Resulta, en efecto, que las reglas establecidas por el derecho positivo, las valoraciones contenidas en éste, son mucho más fecundas de lo que podía imaginar el mismo legislador. Con ellas pueden decidirse más casos de los previstos por el legislador.<sup>(30)</sup> El fundamento de este fenómeno se encuentra por una parte en la tónica de la situación social, ya a menudo destacada, y que frecuentemente suscita situaciones comparables en ámbitos vitales totalmente diversos (piénsese por ejemplo) en el fenómeno del poder en el ámbito político y en el económico), y, por otra parte, en el inagotable contenido de los valores morales a los que apela el legislador y de los cuales la conciencia humana puede obtener las líneas rectoras de su comportamiento en las más diversas situaciones. La regulación del § 1004 del Código Civil alemán, por ejemplo, es también adecuada para las lesiones de otros bienes protegidos por el derecho privado. Al tomar una decisión para una determinada situación social, el legislador codecide al mismo tiempo una serie más de situaciones análogas. Al remitir al juez a determinados valores morales, él proporciona una norma que le será útil en muchas situaciones nuevas. El ejemplo más señalado de esta extensión de la norma es probablemente, en el derecho alemán, el destino del § 242 del Código Civil. Aunque por su posición sistemática el artículo no está pensado más que como criterio de cumplimiento de obligaciones, el principio que contiene se ha situado en una posición de norma dominante del derecho privado y hasta del derecho entero.

Este fenómeno de la fecundidad de la decisión es precisamente el motivo de la creencia en que exista una interpretación objetiva o autónoma de la ley, independiente de la voluntad del legislador concreto. Como el derecho contiene gran cantidad de tales puntos de vista decisorios cuya plena fecundidad de

(30) Cf. E. Kaufmann, *Clausula*, p. 86.

aplicación no ha podido ser contemplada por el legislador, se cree poder prescindir totalmente de las ideas y las intenciones de éste para interpretar el derecho desde y por sí mismo. No hay duda de que toda creación espiritual - por tanto, también del derecho -, una vez desprendida de su creador, desarrolla una vida propia, en el curso de la cual va apareciendo poco a poco su contenido y llegando a conciencia. La historia de toda obra de arte es una buena prueba de esto. Pero el hecho no justifica la interpretación autónoma. El juez no tiene con la ley la relación del contemplador de la obra de arte - una relación subjetiva -, sino la relación objetivamente determinada del servidor; el juez es órgano de la comunidad; y tiene que ejecutar la voluntad de ésta tal como está históricamente depositada en la ley. Como un buen músico que ejecuta una pieza histórica tiene que aspirar a una interpretación fiel al sentido del autor de la pieza, así también el juez tiene que interpretar el derecho en el sentido del legislador histórico. Cuando traslada su contenido a nuevos hechos, no lo hace en fuerza de una "interpretación autónoma", como observa Heck con razón, sino por la obligación de obediencia "con sentido", obligación que tiene el juez respecto de la ley, y por lealtad al inagotable o inagotado contenido de las valoraciones legales mismas.

Una vez aclarada la tarea de la ciencia del derecho, podemos tomar posición respecto de la contraposición entre la jurisprudencia dogmático-sistemática y la empírico-casuística. La cuestión puede formularse así: ¿en qué sentido es posible y tiene sentido una dogmática jurídica, un sistema jurídico?

Naturalmente que no se trata a este propósito de la sistemática meramente ordenadora que da forma dominante a la exposición del material jurídico. Una tal ordenación de materiales es imprescindible para toda exposición sistemática. Pero sus puntos de vista son más o menos externos y arbitrarios. Nuestra pregunta se refiere más bien a si no hay, por encima de ese nivel, una *unidad presente en el material mismo* y que la ciencia del derecho tenga que investigar y exponer conceptualmente para posibilitar una decisión adecuada a la cosa y a los objetivos.

Luego de las anteriores discusiones un punto debería estar ya claro a este respecto. Una unidad lógico-formal según el modelo de la matemática, en la que se deducen de unos pocos axiomas todas las demás proposiciones por vía silogística, no puede obtenerse de la materia jurídica. El derecho no es un

producto de la deducción lógica; se basa en decisiones valorativas; no puede pues buscarse en él un sistema puramente lógico. "Sólo la pregunta correctamente puesta descubre la realidad en sus conexiones".(31)

Pero esto no significa sin más que no pueda darse en el derecho una unidad "natural"(32) derivada de la cosa misma, ni que el derecho sea necesariamente un mero conglomerado informe de decisiones particulares sobre litigios sociales, como puede parecer desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses y de la casuística extrema. También el derecho posee una unidad natural, que descansa en dos momentos.

1. Todo derecho positivo se basa en ciertas ideas valorativas que constituyen una conexión histórica en sí mismas y que, como espíritu de una nación o de una época, como concepción de la idea del derecho, forman una totalidad histórico-concreta.(33) Así por ejemplo el derecho romano clásico se basaba en el cosmos de tradición y humanidad, autoridad y libertad, fidelidad y seguridad jurídica, tal como tan notablemente lo ha descrito Fritz Schulz.(34) Así, por ejemplo, también el derecho del siglo XIX se basa en las "ideas de 1789", es decir, en la libertad personal y en la igualdad, con sus correlatos político-económicos: estado de derecho, parlamentarismo y libre economía de mercado. Aquí encuentra pues la ciencia del derecho una *unidad histórica* que tiene que investigar y describir o exponer para poder preparar sistemáticamente la decisión judicial a partir del derecho positivo. Böhm ha mostrado la importancia de esa fundamentación sistemática y científico-cultural a propósito del problema de la interpretación del concepto de "libertad de profesión".(35)

Pero tras esta unidad histórica de las ideas valorativas se encuentra la conexión sistemática de los valores éticos mismos a los que está esencialmente vinculado todo orden jurídico. Esta conexión influye y obra siempre en el derecho positivo(36) - piénsese, por ejemplo, en la correlación valor-antivalor - y no puede por tanto tampoco ser pasada por alto por la ciencia del derecho. Conceptos como lealtad y

(31) Walter Eucken

(32) Sobre el "sistema natural", cf. Schönfeld, *Rechtsperson und Rechtsgut*, p. 197.

(33) Cf. sobre este concepto Troeltsch, *Der Historismus und seine Probleme, in Gesammelte Schriften*, vol. III, p. 32.

(34) *Prinzipien des römischen Rechts*.

(35) Cf. su escrito *Die Ordnung der Wirtschaft*, 1937.

(36) De esto hemos hablado ya al discutir el derecho natural.

confianza, buenas costumbres, equidad, arbitrariedad, sin los cuales no hay derecho que pueda funcionar, nos recuerdan precisamente esa conexión.

2. El derecho penetra y obra en una conexión vital que muestra ella misma una cierta articulación "natural" en ámbitos y fenómenos vitales, con cierta legalidad propia. Desde antiguo distinguimos según esas articulaciones derecho privado como aquella parte del derecho que "abarca las relaciones que se consuma la vida del hombre individual: protección de la persona y de libertad de acción, patrimonio, familia", (37) del derecho público, en cuyo centro se encuentran el estado, su organización, su actividad y sus límites. Ellos hay que añadir el derecho de la Iglesia y el derecho del trabajo con derechos de ámbitos vitales propios y característicos.(38) En el seno de cada uno de sus ámbitos vitales tropezamos con determinados fenómenos sociológicos: comunidades, relaciones contractuales, etc., que tienen un contenido investigable aunque no necesariamente constante desde el punto de vista histórico. Tampoco estos datos pueden ser pasados por alto por la ciencia del derecho. La ciencia del derecho tiene que exponer cómo surgen las regulaciones positivas concretas y la aplicación de las valoraciones fundamentales a los diversos ámbitos de vida. Así se hace con los fundamentos de un sistema natural, esto es, un sistema prefigurado en la naturaleza de la cosa.

Establecer y exponer ese sistema no es una cuestión de mera estética jurídica(39) o de orden formal, sino que se encuentra más bien en la esencia de la jurisprudencia. Pues está al servicio de la preparación y posibilitación de la decisión jurídica justa en el caso particular. Como hemos visto, el derecho trabaja con conceptos esenciales valorativos éticos y sociales, esto es, con conceptos que, por su esencia, tienen por objeto valores ético-políticos: fenómenos sociales, como buena fe, libertad de profesión, honor, persona; es decir, conceptos esenciales constituyen incluso los conceptos fundamentales y principios normativos y que mantienen en conexión todas las decisiones y regulaciones particulares. La jurisprudencia tiene que elaborar y destacar todos esos conceptos esenciales, precisando su relevancia. Pero no puede hacerlo sin

(37) Tal es la hermosa definición de Fr. J. Stahl, *Philosophie des Rechts*, I, 255.

(38) Cf. la exposición clásica de los ámbitos vitales en el derecho por Puchta, *Kursus der Institutionen*, ed., I, 54.

(39) Así Somló, *Institutionen*, 17a. ed., p. 32.



520 05

partiendo de la unidad del orden de los valores y de la conexión vital, es decir, del sistema. Pero ello es el *sistema* el fundamento necesario de la *dogmática* como exposición de los conceptos jurídicos esenciales y fundamentales. Una dogmática así entendida es - junto con el análisis de los casos desde el punto de vista de los intereses - el fundamento de una decisión jurídica científica que, como signo de nuestra perfeccionada ciencia, debe ocupar el lugar de la jurisprudencia casuística meramente intuitiva.

En este sentido la jurisprudencia dogmático-sistemática iba por buen camino. Su error consistió en ampliar indiscriminadamente a los conceptos generales su correcta afirmación de que la concepción de la esencia de los valores éticos y de los fenómenos sociales es relevante para la decisión jurídica, confundiendo así el sometimiento a decisiones valorativas con la subsunción lógica. No debemos seguirla por ese falso camino. Pero debemos esforzarnos por conseguir la comprensión conceptual de los factores normativos. Y, para conseguirlo, tenemos que rebasar necesariamente el derecho positivo, recurriendo a los fenómenos históricos y éticos.(40) Ni siquiera en los tiempos del positivismo perdió totalmente conciencia de ello la jurisprudencia. Así lo muestra la discusión sobre la personalidad de las asociaciones en la vida jurídica del siglo pasado. Por ambas partes - germanistas y romanistas - se recurrió siempre al mismo fenómeno mismo, a la esencia de la persona humana y a la de las asociaciones, porque se tenía conciencia de que el concepto de persona aludía a algo etajurídico, dado al derecho.(41)

En esta limitación a elementos normativos, la jurisprudencia dogmático-sistemática está, pues, justificada como fundamento de la decisión.(42) Estos fenómenos han sido, por lo demás, los que constituyeron su punto de partida en la ciencia jurídica clásica alemana, con Savigny y Puchta. El que la sistemática del siglo pasado rebasara esos límites y contemplara como lógico-formal la idea que el derecho puede recibir de esos elementos, cuando en realidad se trata de una unidad valorativo-material, se debe probablemente a la influencia

Cf. Schönfeld, *Rechtsperson und Rechtsgut*, pp. 192 y s., 198.

Cf., por ejemplo, la controversia entre Gierke y Hölder; Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, I a.

A esto hay que añadir, naturalmente, la clarificación de los conceptos técnicos. Pero esta tarea no tiene una relevancia propiamente normativa.

de Hegel, que concebía el desarrollo histórico del derecho como desarrollo lógico de la idea del derecho.(43) Frente a esa concepción hay que insistir en que la unidad y la sistemática del derecho no pueden ser más que las propias de un orden valorativo y vital, y no las de una lógica destructiva. La tarea de la decisión del caso particular determina el alcance y el sentido de toda dogmática jurídica, y tampoco la formación de conceptos esenciales puede eliminar el tratamiento del caso, sino sólo prepararlo.

Como es natural, esta limitación no excluye la clasificación dogmática de los conceptos de orden y conceptos generales que se presentan en el derecho. También esta tarea es imprescindible para la ciencia jurídica. Pero sus límites se encuentran en el hecho de que esos conceptos no pueden ser convertidos en elementos normativos, fundamentos de la decisión jurídica. La decisión tiene que apoyarse siempre en los fines y valores propiamente dichos.

## II

El tratamiento del derecho concretamente válido constituye el núcleo de la ciencia jurídica. Pero a ese núcleo se añaden una serie de disciplinas auxiliares que debemos considerar ahora brevemente. Lo único que nos ocupará será, de todos modos, la importancia de estas disciplinas para la comprensión del derecho positivo, dejando aparte su importancia o significación general y propia como ciencias.

Desde este punto de vista, el valor auxiliar de la *historia del derecho* se cifra en tres momentos.(44)

Como *historia de las ideas y de la dogmática* es el fundamento de la comprensión histórica del derecho vigente. Nadie puede comprender correctamente el derecho privado del Código Civil alemán o del Código napoleónico si no conoce la historia ideológica del liberalismo.(45)

(43) El mismo punto de partida vuelve a presentarse en Schönfeld, *Rechtsperson und Rechtsgut*, pp. 192, 195.

(44) Cf. el excelente tratado de Mitteis, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*.

(45) Por eso es sin duda imprescindible que en la enseñanza la historia del derecho se lleve hasta el derecho vigente.

Como *historia de los problemas* estudia las diversas soluciones halladas para un mismo problema - el tratamiento del error en el negocio jurídico, por ejemplo - en las diversas fases del desarrollo del derecho. Con este carácter la historia del derecho es útil para la comprensión del derecho vigente al presentar la solución de éste como una entre varias soluciones posibles. Así posibilita la comprensión de las peculiaridades del derecho positivo sobre el transfondo de los problemas generales. (46)

Como *historia del desarrollo del derecho* (47) tiene que estudiar el de venir del derecho en relación con la evolución general social y cultural. Muestra aquí cómo va apresándose progresivamente en su desarrollo la idea del derecho; estudia el desarrollo de ésta en la realidad social, su influencia en el orden social, su lucha con el poder. Muestra cuáles son las fuerzas que han sostenido y promovido la formación del derecho - fuerzas cognoscitivas, éticas, religiosas - y cuáles la han obstaculizado; precisa qué condiciones sociológicas son favorables al derecho, y cuáles le son nocivas. Con todo ello suministra el material de la *sociología del derecho*. ¿Cómo podría explicarse los peligros que significan para la conservación del derecho el poder excesivo y la excesiva desigualdad en la distribución de la propiedad mejor que exponiendo la decadencia de la república romana y de su constitución? ¿Cómo podría mostrarse la indivisibilidad de la libertad, la indefensión en que se encuentran las libertades individuales sin una libertad general, mejor que en el estudio de la historia del estado estamental medieval en el continente? La historia general del derecho nos muestra la vida del derecho en la pugna con los demás factores de la vida social. Por ello es la mejor escuela preparatoria para el jurista que tiene luego que afirmar e imponer el derecho en la lucha de las fuerzas sociales de su época.

(46) Cf. Mitteis, *Vom Lebenswert*, etc., pp. 78-79. Con razón subraya, sin embargo, Mitteis que las comunes "introducciones históricas" a que tan aficionados son los doctorandos en sus tesis no suelen conseguir ese objetivo. Una introducción histórica que no profundiza hasta la exposición de concretas soluciones a concretos problemas no tiene ningún valor.

(47) Ésta, por lo demás, no puede darse más que para el marco y en el marco de cada cultura nacional. La idea de Kohler de elaborar una historia universal del derecho ha demostrado ser irrealizable. Sólo ciertas tendencias evolutivas generales pueden determinarse por medio de la comparación empírica, especialmente por lo que hace a épocas remotas. Ocurre con la historia del derecho lo mismo que con la historia universal: es imposible descubrir un objetivo general de la evolución.

El *estudio del derecho comparado* está ante todo al servicio de la necesidad práctica de conocer derecho extranjero, necesidad que puede llegar a ser muy importante a causa de las relaciones entre los diversos pueblos. Pero si importancia propia se da en el terreno de la teoría general del derecho. El derecho comparado permite apreciar cómo han sido resueltos los diversos problemas por los diversos órdenes jurídicos. Amplía así nuestro conocimiento de las soluciones que son posibles para un determinado problema y que han sido además experimentadas en la práctica. Aclara así el hecho de que la regulación ofrecida por el derecho vigente no es más que una entre varias posibles. Hace que destaquen sus características, sus excelencias y sus deficiencias. Y así no muestra con más precisión en qué medida la solución propia está condicionada objetivamente y es necesaria, en qué medida es en cambio arbitraria. Es resolución: el derecho comparado también nos permite comprender nuestro propio derecho en base a la generalidad, y contribuye así al cumplimiento de la exigencia que hemos formulado al hablar de la comprensión histórica.

Por último, ya al principio hablamos extensamente de la importancia de la *filosofía del derecho*. (48) Ella nos muestra la conexión en la que se encuentran el derecho y sus problemas gnoseológicos, e intenta mostrar el sentido del obra jurídico en la existencia humana.

(48) Cf. cap. I.



520 05

## OBSERVACION FINAL

Hemos estudiado el derecho en sus fuentes psicológicas, sus condiciones sociológicas y sus fundamentos éticos. Al final de nuestro camino tenemos que volver a plantear la cuestión del sentido metafísico de la formación del derecho.

Recordemos brevemente nuestros resultados. Tenemos que partir del hecho de que la "convivencia bajo leyes jurídicas" - para usar la expresión de Kant - no es la única posibilidad de convivencia humana. El hombre vive por de pronto en las comunidades personales de la familia, la amistad, etc., y en las grandes comunidades suprapersonales de la nación, la iglesia y la cultura. Esas relaciones comunitarias determinan su existencia en medida infinitamente mayor que el orden jurídico, el cual se añade como mera regla externa a esas comunidades vividas. Para la comprensión del sentido vital del derecho es extraordinariamente importante tener presente este hecho.

Por otra parte, el derecho responde a una profunda necesidad humana. Está al servicio de la seguridad de la existencia. Dando un orden firme a la vida social, el derecho intenta eliminar de la existencia humana el peligro que nace de la intranquilidad de la vida social, la pugna de las aspiraciones y las pasiones humanas, y dar a aquella existencia continuidad y firmeza, previsibilidad y seguridad. En las grandes comunidades impersonales, en las que el hombre no está ya sostenido por ningún lazo de inclinación personal, ese orden se convierte en una necesidad si se quiere evitar la producción de la lucha caótica de todos contra todos. En este sentido el derecho está en relación con las demás tendencias del hombre creadoras de claridad y de tranquilidad: la ciencia, el arte, la moralidad y la educación; el derecho es una parte de la cultura. Pero la voluntad de derecho no ha conseguido hasta hoy superar totalmente las fuerzas que se le oponen. La lucha violenta, el poder arbitrario, la aniquilación por ciego odio apasionado siguen siendo grandes potencias en el mundo de los hombres. Aún está pendiente la tarea de dar a los pueblos un orden de paz.

Históricamente, y en la medida en que es posible contemplar un desarrollo general, vemos que el derecho nace cuando los estrechos lazos personales de las comunidades vitales, familia en sentido estricto y en sentido amplio, tribu, etc.,

no bastan ya o empiezan a debilitarse. El primer objeto del derecho parece haber sido la regulación de las relaciones entre las familias en sentido amplio en el marco del estado y de la nación; como la religión, el estado permanece mucho tiempo ligado a valores tribales y étnicos. Cuando se relajan los lazos personales de esas arcaicas comunidades y cobra importancia la personalidad del individuo, empieza el derecho a crecer y desarrollarse. Esta es probablemente la significación de la sentencia que se conserva de Lao-tse: "Cuando se ha perdido el espíritu, se recurre al amor a los hombres. Cuando se ha perdido el amor a los hombres, se recurre a la justicia". El derecho se desarrolló de par con la autoconciencia del individuo y con el respeto de que ésta disfruta; y crece también con la dimensión impersonal de las comunidades. Si realmente es lícito formular alguna inferencia partiendo de la consideración de su historia, puede decirse que el derecho parece estar en correlación con la importancia del individuo aislado en el grupo.

En su evolución, el derecho ha absorbido desde antiguo ideas religiosas y morales. Cuando se desarrolla plenamente, hallamos en su suprema capa esencial valores morales en obra: la justicia, el respeto al prójimo, la libertad, la lealtad y la veracidad. El derecho ha tenido su papel activo y beneficiario en el paso de la religión y la moral al absoluto, paso producido en las grandes culturas. En dura lucha con la voluntad de poder del individuo y del grupo, el derecho ha llegado a ser, al menos en parte, un orden éticamente fundado. Así se nos ofrece hoy: técnicamente complicado, apenas visible en la totalidad de sus detalles, pero dominado sin embargo por unas cuantas grandes ideas éticas que parecen estar en una profunda y previa conexión con su esencia y de las que no puede desprenderse sin contradecirse a sí mismo.

El derecho está, pues, vinculado al gran reino de lo moral en el que se encuentra la vida del hombre. Crear auténtico derecho, establecer un orden social libre y verdaderamente justo, se presenta como deber moral. Cierto que el derecho no agota la moralidad ni la agotará nunca. Sólo unos pocos valores morales pueden realizarse en el derecho. Medida según la escala del gran reino de lo moral, la tarea de la formación del derecho y de su realización es modesta. Hay a su lado tareas más altas y mayores, y el orden jurídico mismo necesita siempre la educación mediante una comunidad moral omnicompreensiva, que ha sido hecha posible por las grandes religiones, y ante todo por el cristianismo.

Pero, una vez conformado según justicia, el derecho crea los presupuestos sociales de un desarrollo libre y según esencia de la personalidad moral, y es por tanto uno de los fundamentos de la moralidad en el mundo social.

El sentido del derecho en la vida humana depende en última instancia del sentido de lo moral. Sólo la afirmación de las exigencias éticas de justicia, libertad y humanidad permite que el derecho se presente como una formación con sentido. Si los supremos bienes de la vida son el poder, la violencia y la lucha, el derecho no tiene nada que decir. Pero el entendimiento humano no sabe cuál es el sentido de lo moral en la última esfera, en el plan del universo. Lo moral nos obliga; esto está fuera de duda. Pertenece al ámbito de lo absoluto, único ámbito que permite al hombre dar un sentido a su vida mortal. Pero la existencia de los valores morales en nuestra vida no es, en fin de cuentas, enigmática. Ciertamente que la fe ha enlazado lo moral y el derecho con lo santo, con la existencia de Dios y con su voluntad, dándoles así una significación supramundana; cierto también que el pensamiento filosófico y religioso ha seguido a la fe por ese camino y venera en el derecho natural el pensamiento y la voluntad de Dios, y en el derecho positivo su gracia mantenedora. Esto corresponde a una profunda nostalgia del hombre; pero sólo la fe puede llegar a esa zona; el conocimiento es incapaz de adentrarse en ella. Al conocimiento, el derecho le parece estrechamente vinculado al mundo de los hombres, y por eso tiene que contentarse con sorprender en ese mundo algunas conexiones y rastrear lo más lejos posible su significado. Pero el conocimiento no puede penetrar en la conexión significativa del todo. "El sobreabundante premio de nuestros esfuerzos fue descubrir que en la casualidad y en las confusiones de esta tierra se encuentran medida y regla imperecederamente incrustadas." (E. Jünger).

#### APENDICE I

### LA TEORIA PURA DEL DERECHO DE KELSEN

El objetivo de la teoría pura del derecho es conseguir una ciencia jurídica libre de elementos científico-naturales, éticos y políticos, esto es, una ciencia jurídica que se distinga claramente de las ciencias de la naturaleza y de una sociología entendida en sentido científico-natural, así como de la moral y del derecho natural que está en conexión con ella.(1)

La teoría alcanza este objetivo limitándose a la elaboración de la *peculiaridad pura, lógico-formal del derecho*, renunciando conscientemente a todo análisis de contenido y declarando incluso irrelevantes todas las distinciones materiales o de contenido (como pueda ser la distinción entre derecho público y derecho privado). El contenido del derecho está determinado por luchas de intereses;(2) es poder organizado.(3) La justicia es inconceptuable desde el punto de vista del contenido, y es mera ideología, valoración subjetiva; la aspiración a ella es aspiración a la felicidad.(4) Por ello un análisis científico no puede basarse en el contenido significativo del derecho, puesto que tiene que buscar lo permanente; el estudio del contenido debe dejarse por una parte a la sociología, y, por otra, a la ciencia práctica del derecho.

La pura ciencia jurídica se caracteriza además por el hecho de no ser una ciencia natural causalista, una ciencia del ser, sino una ciencia normativa ordenada al conocimiento de normas (ciencia del deber ser). En el marco de las ciencias normativas, en el que se encuentra también la ética, por ejemplo, la ciencia del derecho se caracteriza y distingue por el hecho de que se orienta hacia normas de un determinado tipo, a saber, normas que, por su estructura lógica, son *juicios hipotéticos* que precisan una determinada consecuencia constrictiva para el caso de presentarse determinadas circunstancias fácticas. La conexión

(1) *Reine Rechtslehre*, Leipzig, 1934, p. 1.

(2) *loc. cit.*, p. 15.

(3) *loc. cit.*, p. 70.

(4) *loc. cit.*, pp. 13 y 14.



520

05

entre hecho y consecuencia no tiene el carácter de la dependencia causal, sino, de acuerdo con la naturaleza del deber ser, el carácter de la *imputabilidad*. Ejemplo: si se presenta tal hecho delictivo, el juez penal debe penar al autor. Si el vendedor no realiza su prestación, el juez civil debe condenarlo, etc.(5) Pues el derecho es un orden constrictivo o coactivo; la coacción le es esencial.(6)

Las normas se encuentran entre sí en una conexión de fundamentación que va desde el concreto negocio jurídico, la sentencia o el acto de la administración, pasando por la ley y el decreto, hasta la constitución del estado. Así surge una estructura escalonada de normas. Las normas de todos los estados quedan finalmente en conexión mediante el derecho internacional, pues éste decide de la cuestión: ¿cuándo existe un estado?(7) Así se obtiene el principio del *orden jurídico mundial*.

La unidad sistemática de todas las normas jurídicas en su fundamento de validez exige por último la admisión de una "norma hipotética fundamental". Ésta ordena reconocer como derecho lo que el legislador (o el derecho internacional) ponen como derecho. Ella "da al acto del primer legislador... el sentido del deber ser".(8)

Las concepciones de Kelsen están en relación con la filosofía de los neokantianos; esto explica el punto de partida fundamental, la rigurosa separación entre ser y deber ser, ciencia causal y ciencia normativa, así como el intento de comprender el derecho exclusivamente desde el punto de vista de su estructura lógico-formal, pues nada material y de contenido es accesible a una intelección universalmente válida. Podría decirse de la teoría de Kelsen lo que se ha dicho de todos los neokantianos: su filosofía es filosofía como "lógica, teoría del conocimiento y metodología".(9)

De modo aún más pregnante y de principio ha formulado F. J. Stahl esa crítica frente a Kant mismo. Stahl critica el formalismo de la ética kantiana, que coloca el imperativo categórico formal en el lugar de una ética de contenidos materia-

(5) *loc. cit.*, p. 22.

(6) *loc. cit.*, p. 26.

(7) Kelsen identifica el estado con el orden jurídico. Cf. *loc. cit.*, p. 117.

(8) *loc. cit.*, p. 66

(9) Troeltsch, *Gesammelte Schriften*, III, p. 22.



les, con las siguientes palabras: "Para él (Kant) la ley moral es una consecuencia de la ley del pensamiento, y él mismo declara explícitamente que el concepto de bien tiene que ser deducido de una ley anterior que es la ley del pensamiento que suele llamarse principio de universalidad o de no contradicción". Stahl dice con razón que así la ética se disuelve en mera "corrección del pensamiento".(10)

La teoría ha sido tan criticada cuanto aceptada. La discusión crítica fundamental es la de E. Kaufmann en *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*.(11) Yo desearía destacar los siguientes puntos críticos:

1. Kelsen contempla la ciencia del derecho como una ciencia del espíritu. Pero no hay comprensión de contenidos espirituales si se elimina por de pronto esos contenidos. La consideración de las meras estructuras lógicas no es suficiente. Kelsen deja en este punto sin considerar todo el desarrollo de las ciencias del espíritu.

2. La doctrina de Kelsen es, como él mismo indica, una teoría del positivismo jurídico.(12) Pero con eso está dicho que no está libre de metafísica, como ella afirma, sino que admite como correcta una determinada posición metafísica, a saber: que el orden social se produce exclusivamente por la lucha de los intereses materiales, que la aspiración moral es en el mejor de los casos un engaño psicológico, que el contenido del orden jurídico es ilimitadamente variable y que, por tanto, no existe una relación necesaria entre el derecho y determinadas exigencias morales. El *ethos* de su doctrina del derecho internacional, *ethos* favorecedor de la unión entre los pueblos, y que seguramente no es uno de los motivos menores de la fuerza de atracción de su teoría, carece en el fondo de fundamento en los presupuestos metafísicos de Kelsen.

3. La independencia respecto de la determinación causal no se consigue sino aparentemente, puesto que en cabeza de todo el sistema normativo se encuentra la norma hipotética fundamental, la cual convierte el poder social efectivamente existente en un poder jurídico.

4. La distinción entre ser y deber ser, fundamental para Kelsen, se basa en un concepto del ser demasiado estrecho, limitado al ser real. Pero también las normas son ser - ser ideal -.

(10) *Rechts- und Staatslehre*, 1845, I, p. 87

(11) Cf. sobre todo pp. 20-22, 25-26, 31, 85 y 87.

(12) Cf. p. 38.

## APENDICE II

EL MOVIMIENTO  
DEL DERECHO LIBRE

La escuela del derecho libre es una dirección de la ciencia jurídica alemana que surgió a fines del siglo pasado y principios del actual. Esta escuela subrayó:

1. Frente a la ciencia de orientación conceptual y sistemática, el carácter voluntarista de toda creación y decisión de derecho. Toda sentencia judicial es una decisión de voluntad valorativa en un conflicto de intereses.

2. Frente a la fe en la ley, propia de aquella ciencia, el carácter necesariamente lacunario de todas las leyes, con lagunas que no pueden ser colmadas mediante el mero arte constructivo.

3. La necesidad de colmar esas lagunas mediante la decisión libre y responsable del juez. El derecho así creado, no procedente de la ley estatal, era el "derecho libre".

En relación con esto postulaba la escuela una reforma de la administración de justicia según modelo inglés, para destacar más la personalidad del juez.

Se encontrará una exposición brillante y apasionante de las tendencias de esta escuela en H. U. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, y una historia detallada en Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, pp. 19 y ss., 28 y ss.

## APENDICE III

LA DOCTRINA DEL DERECHO  
JUSTO DE STAMMLER

1. La filosofía del derecho de Stammler procede de la escuela neokantiana marburguesa. La escuela de Marburgo, como todo el neokantismo, no parte del fenómeno óntico mismo (por ejemplo, el derecho), sino del pensamiento humano sobre los fenómenos. Examina el contenido de la conciencia humana y se pregunta por los presupuestos lógicos últimos del pensamiento. Según una expresión del filósofo del derecho Emge, también procedente del neokantismo, la filosofía es para la escuela marburguesa el retroceso a los puros conceptos aprióricos o conceptos de la razón, entendiendo por "a priori" aquello que puede obtener justificación más que en la esfera de lo lógico.<sup>(13)</sup> Sus investigaciones, pues, quedan siempre reducidas (en cuanto a su objeto) al ámbito de la conciencia humana; para los neokantianos, la verdad, según la crítica observación de Nicolai Hartmann, es una "mera concordancia inmanente de los conceptos y los juicios".<sup>(14)</sup>

2. Lo mismo puede decirse de Stammler. Para él, "la esencia de una cosa es la *unidad de las condiciones bajo las cuales la concebimos concordemente*".<sup>(15)</sup>

Consiguientemente, en la investigación de los fenómenos sociales Stammler parte de los conceptos que nos hacemos de esos fenómenos.<sup>(16)</sup> En el contenido de nuestra conciencia podemos distinguir, según Stammler, elementos constantes y elementos variables. Los constantes constituyen los conceptos generales, y los cambiantes forman el contenido concreto y cambiante en cada caso. Stammler da a los primeros el nombre de *forma* (lógica). La forma es "la unidad de los elementos permanentes y determinantes del pensamiento".<sup>(17)</sup>

(13) Cf. Emge, *Archiv Für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, XVII, pp. 551, 528. - Característico también Nelson, *System der philosophischen Rechtslehre*, p. 10.

(14) *Ontologie*, p. 232.

(15) *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 40. *Cursiva mia*.

(16) *Wirtschaft und Recht*, p. 119.

(17) *Wirtschaft und Recht*, p. 119.

73

Cuando, por ejemplo pienso en el apartado I del § 105 del Código Civil alemán, puede distinguirse en mi representación:

- a) El contenido del § 105: "la declaración de voluntad de un incapaz es nula".
- b) La idea, compensada, de que se trata de un precepto jurídico.(18)

Esta segunda representación - la general - es el presupuesto lógico (condición) de la primera; no puedo pensar "ningún concreto precepto jurídico" sin presuponer el concepto más general "precepto jurídico".

Partiendo de un determinado y concreto contenido de conciencia, puedo seguir preguntándome progresivamente por los conceptos generales que constituyen los presupuestos lógicos de mi concreta representación; por ejemplo: el precepto "la declaración de voluntad de un incapaz es nula" es un elemento del Código Civil alemán. El Código Civil es un elemento del derecho alemán. El derecho alemán es derecho positivo del imperio(19) alemán. Es derecho. Así llegó a una serie de conceptos generales cada uno de los cuales es condición lógica del anterior. "Puesto que la forma de un concepto es la unidad de sus elementos intelectuales permanentes y determinantes, la cuestión de dichas condiciones generales puede repetirse incluso en el marco de un solo concepto que se presente precisamente como condición formal de especiales contenidos de la conciencia. En este caso hay que distinguir también en este concepto supraordinado los elementos generales y constantes de aquellos otros que resulten ser cambiantes y múltiples, hasta llegar a la idea que no pueda ya descomponerse ulteriormente en su formulación conceptual".(20)

Así se llega finalmente a ciertos "conceptos fundamentales" supremos y no derivables. Los conceptos fundamentales son conceptos de orden. Ellos posibilitan la ordenación de nuestros contenidos de conciencia. Stammler los llama incluso "procedimiento". "Un tal concepto fundamental es en sí simplemente un procedimiento fundamental para determinar homogéneamente material diverso (scil., de concretos contenidos de conciencia). Se agota en la tarea de ser un modo formal del ordenar y del juzgar." Esos conceptos son "formas puras".(21)

(18) *Wirtschaft und Recht*, p. 112.

(19) *Sic.* (N. de T.).

(20) *Wirtschaft und Recht*, p. 119.

(21) *Wirtschaft un Recht*, pp. 119-120. Cursiva y paréntesis míos.



Con su ayuda se hace imposible un contenido consciente y ordenado, y, especialmente, una contemplación científica del tema dado.

3. a) Con ese método se enfrenta Stammler con la vida social y se pregunta ante todo por los conceptos generales con los cuales concebimos los fenómenos de la vida social. Tenemos que "analizar lógico-objetivamente los conceptos y los juicios en los que cumplimos conocimiento social, descomponiéndolos en su contenido".(22) También aquí, pues, el punto de partida es nuestra representación de la vida social.

La categoría formal con cuya ayuda podemos concebir la vida social es, según Stammler, el concepto de "regulación externa". Con esa expresión designa, por una parte, el derecho, y, por otra, las normas convencionales. Sólo con ayuda de ese concepto podemos concebir la vida social como tal. Stammler formula la pregunta: "¿Qué es lo que determina la convivencia social conceptualmente, distinguiéndola de la mera copresencia física?". Y contesta: "Este momento es la regulación humana de su tráfico y de su convivencia".(23) La regla convencional se diferencia del derecho porque sólo es válida en la medida en que el interesado se quiere someter a ella.(24) Tal es, por ejemplo, el caso de un código social del honor.

b) Por el mismo método se busca luego el concepto del derecho como aquel elemento lógico-formal que es condición lógica de toda representación jurídica particular(25) y, por tanto, universalmente válido.(26) El concepto del derecho se determina entonces por la circunstancia de que el derecho es "la voluntad invulnerable soberanamente vinculatoria".(27) "Voluntad vinculatoria" es una voluntad "que determina una voluntad múltiple como medio del tráfico",(28) es decir, una regulación externa(29) que vincula a muchos y está por encima de ellos.(30) El predicado "soberanamente" determina la cualidad del derecho que

(22) *Ibid.*, p. 13.

(23) *Ibid.*, p. 83.

(24) *Ibid.*, pp. 124-125.

(25) *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 6; cf. *Einleitung*, núm. 4.

(26) *Ibid.*, p. 4.

(27) *Ibid.*, p. 113.

(28) *Ibid.*, p. 75.

(29) *Ibid.*, p. 79.

(30) *Ibid.*, p. 77.

consiste en que su validez está sustraída a la voluntad de quienes le están sometidos,(31) y el predicado "invulnerable" el hecho de que vale "de una vez para siempre" (lo contrario sería la posición arbitraria de derecho para cada caso particular).(32)

c) Puesto que el derecho está determinado como parte de la voluntad, es posible retroceder lógicamente en otra dirección, por encima del concepto mismo de derecho: a saber, hasta la voluntad y sus fines posibles. Así nos encontramos ante los supremos conceptos ordenadores de la conciencia, la percepción y la voluntad, con los que están coordinados tanto el método causal (causa y efecto) cuanto la consideración teleológica (fin y medio).(33) Así llegamos a la *idea del derecho*. Ésta establece el enlace entre el *concepto* del derecho y el concepto de un puro reino de los fines. La idea del derecho no concibe pues una especial voluntad en su diferencia respecto de otros modos de voluntad, sino que significa la idea incondicionalmente idéntica de todas las especiales tendencias concordemente abarcadas por el concepto del derecho, al reducir aquéllas, en última instancia, y según leyes propias, al reino de la voluntad.(34) No se trata pues de dar un paso más en la dirección en que se buscó el *concepto* del derecho, sino de un progreso en otra dirección. Si antes habíamos procedido horizontalmente, por así decirlo, ahora avanzamos según la vertical. Partiendo del hecho de que el derecho cae bajo la voluntad, se pregunta ahora por los *fines posibles* de la voluntad jurídica. "Llamamos idea del derecho... a la idea de un procedimiento absolutamente válido para determinar unitariamente el contenido de todos los fines y medios posibles." Tampoco pues la idea del derecho es un estado ideal que haya que realizar, una imagen ideal obligatoria, sino un *procedimiento* que hace posible concebir toda voluntad jurídica como orientada según determinados fines supremos - es decir, la comprensión de toda voluntad jurídica según la unidad de sus fines prácticos. La concordancia de una determinada proposición jurídica con la idea de derecho - concordancia en el sentido indicado - recibe de Stammler el nombre de "corrección" o justicia del derecho; un tal derecho es "derecho justo".

(31) *Ibid.*, p. 96.

(32) *Ibid.*, p. 107.

(33) *Ibid.*, pp. 49-50.

(34) *Theorie, etc.*, p. 440.

Stammler subraya repetidamente que en la cuestión del derecho justo se trata también exclusivamente de un procedimiento formal, no de un examen en base a determinados contenidos morales. También se trata pues estrictamente de apelación reductiva a una forma lógica. "En este sentido, en la consideración que hay que llevar a cabo aquí la idea de corrección o justicia es, en su idea y sus principios, la forma de la consideración material de un contenido jurídico." ("La idea de derecho justo no tiene sino relevancia formal y sólo indica si determinado derecho se encuentra por su contenido en armonía con las propias ideas fundamentales.") (36) El contenido de la idea del derecho, su "fórmula" es la "comunidad de hombres de voluntad libre", la "comunidad pura"; ella es al mismo tiempo el "ideal social". (38) Por "voluntad libre" entiende Stammler por una parte, una voluntad "que no contenga esencialmente nada de peculiaridades de una tendencia condicionada. Tiene que estar libre de toda determinación meramente particular..." (39) Es la idea de la voluntad general, de la voluntad aún no orientada a fines determinados. Pero, por otra parte, Stammler entiende también con aquella expresión una voluntad moralmente pura. "Así queda para el individuo, como última tarea, la voluntad por el querer puro en el sentido de la pureza interior, mientras que para la comunidad subsiste el problema de asumir en el sentido del ideal social *la misma idea normativa de la pureza del querer*." (40) Así recibe el ideal social un contenido material. Ello corresponde a la tesis kantiana según la cual el derecho es la "libertad externa" del hombre, es decir, una libertad que tiene que posibilitar la decisión moral autónoma del hombre. (41)

Esto se manifiesta aún más claramente en los principios del derecho justos desarrollados por Stammler para posibilitar el juicio sobre la corrección o justicia de una determinada proposición jurídica en concreto. Esos principios son del siguiente tenor:

(35) *Richtiges Recht*, p. 27.

(36) *Ibid.*, p. 45.

(37) *Theorie, etc.*, p. 471.

(38) *Ibid.*, pp. 471, 474, 488.

(39) *Ibid.*, p. 443.

(40) *Theorie, etc.*, p. 494. Cursiva mía.

(41) Cf. la apelación explícita a la distinción kantiana entre libertad interna y libertad externa, *Theorie, etc.*, p. 494.

74

520 05

"El contenido de una voluntad no debe quedar entregado a la arbitrariedad de otro." (Por eso, por ejemplo, la esclavitud no es derecho justo.)

"Toda exigencia jurídica puede valer sólo en tal sentido que el obligado pueda valer para sí mismo como prójimo." (Por eso, por ejemplo, no es admisible una obligación que suponga el total sacrificio del obligado.) Éstos son los "principios del respeto".(42)

"Una persona vinculada jurídicamente no puede ser arbitrariamente excluida de la comunidad."

"Toda facultad de disposición jurídicamente otorgada puede excluir sólo en tal sentido que el excluido pueda ser aún prójimo de sí mismo..." Éstos son los llamados "principios de la participación".(43) En la aplicación de esos principios hay que considerar a los participantes en una concreta relación jurídica como una comunidad especial, y examinar luego si en la regulación positiva de sus relaciones han sido respetados los principios. Caso de haberlo sido, el derecho de que se trate es en ese caso concreto *justo*.(44)

4. Desde el punto de vista crítico hay que destacar:

a) El método utilizado por Stammler sigue la vía de la crítica kantiana del conocimiento. Stammler busca el concepto de "derecho" como categoría del pensamiento, y lo concibe así, tal como hace Kant con los conceptos de espacio y de tiempo. Pero el derecho no es una categoría de esa naturaleza,(45) sino un fenómeno fundamental del ser social. Y sus rasgos característicos no quedan reproducidos por un concepto general puramente formal; sólo pueden ser descritos partiendo de nuestra experiencia del fenómeno en cuestión. También en este caso tenemos que volver a la natural orientación del conocimiento a su objeto directo. Nuestro objeto tiene que ser el fenómeno fundamental irreducible,(46) y no unos conceptos lógicamente inderivables.(47)

(42) *Richtiges Recht*, p. 208.

(43) *Ibid.*, p. 211.

(44) *Ibid.*, p. 281.

(45) Breve, pero acertada crítica en Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 2.

(46) Cf. la crítica básica del neokantismo por Nik Hartmann, *Ontologie*, pp. 231 y ss., 48 y ss. Con especial referencia a la obra de Stammler, E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, p. 11.

(47) Para la crítica de su concepción, cf. Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915.



b) No es verdad que el derecho como "regulación externa" sea la categoría bajo la cual - y exclusivamente - podemos abarcar con el pensamiento la vida social. Th. Litt ha mostrado cómo, por el contrario, la vida social puede ser desarrollada por métodos psico-sociológicos a partir de los fenómenos de la "comprensión" y de la "relación".(48)

c) En el desarrollo del verdadero núcleo de su teoría, la teoría del "derecho justo", Stammler no es fiel a sus principios metodológicos. Lo que desarrolla en esa doctrina no es propiamente un conjunto de criterios formales, sino exigencias morales muy bien determinadas que se basan en las ideas morales de libertad y de igualdad. Así se ve que el intento de concebir el derecho de un modo puramente formal no puede conducir nunca a un "derecho justo", y que es inevitable el análisis de los *contenidos éticos* del derecho.(49)

d) La gran influencia de Stammler se debe seguramente menos a su método que al hecho de que frente al positivismo imperante a fines del siglo XIX, subrayó de nuevo la vinculación del derecho a ciertos supremos principios morales. Además, es importante por su método de planteamiento de la problemática. Junto con Kelsen, Stammler ha recogido la intención de la llamada teoría general del derecho - aclarar los conceptos fundamentales del derecho - con la metódica de la escuela de Marburgo y ha desarrollado la cuestión todo lo que le era posible por ese camino. Con ello ha consumado este tipo de planteamiento y lo ha superado a la vez.



BIBLIOTECA

(48) Cf. *Individuum und Gemeinschaft*, 1a. ed., pp. 12 y ss. Para la crítica de Stammler, cf. E. Kaufmann, *loc. cit.*, p. 14. - Kaufmann observa con razón: "Material social y norma jurídica se mueven en independencia recíproca: sin duda deben coincidir, pero no siempre lo hacen".

(49) Cf. la crítica de Stammler en Radbruch, *Rechtsphilosophie*, pp. 22 y ss., y de E. Kaufmann, *loc. cit.*, pp. 16-17.

85774

BIBLIOGRAFIA

- Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892.
- Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*. 1a. parte. 1877.
- Del Vecchio, *Die Gerechtigkeit*. 140.
- Del Vecchio, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Beiheft 34 des Archivs für Rechts-  
Sozial-philosophie. 1937.
- Ehrlich, *Die juristische Logik*. Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 115, pp. 125-4
- Emge, *Sicherheit und Gerechtigkeit*. Abhandlungen der Preuss. Akademie der Wis-  
chaften. Phil.-Histor. Curso, 1940. Nr. 9.
- Emge, *Über die Zusammenhänge Zwischen Soziologie un Rechtswissenschaft einers  
zwischen Religionsphilosophie, Geschichtsphilosophie und Rechtsphilosophie. ande  
seits. Eine Vorschule der Rechtsphilosophie*. Archiv für Rechts- und Wirtschaften pl  
sophie, XVII (1923 s.).
- Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*. 3a. edición, 1946.
- Hartmann Nic., *Ethik*, 1926.
- Hoche, *Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik*. 1932.
- Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. Archiv für die Zivilistische Pr  
Vol. 112. Pág. 1 y siguientes.
- Hoche, *Das Rechtsgefühl in Justiz und Politik*. 1932.
- Horvath, *Rechtssoziologie*. Beiheft 28 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosof  
1934.
- Husserl G., *Recht und Welt*. Husserl-Festschrift pp. 111-158.
- Husserl G., *Rechtskraft und Rechtgeltung*. 1925.
- Krauffmann E., *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*. 1
- Kelsen, *Reine Rechtslehre*. Leipzig. 1934.
- Klein, Franz, *Die Psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgelt  
Vorträge und Schrifteb zur Fortbildung des Rechts un der Juristen*. Fascículo 1. 191



528

05

- Litt, *Individuum und Gemeinschaft*. 1a. edición. 1919.  
 Mayer, H. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*. 1903.  
 Mensching, *Soziologie der Religion*. 1947.  
 Mitteis, *Über das Naturrecht*. Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin. Conferencias y escritos. Cuaderno 26. 1948.  
 Nohl, *Die sittlichen Grunderfahrungen*. 1947.  
 Radbruch, *Gründzüge der Rechtsphilosophie*. 1a. edición 1914; 3a. edición 1932.  
 - *Vorschule der Rechtsphilosophie*. 1947.  
 Riezler, *Apriorisches im Rechts*. *Zeitschrift für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*, XVII, 264 y siguiente.  
 - *Das Rechtsgefühl*. 1946.  
 - *Relatives und Absolutes im Recht. Homenage a L. Wenger*, 1, p. 23 y siguiente.  
 Ropke, *Die Krise der Modern Gesellschaft*.  
 Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2a. edición 1947.  
 Rothacker, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*. Handbuch der Philosophie. Sección 11. 1927.  
 - *Die Schichten der Persönlichkeit*. 4a. edición. Bonn, 1948.  
 Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2a. edición 1921.  
 Somló, *Juristische Grundlehre*. 1917.  
 Spranger, *Lebensformen*.  
 - *Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts*. Universitas 1948, p. 405 y siguiente.  
 Kaumann E., *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*. 1921.  
 Sthal, *Die Philosophie des Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 2a. edición. 1845-1846.  
 Stammler, *Die Lehre vom richtigen Rechte*. 1902.  
 - *Theorie der Rechtswissenschaft*. 1911.  
 - *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2a. edición. 1906.  
 Toennies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 4 y 5 ediciones. 1922.  
 Towney, *Religion and the Rise of Capitalism*. 1938 (Pelican Books. 1a. edición 1926).  
 Froeltsch, *Der Historismus und seine Probleme*. Ges. Schriften, 111, 1922.  
 Vierkandt, *Gesellschaftslehre*. 2a. edición. 1928.  
 Neber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*. 1925.



## INDICE

## Prólogo

## CAPITULO PRIMERO

## Filosofía y filosofía del derecho

- |   |    |
|---|----|
| I. Filosofía como interpretación de base científica .....                                     | 7  |
| II. La filosofía del derecho como mediadora entre la ciencia del derecho y la filosofía ..... | 9  |
| III. La situación historico-científica .....  | 14 |

## PRIMERA PARTE

## El derecho como fenómeno de la vida social

## CAPITULO SEGUNDO

## Sentido y formas de manifestación del derecho

- |   |    |
|---|----|
| I. El sentido del derecho .....               | 20 |
| II. Formas de manifestación del derecho ..... | 41 |

## CAPITULO TERCERO

## Los fundamentos psicológicos del derecho

- |   |    |
|---|----|
| I. Los fundamentos en psiquismo individual .....  | 53 |
| II. Espiritu de grupo y conciencia jurídica ..... | 67 |

## CAPITULO CUARTO

## Lugar sociológico del derecho

|   |    |
|---|----|
| I. Formas sociológicas fundamentales .....        | 74 |
| II. Relación de derecho y relación de poder ..... | 77 |
| III. Derecho y comunidad .....                    | 83 |
| IV. Derecho y lucha .....                         | 89 |

## APENDICE

|                            |    |
|----------------------------|----|
| La masa y el derecho ..... | 93 |
|----------------------------|----|

## PARTE SEGUNDA

Los datos del derecho: idea del derecho, naturaleza de la cosa, derecho natural

## CAPITULO QUINTO

|  |    |
|--|----|
| La idea del derecho y la naturaleza de la cosa ..... | 95 |
|--|----|

|  |     |
|--|-----|
| I. Esencia de la justicia  |     |
| 1. El problema de la idea de derecho .....                             | 98  |
| 2. La cuestión de la idea de derecho: escepticismo y relativismo ..... | 99  |
| 3. La esencia de la justicia .....                                     | 115 |
| II. Naturaleza de la cosa .....  | 122 |
| III. Otros contenidos morales de la idea del derecho                   |     |
| 1. El valor de la persona humana .....                                 | 135 |
| 2. La jerarquía de los valores .....                                   | 148 |
| 3. Los valores del tráfico interhumano .....                           | 149 |
| IV. Esencia de la idea del derecho .....                               | 151 |

## CAPITULO SEXTO

## El derecho natural y los principios de la justicia

|  |   |
|--|---|
| I. Posibilidad y esencia del derecho natural .....   | 1 |
| II. Los derechos del hombre .....                    | 1 |
| III. Principios de la justicia .....                 | 1 |
| 1. La iustitia commutativa .....                     | 1 |
| 2. La iustitia protectiva .....                      | 1 |
| 3. La iustitia social .....                          | 1 |
| 4. Relación recíproca de los principios .....        | 1 |
| 5. Principios de la administración de justicia ..... | 1 |
| IV. Derecho natural y orden estatal                  |   |
| 1. La esencia del estado .....                       | 1 |
| 2. El estado justo .....                             | 1 |
| 3. El estado de derecho .....                        | 1 |
| V. Derecho natural y orden económico                 |   |
| 1. Derecho y economía .....                          | 1 |
| 2. La idea del derecho y la economía .....           | 1 |

## PARTE TERCERA

## El derecho positivo y la ciencia del derecho

## CAPITULO SEPTIMO

## El derecho positivo y su vigencia

|   |   |
|---|---|
| I. La vigencia del derecho  |   |
| 1. El concepto de la validez jurídica .....                         | 1 |
| 2. Las fuentes del derecho .....                                    | 1 |
| 3. Fundamentos de la vigencia sociológica .....                     | 1 |
| 4. La vigencia del derecho y las lesiones del derecho natural ..... | 1 |
| II. Derecho y juez .....  | 1 |



370 - 05

## CAPITULO OCTAVO

## La ciencia del derecho

|   |     |
|---|-----|
| I. Tarea y método                           |     |
| 1. Objetivo de la ciencia del derecho ..... | 264 |
| 2. Tipos de ciencia jurídica .....          | 265 |
| 3. Método de la ciencia del derecho .....   | 269 |
| II. Disciplinas auxiliares .....            | 283 |
| Observación final .....                     | 286 |

## APENDICES

|  |     |
|--|-----|
| I. La teoría del derecho de Kelsen .....             | 289 |
| II. El movimiento del derecho libre .....            | 292 |
| III. La doctrina del derecho justo de Stammler ..... | 293 |

|                    |     |
|--------------------|-----|
| BIBLIOGRAFIA ..... | 301 |
|--------------------|-----|

|                      |     |
|----------------------|-----|
| INDICE GENERAL ..... | 303 |
|----------------------|-----|

